JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Volumen II

CIVITAS

© **Jesús-María Silva Sánchez**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente
https://www.aranzadilaley.es

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-1036-2025
ISBN versión impresa: 978-84-1078-404-8
ISBN versión electrónica: 978-84-1078-405-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Para ti, Ana,
compañera en el camino,
recomenzando siempre.

A Natalia, Nacho, Borja y Blanca.

Y a Agustín, Gonzalo, Carlota, Guille... y los que vengan.

Nm. Pág.

CAPÍTULO 15

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE PREPARACIÓN, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO 1087

I. GENERALIDADES SOBRE EL LLAMADO *ITER CRIMINIS* 1 1092

1. Las fases interna y externa del delito 1 1092

1.1. La deliberación y la decisión 1 1092
1.2. La preparación y la ejecución 3 1094

2. La manifestación externa 7 1095

2.1. El problema de los pensamientos 7 1095
2.2. La exteriorización del pensamiento 11 1097

2.2.1. La expresión como ilícito 11 1097
2.2.2. Las expresiones de voluntad delictiva 12 1097

3. La doctrina de la preparación 13 1098

3.1. La preparación como infracción de normas de conducta ... 13 1098
3.2. La preparación como forma de hetero- y autofavorecimiento . 15 1098
3.3. La distinción entre actos preparatorios condicionada e incondicionadamente típicos 19 1100

II. LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES 20 1100

1. Los actos preparatorios incondicionadamente punibles a través de su regulación general 20 1100

1.1. Generalidades 20 1100
1.2. La conspiración 23 1102
1.3. La proposición 24 1102
1.4. La provocación 27 1103
1.5. Un balance 28 1104

2. Los actos preparatorios incondicionadamente punibles en virtud de su tipificación expresa como delitos autónomos 29 1104

2.1. Generalidades 29 1104
2.2. Las variantes de los delitos preparatorios 30 1105

2.2.1. La tenencia de medios o instrumentos 30 1105
2.2.2. La integración en una organización o en un grupo criminal 31 1105
2.2.3. La hiper-anticipación 33 1106

2.3. Valoración global y propuestas de aplicación 36 1108

3. La cuestión de la apología de delito 37 1108

III. LA TENTATIVA 41 1110

1. Las reglas legales de la tentativa 41 1110

1.1. El intento y la tentativa 41 1110
1.2. Las divergencias conceptuales 44 1111

2. Las clases de tentativa: imperfecta —inacabada y acabada— y perfecta .. 46 1112
3. Los fundamentos de la conminación penal de la tentativa 48 1113

3.1. Las dimensiones formal y material 48 1113

3.1.1. La contraposición de las perspectivas 48 1113

		Nm.	Pág.
	3.1.2. El debate sobre el fundamento material de la punición de la tentativa	49	1113
	3.2. La fundamentación preventiva de la conminación penal de la tentativa	52	1115
	3.2.1. La utilidad del castigo de la tentativa: la prevención general negativa	52	1115
	3.2.1.1. Planteamiento	52	1115
	3.2.1.2. Las consecuencias del modelo	54	1116
	3.2.2. La fundamentación preventivo-especial	56	1116
	3.3. La fundamentación retributiva de la conminación penal de la tentativa	57	1117
	3.3.1. Las bases del merecimiento de pena en la tentativa	57	1117
	3.3.2. El merecimiento de pena en la tentativa imperfecta	61	1119
	3.3.3. El merecimiento de pena en la tentativa perfecta	64	1120
	3.3.4. Un balance de lo anterior	65	1120
4.	*El injusto culpable de la tentativa*	67	1121
	4.1. La relevancia de la teoría de las normas	67	1121
	4.2. Las normas infringidas en la tentativa imperfecta y en la perfecta	68	1121
	4.3. Los partícipes en los intentos	70	1122
5.	*Las consecuencias jurídicas de los intentos delictivos*	71	1122
	5.1. Los sistemas legales de punibilidad de la tentativa	71	1122
	5.2. Otras consecuencias jurídicas de los intentos delictivos	73	1123
6.	*El «grado de ejecución»: la tentativa imperfecta y la perfecta*	74	1124
	6.1. El comienzo de la ejecución	74	1124
	6.1.1. Generalidades	74	1124
	6.1.2. Las «teorías» sobre el comienzo de la ejecución	77	1125
	6.1.3. La regla de atribución a una conducta del sentido de «intento» y los indicadores de sentido	79	1126
	6.2. Las conductas de tentativa imperfecta	83	1127
	6.2.1. Su contenido objetivo-significativo	83	1127
	6.2.2. La intención condicionada	85	1128
	6.2.3. El dolo	86	1128
	6.2.4. La consumación adelantada	88	1129
	6.3. La perfección de la tentativa y el resultado	89	1130
	6.3.1. La «norma derivada de mandato» y la fase omisiva de los intentos activos	89	1130
	6.3.2. La producción o no producción del resultado	91	1131
7.	*El problema de la tentativa denominada «inidónea»*	92	1131
	7.1. Precisiones terminológicas	92	1131
	7.1.1. Los intentos carentes de idoneidad intersubjetiva *ex ante*	92	1131
	7.1.2. Los intentos intersubjetivamente idóneos *ex ante*	94	1132

		Nm.	Pág.
7.2.	El fundamento de las distinciones de la teoría subjetiva	97	1133
7.3.	Las teorías «objetivas»	100	1134
7.3.1.	La doctrina objetiva *ex post*	100	1134
7.3.2.	La doctrina intersubjetiva *ex ante*	101	1134
7.3.3.	La legislación y la jurisprudencia españolas	102	1135
7.4.	El merecimiento y la necesidad de pena en la tentativa inidónea	104	1136
7.5.	La distinción entre la tentativa inidónea y el delito putativo	106	1137
7.5.1.	Generalidades	106	1137
7.5.2.	La impunidad del delito putativo	107	1138
7.5.3.	La tentativa de un sujeto inidóneo	110	1139
7.5.3.1.	Generalidades	110	1139
7.5.3.2.	El problema de la imposibilidad jurídica	112	1140
8.	*La individualización de la pena de la tentativa*	113	1141
8.1.	Los criterios legales	113	1141
8.2.	La combinación de los criterios en una matriz	114	1141
IV.	EL *ITER CRIMINIS* EN LOS DELITOS DE OMISIÓN Y DE IMPRUDENCIA	115	1142
1.	*Los delitos de omisión*	115	1142
1.1.	El comienzo de la tentativa	115	1142
1.2.	El problema de la *omissio libera in causa*	118	1143
1.3.	Los casos de omisión de aseguramiento y de omisión de salvamento	120	1144
2.	*La «tentativa» en los delitos imprudentes*	123	1146
V.	EL INTENTO DEL AUTOR EN EL CONTEXTO DEL DELITO PROVOCADO	124	1146
1.	*La figura controvertida*	124	1146
2.	*Las características del intento del sujeto provocado*	127	1148
VI.	EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO	130	1149
1.	*Generalidades*	130	1149
2.	*El fundamento y la ubicación sistemática*	133	1150
2.1.	La discusión entre las doctrinas «político-criminales» y las «jurídicas»	133	1150
2.2.	Un balance	135	1151
2.3.	La incidencia de la teoría de las normas	137	1152
2.3.1.	Planteamiento	137	1152
2.3.2.	En el caso de la tentativa imperfecta	139	1153
2.3.3.	En la tentativa perfecta	142	1154
2.4.	La figura legal del «desistimiento voluntario» comprende dos instituciones dogmáticas distintas	144	1155
2.5.	El desistimiento como equivalente funcional de la pena	146	1156
3.	*Las clases de desistimiento y sus respectivos efectos*	147	1156
3.1.	Los dos fundamentos dogmáticos y las dos figuras legales	147	1156
3.2.	La combinatoria	148	1157

	Nm.	Pág.
3.3. Las tres situaciones	151	1158
3.3.1. El desistimiento del autor individual en la tentativa imperfecta	151	1158
3.3.2. El desistimiento del autor individual de la tentativa perfecta	153	1159
3.3.3. El desistimiento en caso de pluralidad de intervinientes	155	1160
3.4. El carácter personal del desistimiento	157	1161
3.5. Los desistimientos «favorecedores» de la evitación del resultado	158	1162
3.6. El desistimiento en los delitos de omisión	159	1162
3.7. El desistimiento en los delitos imprudentes	160	1163
4. La voluntariedad del desistimiento	163	1164
4.1. Generalidades	163	1164
4.2. La perspectiva psicológica	164	1164
4.3. Las doctrinas normativistas	167	1165
VII. LA CONSUMACIÓN	170	1167
1. Generalidades	170	1167
2. El problema de la participación y del desistimiento intraconsumativo	172	1168
2.1. La consumación como «fase» del delito	172	1168
2.2. Los delitos permanentes y de estado	174	1169
VIII. LA FASE POSTCONSUMATIVA	176	1170
1. Consumación, terminación y agotamiento	176	1170
2. El comportamiento postconsumativo	177	1171
2.1. El comportamiento positivo —el (cuasi-)desistimiento de la consumación—	177	1171
2.2. El comportamiento postconsumativo negativo —en relación con el propio hecho y con los de terceros—	178	1171

CAPÍTULO 16

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE AUTORÍA Y DE PARTICIPACIÓN (I)		1173
I. LA CONJUNCIÓN DE CONDUCTAS DESAPROBADAS	1	1179
1. La conducta desaprobada y su articulación con otras	1	1179
1.1. Una visión general	1	1179
1.2. La conducta de un solo agente en su relación con un fenómeno natural	5	1180
2. Los principios rectores de la interacción de una pluralidad de agentes	8	1182
II. LA INTERVENCIÓN DE VARIAS PERSONAS EN UN HECHO PUNIBLE	11	1183
1. Los elementos legales y supralegales	11	1183
1.1. Generalidades	11	1183
1.1.1. Los conceptos unitarios y diferenciadores	11	1183

		Nm.	Pág.
1.1.2.	La tradición española	13	1184
1.1.3.	Las formas de intervención en el Derecho penal internacional	14	1184
1.1.4.	Anticipación de lo que sigue	16	1185
1.2.	La teoría de las normas	17	1186
1.2.1.	La norma de conducta	17	1186
1.2.2.	La norma de sanción	19	1187
1.2.3.	Otras posiciones	21	1188
1.3.	La teoría de los tipos de la Parte Especial	23	1189
1.3.1.	Las alternativas	23	1189
1.3.2.	La solución acogida	25	1189
1.4.	La teoría de las reglas de la Parte General	26	1190
1.4.1.	Las alternativas	26	1190
1.4.2.	La solución acogida	29	1191
2.	*Los vínculos entre los diversos intervinientes*	31	1192
2.1.	Las relaciones de coordinación, subordinación y agregación	31	1192
2.2.	La conformación del significado de una «conducta conjunta»	36	1193
2.3.	La accesoriedad como exigencia del significado de la conducta del partícipe	38	1194
2.3.1.	La accesoriedad cuantitativa y cualitativa	38	1194
2.3.2.	Las doctrinas de la accesoriedad	41	1196
2.3.2.1.	Generalidades	41	1196
2.3.2.2.	La doctrina de la accesoriedad máxima	42	1196
2.3.2.3.	Las doctrinas de la accesoriedad media	43	1197
2.3.2.4.	La accesoriedad mínima objetiva	45	1198
2.3.2.4.1.	*Generalidades*	45	1198
2.3.2.4.2.	*La justificación de la conducta de cada interviniente por separado*	47	1198
2.3.2.4.3.	*La imputación subjetiva y de la culpabilidad de cada interviniente por separado*	48	1199
2.3.2.4.4.	*La situación legal española*	49	1199
2.3.3.	Consideraciones finales	50	1199
2.3.3.1.	La accesoriedad cualitativa ex ante y la doctrina del fundamento autónomo de la participación	50	1199
2.3.3.2.	La accesoriedad cuantitativa o dependencia ex post: la punibilidad de la conducta del partícipe	51	1200
2.3.3.3.	Consecuencias de la ubicación sistemática del problema	52	1200
III.	GENERALIDADES SOBRE LA AUTORÍA	53	1201
1.	*Aproximación al concepto de autor*	53	1201
2.	*Las doctrinas de la autoría*	54	1201
2.1.	Los distintos métodos	54	1201

		Nm.	Pág.
	2.2. Las doctrinas del dominio del hecho	58	1203
	2.2.1. Planteamiento	58	1203
	2.2.2. Un sumario de críticas	60	1204
	2.3. El marco de la discusión tradicional española	64	1205
3.	*Las clases de autoría*	66	1206
	3.1. Generalidades	66	1206
	3.2. La autoría directa única	67	1207
	3.3. La coautoría y la autoría mediata. Anticipación de lo que sigue	70	1208
IV.	LA COAUTORÍA	72	1210
1.	*Los conceptos de coautoría*	72	1210
	1.1. Generalidades	72	1210
	1.2. La ampliación en la doctrina dominante	76	1211
	1.3. La hiper-ampliación del concepto de coautor	78	1212
	1.3.1. La doctrina de la «coautoría no ejecutiva»	78	1212
	1.3.2. Los problemas de la coautoría no ejecutiva	79	1213
	1.3.2.1. El significado de la inexistencia de la «cooperación necesaria» en la legislación penal alemana	79	1213
	1.3.2.2. Los casos de jerarquía	81	1214
	1.3.2.3. Sobre la «coautoría» en fase preparatoria	82	1214
	1.3.2.4. El comienzo de la tentativa en los casos de coautoría	83	1215
	1.3.2.4.1. Un planteamiento distintivo	83	1215
	1.3.2.4.2. La incidencia en el tratamiento de la coautoría no ejecutiva	86	1216
	1.4. Las posiciones restrictivas	88	1216
2.	*Los requisitos de la coautoría*	89	1217
	2.1. La conducta desaprobada	89	1217
	2.1.1. Generalidades	89	1217
	2.1.2. Las formas «especiales» de coautoría: sucesiva o adhesiva, aditiva y alternativa	91	1218
	2.2. La imputación subjetiva	95	1219
	2.3. El problema de la imputación objetiva del resultado	96	1220
V.	LA AUTORÍA MEDIATA	97	1220
1.	*Generalidades*	97	1220
	1.1. Aproximación a la conducta de «instrumentalización»	97	1220
	1.1.1. El problema de las lagunas de punición	97	1220
	1.1.2. La autonomía conceptual de la autoría mediata	99	1221
	1.2. La perspectiva de la teoría de las normas	100	1222
	1.3. Los textos legales	102	1222
	1.4. La estructura	103	1223
	1.5. El comienzo y la perfección de la tentativa	106	1224

		Nm.	Pág.
	1.6. La participación en relación con la conducta del autor mediato y con la del instrumento	111	1226
2.	*Las variantes de la conducta desaprobada de autoría mediata*	112	1227
	2.1. Las formas de instrumentalización	112	1227
	2.2. Las características de la conducta del ejecutor instrumentalizado	113	1227
	2.2.1. El instrumento que no realiza una conducta típicamente desaprobada de autor	113	1227
	2.2.2. El instrumento que realiza una conducta típicamente desaprobada —como autor directo—	115	1228
	2.2.2.1. Los casos de errores sobre circunstancias típicas y extratípicas	115	1228
	2.2.2.2. El caso del ejecutor que obra justificadamente	117	1229
	2.2.2.3. El instrumento sin culpabilidad o sin punibilidad	118	1229
	2.3. Los casos límite	120	1230
	2.3.1. El ejecutor inmediato parcialmente responsable	120	1230
	2.3.2. La instrumentalización por omisión	122	1230
3.	*La construcción de la autoría mediata por «dominio de aparatos organizados de poder»*	123	1231
	3.1. El contenido de la doctrina	123	1231
	3.2. Las críticas parciales	124	1231
	3.3. Las críticas radicales	125	1232
	3.4. El «autor detrás del autor»	127	1233
	3.5. La intervención por gestión de una estructura jerárquica descontrolada	128	1234
VI.	LA INDUCCIÓN	129	1235
1.	*Generalidades. La intervención moral*	129	1235
2.	*La delimitación de la inducción*	131	1235
3.	*La conducta típicamente desaprobada de inducción*	133	1237
	3.1. Generalidades	133	1237
	3.2. Los modos de inducir	135	1237
	3.2.1. La inducción como conducta de comunicación	135	1237
	3.2.2. La inducción mediante razones morales o instrumentales	137	1238
	3.2.3. La inducción por incidencia emocional	139	1239
	3.3. La desaprobación de la conducta de inducción	141	1240
	3.3.1. La idoneidad *ex ante*	141	1240
	3.3.2. La desaprobación de la comunicación del inductor	144	1241
4.	*La imputación subjetiva*	145	1242
5.	*La realización de la conducta principal como resultado típico de la inducción*	147	1243
	5.1. Generalidades	147	1243
	5.2. La relación de motivación	148	1243

		Nm.	Pág.
	5.3. Los juicios hipotéticos	149	1244
6.	*Variantes «anómalas» de inducción*	152	1245
VII.	LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD	154	1246
1.	*Los aspectos comunes a las formas de cooperación*	154	1246
	1.1. La distinción de dos formas de favorecimiento punible	154	1246
	1.2. La cooperación material y la cooperación «psíquica»	158	1248
	1.2.1. Planteamiento de la distinción	158	1248
	1.2.2. La distinción estructural	159	1248
	1.3. La cooperación motivacional	162	1250
	1.3.1. Generalidades	162	1250
	1.3.2. Algunas variantes discutidas	164	1250
	1.3.2.1. La promesa de cooperación material o de encubrimiento; el encubrimiento prestado de antemano	164	1250
	1.3.2.2. La presencia en el lugar de los hechos	166	1251
2.	*Lo específico de la cooperación necesaria*	168	1252
	2.1. Generalidades	168	1252
	2.2. Una propuesta de abordaje: las perspectivas *ex ante* y *ex post*	170	1253
	2.2.1. El juicio *ex ante*	170	1253
	2.2.2. El juicio *ex post*	171	1254
3.	*Lo común a la cooperación necesaria y a la complicidad*	175	1255
	3.1. La conducta de favorecimiento	175	1255
	3.1.1. Generalidades	175	1255
	3.1.2. El tiempo en la cooperación	177	1256
	3.2. La imputación subjetiva de la conducta desaprobada del cooperador	179	1257
	3.2.1. Generalidades	179	1257
	3.2.2. El objeto del dolo del cooperador	180	1257
	3.3. La imputación objetiva del «resultado» a la conducta del cooperador	182	1258
4.	*Variantes de la cooperación*	183	1258
	4.1. La cooperación a la cooperación y la cooperación a la inducción	183	1258
	4.2. La cooperación en un intento y el intento de cooperación	184	1259
5.	*Estructuras singulares de participación*	185	1259
	5.1. La cooperación logística	185	1259
	5.2. La cooperación parcial y paralela-acumulativa	187	1260
	5.3. La conducta de intervención del agente provocador	188	1261
6.	*Las formas de intervención penalmente atípicas*	189	1262
	6.1. La cooperación neutra	189	1262
	6.2. La «participación necesaria» en los delitos de encuentro	191	1263

Nm. Pág.

CAPÍTULO 17

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (II) 1265

I. INTRODUCCIÓN 1 1268
II. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES . 3 1269

1. Las distinciones clásicas 3 1269

1.1. Los delitos comunes y los delitos especiales 3 1269
1.2. Los delitos especiales propios e impropios 4 1270

2. El marco de la discusión actual sobre los delitos especiales propios 7 1272

2.1. La distinción básica entre delitos de dominio y de (infracción de un) deber 7 1272
2.2. El método de identificación de la clase de delitos consistentes en la infracción de un deber 8 1273

2.2.1. Planteamiento 8 1273
2.2.2. Los problemas de legalidad y de lesividad 9 1273

2.3. Las nuevas distinciones doctrinales dentro de los delitos especiales 13 1275

2.3.1. Planteamiento 13 1275
2.3.2. Los delitos especiales «de posición» 16 1276
2.3.3. Los delitos especiales «de deber» 17 1277

2.4. El marco legal español: los tipos de delito y las cláusulas legales de «actuar en lugar de otro» 18 1278

2.4.1. Consideraciones generales 18 1278
2.4.2. El manejo de la cláusula de actuar en lugar de otro en el caso de relaciones entre personas físicas 20 1279

2.4.2.1. El texto de la regla legal 20 1279
2.4.2.2. Las actuaciones del extraneus en nombre propio y la instrumentalización del intraneus ... 22 1280
2.4.2.3. El caso de los delitos especiales de «deber» .. 23 1280

3. Los supuestos discutidos en la doctrina 26 1281

3.1. El caso del «instrumento doloso no cualificado» 26 1281
3.2. El caso del *intraneus* en error —el «instrumento cualificado no doloso»— 29 1283
3.3. El supuesto de la realización por el *intraneus* de una conducta justificada 31 1284

4. El problema de los delitos especiales de empresa 32 1284

4.1. Generalidades 32 1284
4.2. Las aproximaciones fáctica y formalista al problema 33 1285
4.3. La cláusula legal de actuar en nombre de una persona jurídica 35 1285
4.4. La conducta realizada por el administrador —*intraneus* por transferencia— 38 1287
4.5. La relación entre las cláusulas de actuar en lugar de otro y las de comisión por omisión 39 1287

		Nm.	Pág.
III.	LOS PROBLEMAS DE LA PARTICIPACIÓN DE *EXTRANEI* EN DELITOS ESPECIALES	40	1288
	1. Consideraciones generales	40	1288
	1.1. Planteamiento	40	1288
	1.2. El principio de accesoriedad de la participación y los delitos especiales	43	1289
	1.3. Sobre la existencia de tipos de delito «mixtos»	45	1290
	2. La inducción y la cooperación necesaria de los extranei	48	1292
	2.1. El desarrollo de la doctrina de la atenuación	48	1292
	2.2. El art. 65.3 del Código penal español	51	1293
	2.3. El manejo de la regla legal	54	1294
	3. El caso del cómplice	57	1296
IV.	OTRAS ESTRUCTURAS DELICTIVAS	58	1296
	1. Los delitos especiales «de delimitación negativa»	58	1296
	2. La cuestión de los «delitos de propia mano»	59	1297
V.	LA INTERVENCIÓN POR OMISIÓN Y POR INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES	61	1298
	1. La doctrina general sobre la intervención por omisión	61	1298
	1.1. Generalidades	61	1298
	1.2. Los problemas del «concepto indiferenciado de omitente»	62	1298
	1.3. Las propuestas diferenciadoras del último tercio del siglo XX	66	1299
	2. Una propuesta diferenciadora distinta	68	1300
	2.1. Planteamiento	68	1300
	2.2. Las omisiones estructuralmente idénticas a la autoría comisiva activa	69	1301
	2.3. Las omisiones estructuralmente idénticas a la participación comisiva activa	70	1301
	3. Algunos argumentos en relación con otras propuestas	72	1302
	3.1. La distinción entre seguridad y solo posibilidad de evitación del resultado	72	1302
	3.2. La supuesta posibilidad de una participación por omisión sin ostentar una posición de garante	74	1303
	4. Otras formas de intervención en el contexto de los delitos de omisión	75	1304
	4.1. La articulación de omisiones de diversos garantes	75	1304
	4.2. La cooperación activa a un delito de omisión	76	1304
	4.3. La autoría y la participación en la interrupción de cursos salvadores	77	1305
	4.4. Algunos supuestos de omisión en el marco de estructuras jerárquicas	79	1305
	4.4.1. Las omisiones del superior	79	1305
	4.4.2. Las omisiones del subordinado	81	1306
VI.	LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN POR IMPRUDENCIA ACTIVA U OMISIVA	82	1307
	1. Generalidades	82	1307

	Nm.	Pág.
2. *La distinción entre autoría y participación en los delitos activos imprudentes*	83	1307
2.1. Generalidades	83	1307
2.2. Las formas discutidas de autoría imprudente	85	1308
2.3. La participación imprudente	88	1310
2.3.1. Los tres problemas de la participación imprudente	88	1310
2.3.1.1. El argumento de la prohibición de regreso	88	1310
2.3.1.2. El argumento de la limitada gravedad	91	1311
2.3.1.3. El argumento del principio de legalidad	92	1312
2.3.2. La inducción y el favorecimiento imprudentes de delitos dolosos	93	1312
2.3.3. La inducción y el favorecimiento imprudentes de delitos imprudentes	96	1314
2.4. La participación «dolosa» en delitos imprudentes	97	1315
2.4.1. La inducción al autor que obra imprudentemente	97	1315
2.4.2. El favorecimiento «doloso» de un delito imprudente	98	1315
2.5. El problema de los delitos especiales imprudentes de empresa	99	1316
VII. OTRAS ESTRUCTURAS ESPECIALES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	100	1316
1. *La autoría y la participación en las decisiones de órganos colegiados*	100	1316
2. *La autoría y la participación en los delitos cometidos en medios de comunicación*	102	1318
3. *La actuación paralela —o convergente—*	103	1318
VIII. LA INTERVENCIÓN POSTEJECUTIVA	106	1320
1. *El tiempo de la participación*	106	1320
2. *Las variantes particulares*	108	1321
2.1. La intervención intraconsumativa	108	1321
2.2. La intervención postconsumativa	109	1321
2.2.1. Las situaciones discutibles de intervención postconsumativa	109	1321
2.2.2. La intervención postconsumativa punible como delito contra el bien jurídico del delito consumado	110	1322
2.2.3. La intervención postconsumativa punible como delito contra la administración de justicia	111	1322
2.2.4. El «autoencubrimiento»	113	1323

CAPÍTULO 18

LA TEORÍA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN		1325
I. LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	1	1330
1. *Generalidades*	1	1330
2. *La posibilidad de una teoría general de las eximentes*	5	1332
3. *Las causas de justificación y el resto de las eximentes*	7	1333

		Nm.	Pág.
3.1.	La relevancia de la teoría de las normas	7	1333
3.2.	Las cuestiones centrales de las causas de justificación	9	1334
II.	LA PERMISIÓN	10	1334
1.	*El concepto de permiso*	10	1334
1.1.	Generalidades	10	1334
1.2.	¿Antijuridicidad general o «teleológica»?	12	1335
1.3.	¿Justificación funcional-teleológica?	16	1337
1.3.1.	Los problemas terminológicos	16	1337
1.3.2.	La justificación y la exclusión de la prohibición bajo pena	18	1337
1.3.3.	La distinción entre los conceptos de «eximente legal» y de «institución dogmática»	20	1338
1.3.4.	La diversidad de perspectivas en la justificación	21	1339
2.	*La justificación y la teoría de las normas*	22	1339
2.1.	Generalidades	22	1339
2.2.	La relación entre norma prescriptiva y permisión	24	1340
2.2.1.	Planteamiento	24	1340
2.2.2.	Las permisiones como «contra-normas»: una primera variante	25	1341
2.2.3.	Las permisiones como «contra-normas»: una segunda variante	26	1341
2.2.4.	Las permisiones como entidades dependientes	28	1342
3.	*Los efectos de la permisión frente a terceros*	29	1343
3.1.	Presupuestos	29	1343
3.2.	La lógica y la pragmática de la permisión	30	1343
3.2.1.	Planteamiento	30	1343
3.2.2.	Las dos cláusulas de cierre	31	1344
3.2.3.	Un balance	36	1345
3.2.4.	La formulación con base en las distinciones de W.N. Hohfeld	37	1346
3.2.5.	El argumento derivado de la dogmática de la interrupción de cursos salvadores	39	1347
3.2.6.	La estructura básica de la justificación	42	1349
3.3.	Los efectos de la justificación	44	1349
4.	*La relación entre atipicidad y justificación: la doctrina de los elementos negativos del tipo*	46	1350
4.1.	La relación de la doctrina con los problemas de error	46	1350
4.2.	Su conformación como una «teoría del tipo (total) de injusto»	48	1351
4.3.	Una valoración equilibrada	49	1352
4.3.1.	Generalidades	49	1352
4.3.2.	La consideración sistemática	51	1353
4.3.3.	La distinción entre las tres clases de delito: núcleo de los delitos *mala in se*, periferia de los delitos *mala in se, mala quia prohibita*	52	1353

		Nm.	Pág.
III.	EL FUNDAMENTO AXIOLÓGICO-MATERIAL DE LA JUSTIFICACIÓN	56	1355
1.	*Una cuestión previa: la incidencia de las doctrinas de ética normativa*	56	1355
2.	*Las conductas típicas y su posible justificación*	57	1355
2.1.	Planteamiento	57	1355
2.2.	Las posiciones deontológicas y las consecuencialistas	61	1357
2.2.1.	La doctrina —deontológico-liberal— de la autonomía	61	1357
2.2.2.	La doctrina consecuencialista del interés preponderante	63	1358
2.2.2.1.	La ambigüedad de la fórmula del interés preponderante	63	1358
2.2.2.2.	Una crítica a su comprensión en el sentido del utilitarismo del acto	65	1359
2.3.	Las doctrinas del conflicto de derechos y de la proporcionalidad	67	1360
2.4.	La doctrina de la especificación orientada al bien común	68	1361
2.4.1.	El fundamento	68	1361
2.4.2.	El método	70	1362
2.4.3.	Las coincidencias y las discrepancias	74	1363
3.	*Los injustos absolutos*	76	1364
3.1.	Planteamiento	76	1364
3.2.	La relevancia de la noción	79	1365
3.3.	Los casos límite	81	1367
3.3.1.	La voluntad indirecta y la doctrina del doble efecto	81	1367
3.3.2.	La lesión directa e intencional de un bien intrínseco	84	1368
4.	*La procedimentalización de la justificación*	85	1369
4.1.	Planteamiento	85	1369
4.2.	Las «excepciones» procedimentales	87	1370
4.2.1.	El concurso de causas de justificación	87	1370
4.3.	La primacía de los procedimientos institucionalizados como límite de las causas de justificación clásicas	89	1371
4.4.	La «automatización» de la exención de pena	90	1372
IV.	LA CUESTIÓN DOGMÁTICO-ESTRUCTURAL	91	1372
1.	*Generalidades*	91	1372
1.1.	El método de examen de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación	91	1372
1.2.	La universalidad del debate	92	1373
2.	*La perspectiva de la doctrina de la conducta desaprobada y de la imputación objetiva del resultado*	94	1374
2.1.	Planteamiento	94	1374
2.2.	Las necesarias distinciones	96	1375
2.2.1.	Las conductas justificadas desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*	96	1375

	Nm.	Pág.
2.2.2. Las conductas no justificadas desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*	98	1376
3. Las incongruencias objetivo-subjetivas	100	1377
3.1. Planteamiento	100	1377
3.2. La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación	103	1378
3.2.1. Planteamiento	103	1378
3.2.1.1. Las suposiciones erróneas en materia de causas de justificación	103	1378
3.2.1.2. Las interpretaciones divergentes de los presupuestos normativos	104	1378
3.2.1.3. El error sobre los límites	106	1379
3.2.2. Anticipación de lo que sigue	107	1380
3.2.3. El debate y las propuestas de solución	108	1380
3.2.3.1. Generalidades	108	1380
3.2.3.2. Las posiciones doctrinales enfrentadas: teorías del dolo, de la culpabilidad y de los elementos negativos del tipo	109	1381
3.2.3.3. Los argumentos de la teoría estricta de la culpabilidad	112	1382
3.2.3.4. Los problemas en relación con el sistema de numerus clausus	114	1383
3.2.3.5. Un balance	116	1384
3.3. La cuestión de la ausencia del elemento subjetivo de justificación	118	1385
3.3.1. Generalidades	118	1385
3.3.2. Las premisas conceptuales	119	1386
3.3.2.1. Planteamiento	119	1386
3.3.2.2. La prevalencia de la concepción cognitiva y las necesarias matizaciones	121	1387
3.3.3. Las divergencias doctrinales	123	1388
3.3.4. Una propuesta de solución	124	1388
3.3.4.1. Valoración de las alternativas	124	1388
3.3.4.1.1. Las soluciones extremas: plena justificación, plena sanción	124	1388
3.3.4.1.2. Las soluciones intermedias: tentativa inidónea, eximente incompleta	127	1389
3.3.4.2. La relevancia de la perspectiva intersubjetiva ex ante	130	1391
3.3.4.3. Algunos problemas particulares: imprudencia, tentativa, participación	132	1391
V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	133	1392
1. Planteamiento	133	1392
2. La analogía y las formas de extensión teleológica	134	1392

		Nm.	Pág.
	2.1. Planteamiento	134	1392
	2.2. Los efectos	136	1393
	2.3. La justificación supralegal y la doctrina de la exclusión del injusto penal	138	1394
	3. La reducción teleológica de las causas de justificación	140	1395
VI.	LAS EXIMENTES NO JUSTIFICANTES QUE EXCLUYEN LA PROHIBICIÓN BAJO PENA DE LA CONDUCTA	142	1396
	1. Generalidades	142	1396
	2. Las vías alemana y angloamericana: causas de exclusión del injusto penal, causas de justificación personales, permisiones relativas al agente	143	1397
	3. La «exclusión de la prohibición bajo pena» como exención teleológica	146	1398

CAPÍTULO 19

LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA DEFENSA NECESARIA			1401
I.	EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA PROPIA DEFENSA	1	1404
	1. Consideración preliminar	1	1404
	2. Un derecho natural o una potestad delegada por el Estado	2	1405
	2.1. El retorno al estado de naturaleza	2	1405
	2.2. La noción de potestad delegada	4	1406
	3. Un derecho con fundamento individual, supraindividual o mixto	5	1406
	3.1. Las doctrinas individualistas o personalistas	5	1406
	3.2. Las doctrinas supraindividuales y mixtas	7	1407
	4. La perspectiva interpersonal	8	1408
	4.1. Planteamiento	8	1408
	4.2. La tesis de la «exclusión de la imputación objetiva»	9	1408
	4.3. La legítima defensa desde la perspectiva del bien común	11	1409
II.	LAS DOS FIGURAS DOGMÁTICAS CONTENIDAS EN LA EXIMENTE DEL ART. 20.4.° CP ESPAÑOL	14	1410
	1. El problema de la proporcionalidad	14	1410
	2. El criterio de distinción	16	1411
	3. La «legítima» defensa justificante y la defensa «necesaria» —solo excluyente de la prohibición bajo pena—	18	1412
	3.1. Los límites de la justificación	18	1412
	3.2. La exclusión de la prohibición bajo pena	19	1412
	3.3. La delimitación con respecto a otras eximentes	21	1413
	4. La cuestión del deber de auto- y heterodefensa	22	1413
III.	LA HISTORIA DOGMÁTICA	24	1414
	1. La defensa legítima en la tradición clásica	24	1414
	1.1. Las tradiciones romana y cristiana	24	1414
	1.2. La conformación de la legítima defensa en la tradición romano-canónica	26	1415
	1.3. La tradición germánica	29	1416
	2. El giro iusracionalista: el carácter absoluto del derecho de propiedad	30	1417

		Nm.	Pág.
	3. Un balance	31	1417
IV.	LOS REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA	32	1418
	1. Generalidades	32	1418
	2. La agresión	33	1418
	2.1. Los dos conceptos de agresión	33	1418
	2.2. La comisión activa y la comisión por omisión	35	1419
	2.3. La exigencia de imputación subjetiva dolosa y de culpabilidad	39	1421
	2.4. Los bienes agredidos	42	1422
	3. La dimensión temporal de la agresión	44	1422
	3.1. La exigencia de actualidad o inminencia	44	1422
	3.2. El problema de las agresiones «permanentes»	47	1423
	4. La ilegitimidad de la agresión	50	1425
	4.1. La exclusión de las conductas justificadas	50	1425
	4.2. La exclusión de las conductas contrarias a Derecho, pero no penalmente típicas	51	1425
	4.2.1. Generalidades	51	1425
	4.2.2. Los ilícitos extrapenales	52	1426
	4.2.3. Las conductas preparatorias	53	1426
	4.3. Las definiciones legales de la «ilegitimidad»	56	1427
V.	LA DEFENSA RACIONALMENTE NECESARIA	57	1428
	1. Las conductas de defensa	57	1428
	2. La necesidad racional	58	1429
	2.1. Los supuestos de ausencia de necesidad	58	1429
	2.2. La racionalidad del medio	62	1430
	2.2.1. Planteamiento	62	1430
	2.2.2. La primacía de los procedimientos institucionalizados	64	1431
	2.2.2.1. La intervención de los agentes de policía	64	1431
	2.2.2.2. La incoación de procedimientos judiciales	65	1431
	2.2.2.2.1. Las medidas cautelares	65	1431
	2.2.2.2.2. Las distinciones necesarias	67	1432
	2.2.3. El problema de los dispositivos automáticos de defensa	71	1434
	2.2.4. La legítima defensa grupal organizada	72	1434
	2.3. El debate sobre las limitaciones «ético-sociales» de la defensa	73	1435
	2.3.1. El contexto	73	1435
	2.3.2. La doctrina de las restricciones ético-sociales	74	1435
	2.3.2.1. Planteamiento	74	1435
	2.3.2.2. Los espacios de consenso y de disenso	76	1436
VI.	LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE	81	1438
	1. Generalidades	81	1438

		Nm.	Pág.
2.	*Los modelos de solución*	84	1439
2.1.	Planteamiento	84	1439
2.2.	Una propuesta sobre la base de la doctrina de la actio *illicita in causa*	86	1440
3.	*La provocación de quien no «se» defiende*	89	1441
VII.	LA LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS	90	1442
1.	*El fundamento del permiso de la defensa de terceros*	90	1442
2.	*Los terceros defendibles*	92	1443
2.1.	Planteamiento	92	1443
2.2.	El agredido que no quiere ser defendido	94	1444
3.	*La defensa de terceros por parte de los funcionarios públicos*	96	1445
3.1.	Generalidades	96	1445
3.2.	El problema de la tortura en defensa de terceros	97	1445
VIII.	LA LEGÍTIMA DEFENSA QUE RECAE SOBRE TERCEROS	101	1447
1.	*Generalidades*	101	1447
2.	*Los «efectos colaterales» de la defensa*	102	1448
2.1.	El efecto colateral imprudente	102	1448
2.2.	Los efectos colaterales dolosos	103	1448
3.	*La relación de medio a fin*	107	1450
IX.	LA APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN A LA LEGÍTIMA DEFENSA	108	1450
1.	*Las incongruencias entre la perspectiva intersubjetiva ex ante y la perspectiva ex post*	108	1450
2.	*Las incongruencias objetivo-subjetivas*	109	1451
2.1.	La legítima defensa «putativa»	109	1451
2.2.	El error sobre la concurrencia de los presupuestos de hecho de la legítima defensa —la ausencia del elemento subjetivo de justificación—	111	1451
3.	*La legítima defensa y la participación*	113	1452
4.	*Los excesos en la legítima defensa*	114	1453
4.1.	El concepto y las clases de excesos	114	1453
4.2.	Los excesos imprudentes	116	1454
X.	OTRAS CUESTIONES	118	1454
1.	*Aspectos de la legítima defensa en el proceso penal*	118	1454
2.	*La legítima defensa en el Derecho supranacional*	121	1455

CAPÍTULO 20

EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE			1457
I.	GENERALIDADES	1	1460
1.	*Las situaciones de peligro*	1	1460
2.	*La gestión de los peligros en la comunidad política*	3	1461
2.1.	La prevención de riesgos	3	1461

		Nm.	Pág.
	2.2. El riesgo concreto y el principio *casum sentit dominus*	4	1462
3.	*Algunas matizaciones*	7	1463
4.	*El estado de necesidad justificante*	9	1464
	4.1. Aproximación	9	1464
	4.2. Los textos legales y los fundamentos filosófico-políticos	10	1464
	4.3. La especificación de los derechos	12	1465
II.	LAS CLASES DE ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	14	1466
1.	*Generalidades sobre las situaciones de necesidad justificantes*	14	1466
2.	*El estado de necesidad defensivo*	17	1467
	2.1. El fundamento	17	1467
	2.2. Los supuestos de hecho	19	1468
	2.3. Los límites del estado de necesidad defensivo	20	1469
	2.3.1. Las premisas	20	1469
	2.3.2. Los dos criterios limitadores	21	1469
	2.3.3. El concepto de «amenaza inocente»	22	1470
III.	EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO	24	1471
1.	*La historia dogmática*	24	1471
	1.1. La tradición clásica	24	1471
	1.2. Los cambios introducidos por el iusracionalismo	27	1472
	1.2.1. El estado de naturaleza y el contrato social	27	1472
	1.2.2. El planteamiento individualista en Kant	28	1473
	1.2.3. Las posiciones empiristas e idealistas	30	1474
	1.2.4. Un balance	34	1475
2.	*El fundamento de la justificación*	35	1476
	2.1. La evolución en la doctrina de cuño alemán	35	1476
	2.1.1. La entrada del utilitarismo	35	1476
	2.1.2. El tránsito de las doctrinas unitarias a las de la diferenciación	36	1476
	2.1.3. El estado de necesidad justificante «supralegal»	38	1477
	2.2. La evolución en España	39	1477
	2.2.1. La codificación del estado de necesidad y del miedo insuperable	39	1477
	2.2.2. La situación doctrinal	42	1479
	2.2.2.1. La persistencia de una posición unitaria	42	1479
	2.2.2.2. La pertinencia de distinguir entre la justificación y la exención de pena	44	1480
	2.3. El siglo XX y la prevalencia del utilitarismo limitado	45	1480
	2.4. Las tesis de la solidaridad	46	1481
	2.4.1. Generalidades	46	1481
	2.4.2. El contractualismo y el institucionalismo	48	1482
	2.5. El fundamento con base en el bien común	50	1482
3.	*Las repercusiones sobre la ubicación sistemática*	52	1483
	3.1. Para las posiciones liberales-individualistas y utilitaristas	52	1483

		Nm.	Pág.
	3.2. Para la perspectiva del bien común	54	1484
4.	*La relación interpersonal en el estado de necesidad agresivo justificante*	55	1484
	4.1. El derecho de necesidad y el deber de soportar la conducta necesaria	55	1484
	4.2. La relación entre el deber de tolerancia —de soportar la acción necesaria— y el deber de socorro	56	1485
	4.3. El deber de soportar la conducta necesaria y la dogmática de la interrupción de cursos causales salvadores	58	1486
IV.	LOS REQUISITOS DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	59	1487
1.	*El mal que se trata de evitar*	59	1487
	1.1. Los bienes protegibles	59	1487
	1.2. El peligro amenazante	60	1488
2.	*La acción necesaria y el principio de subsidiariedad*	62	1489
	2.1. Generalidades	62	1489
	2.2. El principio de primacía de los procedimientos institucionalizados	67	1491
	2.2.1. Generalidades	67	1491
	2.2.2. La diversidad de los procedimientos institucionalizados	68	1491
	2.2.3. El ejemplo de las crisis empresariales	70	1492
	2.2.4. La consiguiente reducción del ámbito del estado de necesidad justificante	72	1493
	2.2.5. El recurso a la exclusión de la prohibición bajo pena	75	1494
	2.3. La dimensión interna del principio de subsidiariedad	76	1495
3.	*El mal causado*	77	1495
	3.1. Planteamiento	77	1495
	3.2. La lesión de la propiedad o el patrimonio ajeno	78	1496
	3.3. La afectación de bienes intrínsecos	79	1496
	3.4. La incidencia sobre la intimidad y la libertad	81	1498
	3.5. La afectación de bienes supraindividuales	84	1500
4.	*La comparación de los males*	85	1500
	4.1. Planteamiento	85	1500
	4.2. El supuesto de las conductas imprudentes	88	1502
V.	LOS REQUISITOS DE AUSENCIA DE PROVOCACIÓN DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD Y DE INEXISTENCIA DE UN DEBER DE SACRIFICIO	89	1503
1.	*La ausencia de provocación de la situación de necesidad*	89	1503
	1.1. El concepto de provocación y sus clases	89	1503
	1.2. El tratamiento de las variantes de provocación de la situación de necesidad	91	1504
2.	*La ausencia de deber de sacrificio*	94	1505
VI.	ALGUNAS SITUACIONES DE NECESIDAD ESPECIALES	96	1506
1.	*Las colisiones intrapersonales*	96	1506

		Nm.	Pág.
2.	*El estado de necesidad coactivo*	98	1507
2.1.	La concepción dominante	98	1507
2.2.	Una valoración alternativa	99	1508
3.	*El estado de necesidad del Estado*	102	1509
3.1.	Generalidades	102	1509
3.2.	El estado de necesidad de los funcionarios públicos	103	1509
3.3.	El auxilio necesario del Estado con respecto a sus ciudadanos en situación de riesgo	104	1510
3.4.	El estado de necesidad de la comunidad política	205	1510
VII.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD	107	1511
1.	*Generalidades*	107	1511
2.	*El fundamento de la responsabilidad civil y el sujeto responsable*	108	1512
3.	*Las tesis divergentes*	109	1512
VIII.	LA LLAMADA «COLISIÓN DE DEBERES»: REMISIÓN	113	1514

CAPÍTULO 21

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO			1517
I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	1	1521
1.	*La relación interpersonal como regla*	1	1521
2.	*Las concepciones estáticas y dinámicas de los derechos*	4	1523
2.1.	La doctrina de los derechos *prima facie —o razones pro tanto—*	4	1523
2.2.	La doctrina de la especificación de los derechos	7	1524
II.	EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	10	1526
1.	*Generalidades*	10	1526
2.	*Las objeciones*	11	1526
2.1.	La derivada de la «teoría de la imputación objetiva»	11	1526
2.2.	La derivada de la teoría de los derechos fundamentales	13	1527
2.3.	La derivada de la teoría del Derecho	15	1528
3.	*La eximente legal de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho como marco legal de la especificación*	17	1529
3.1.	Generalidades	17	1529
3.2.	Las fuentes indirectas de la exención	18	1530
III.	EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	19	1531
1.	*Generalidades*	19	1531
2.	*Los requisitos de la justificación*	20	1531
2.1.	Los requisitos intersubjetivos *ex ante*: la necesidad y la proporcionalidad	20	1531
2.2.	Las perspectivas intersubjetiva *ex ante*, subjetiva *ex ante*, y *ex post*	22	1532
3.	*Aproximación a la colisión de deberes prima facie*	24	1532

		Nm.	Pág.
3.1.	La fenomenología de los deberes *prima facie*	24	1532
3.2.	La colisión de «deberes *prima facie*» como situación ordinaria	26	1533
4.	*La resolución de las colisiones de «deberes prima facie»*	27	1534
4.1.	Generalidades	27	1534
4.2.	Las clases de colisiones	30	1535
4.3.	Los criterios de resolución	31	1536
4.3.1.	Generalidades	31	1536
4.3.2.	La resolución de las colisiones entre dos razones obligantes de acción	33	1537
4.3.2.1.	Los criterios aplicables	33	1537
4.3.2.2.	El ejemplo de la asignación de recursos escasos en la medicina	35	1538
4.3.3.	La colisión entre razones obligantes de acción y de omisión	36	1539
4.3.3.1.	Los casos en que el cumplimiento de un deber de acción exige infringir uno de abstención	36	1539
4.3.3.2.	Los casos en los que el cumplimiento del deber de abstención requiere el incumplimiento de un deber de acción	40	1540
4.3.3.3.	Algunos ejemplos discutidos	42	1541
4.3.3.4.	El cumplimiento del deber en las colisiones intrapersonales	44	1542
5.	*El deber funcionarial de obediencia al superior jerárquico*	46	1543
5.1.	Generalidades	46	1543
5.2.	El problema de las órdenes antijurídicas que no lo son de modo manifiesto	47	1544
5.2.1.	Generalidades	47	1544
5.2.2.	La colisión de los dos «deberes» funcionariales	48	1545
5.2.2.1.	Planteamiento	48	1545
5.2.2.2.	Una propuesta de solución	49	1546
5.3.	Las situaciones jerárquicas fuera del ámbito funcionarial	51	1547
6.	*El cumplimiento del deber en las actividades de policía*	52	1547
6.1.	La policía administrativa, la policía de seguridad y la policía judicial	52	1547
6.2.	El problema de la provocación de delitos	54	1548
6.2.1.	Las posibilidades y límites de su justificación	54	1548
6.2.2.	La incidencia en la posterior detención del delincuente flagrante	55	1549
6.2.3.	El «delito tolerado»	56	1550
6.3.	El recurso a la violencia física por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado	58	1550
6.3.1.	La coacción ordinaria	58	1550
6.3.1.1.	Generalidades	58	1550

		Nm.	Pág.
	6.3.1.2. La detención	59	1551
	6.3.1.3. Las intervenciones de la policía de seguridad ciudadana	60	1552
	6.3.2. El uso de las armas de fuego	61	1552
	6.3.2.1. Generalidades	61	1552
	6.3.2.2. El deber de utilizar las armas	63	1553
IV.	EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO	68	1555
	1. El ejercicio de los derechos	68	1555
	1.1. Generalidades	68	1555
	1.2. La especificación de los derechos en las relaciones interpersonales	70	1556
	1.3. Los denominados «nuevos derechos»	72	1557
	2. El ejercicio «legítimo»	74	1558
	2.1. Las conductas de ejercicio atípico y típico de los derechos	74	1558
	2.2. La legitimidad del ejercicio	75	1559
	2.2.1. Generalidades	75	1559
	2.2.2. Los criterios de legitimidad en la especificación de los derechos	77	1560
	2.2.2.1. Las estructuras legales y la especificación judicial	77	1560
	2.2.2.2. Los criterios materiales: un recordatorio	81	1562
	3. Anticipación de lo que sigue	84	1563
V.	EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA E IDEOLÓGICA	85	1563
	1. El significado de la libertad religiosa	85	1563
	2. El derecho a la objeción de conciencia	88	1565
	2.1. Consideraciones generales	88	1565
	2.2. Los procedimientos institucionalizados de gestión de los supuestos de conciencia divergente	91	1567
	2.2.1. La objeción previa	91	1567
	2.2.2. La exención legal de la disposición prescriptiva	93	1568
	2.2.3. La excepción jurisdiccional	94	1569
	2.2.4. Un balance	95	1569
	2.3. La objeción de conciencia sobrevenida	96	1570
	2.3.1. Generalidades	96	1570
	2.3.2. La delimitación del tipo conforme al derecho fundamental a la libertad religiosa	97	1570
	2.3.3. La justificación y las diversas clases de delitos	99	1571
	2.3.3.1. Generalidades	99	1571
	2.3.3.2. La singularidad de los delitos mala in se nucleares	100	1572
VI.	EL DERECHO DE LOS PADRES A LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS	103	1573
	1. Generalidades	103	1573
	1.1. Las bases constitucionales	103	1573

		Nm.	Pág.
1.2.	La patria potestad	104	1574
1.3.	El cuestionamiento de la posición jurídica de los padres	107	1575
2.	*El derecho de corrección*	109	1576
2.1.	La cuestión del «maltrato físico»	109	1576
2.2.	El problema de la «intimidad informática»	111	1577
2.3.	La circuncisión masculina no terapéutica	113	1578
VII.	EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS	114	1579
1.	*Planteamiento*	114	1579
2.	*La libertad de expresión e información y su conflicto con otros derechos fundamentales*	115	1580
2.1.	Generalidades	115	1580
2.2.	Los criterios de especificación	118	1581
2.2.1.	La veracidad y el interés público	118	1581
2.2.2.	El problema de la fijación de los límites	119	1581
2.2.2.1.	En la libertad de expresión política y de creación artística	119	1581
2.2.2.2.	La libertad de cátedra	122	1583
3.	*El derecho a la libertad de reunión y manifestación, así como a la huelga*	124	1584
VIII.	LOS DERECHOS PROCESALES FUNDAMENTALES	126	1585
1.	*Generalidades*	126	1585
2.	*El derecho a no declarar contra uno mismo*	127	1586
3.	*El derecho procesal de defensa*	130	1588
4.	*La dispensa de declarar contra los parientes*	131	1588
IX.	LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL DERECHO PÚBLICO ORDINARIO	132	1589
1.	*Los supuestos de ejercicio de funciones públicas por particulares*	132	1589
1.1.	La detención llevada a cabo por particulares	132	1589
1.2.	La protección de los informantes	133	1590
2.	*Las autorizaciones judiciales y administrativas*	135	1592
2.1.	Planteamiento	135	1592
2.2.	La autorización judicial como equivalente funcional del consentimiento	136	1592
2.3.	La actividad administrativa de autorización	137	1593
2.3.1.	Generalidades	137	1593
2.3.2.	La autorización administrativa real e hipotética	139	1594
2.3.3.	La tolerancia administrativa	140	1595
3.	*El derecho del empleador a controlar la intimidad de sus trabajadores*	141	1595
X.	LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL DERECHO PRIVADO	142	1596
1.	*El ejercicio de derechos de naturaleza económica*	142	1596
2.	*El derecho a realizar extrajudicialmente el propio derecho*	143	1596
2.1.	Los derechos de retención y de compensación	143	1596
2.2.	El recurso a la autotutela	144	1597

		Nm.	Pág.
XI.	EN EL LÍMITE DE LOS DERECHOS POLÍTICOS: LA PROTESTA, LA DESOBEDIENCIA CIVIL, LA RESISTENCIA, EL TIRANICIDIO, LA GUERRA JUSTA	147	1599
1.	*Generalidades*	147	1599
2.	*La discusión sobre el hipotético derecho de protesta*	148	1599
2.1.	Generalidades	148	1599
2.2.	Las posibilidades para su tratamiento jurídico	149	1600
3.	*La desobediencia civil y la resistencia*	150	1600
4.	*El ius ad bellum y el ius in bello*	152	1601

CAPÍTULO 22

EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO			1603
I.	EL CONSENTIMIENTO Y SU MANIFESTACIÓN	1	1607
1.	*Generalidades*	1	1607
2.	*La articulación de lo interno y lo externo en el consentimiento*	3	1608
II.	LOS ÁMBITOS DE PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES	7	1609
1.	*Planteamiento*	7	1609
2.	*El problema de legalidad*	8	1610
3.	*La cuestión de teoría de las normas*	10	1610
4.	*Los aspectos dogmático-estructurales*	14	1612
5.	*El fundamento teleológico-valorativo*	16	1613
5.1.	La apariencia	16	1613
5.2.	La realidad jurídica y legislativa	17	1613
5.2.1.	La idea de una racionalidad compartible	17	1613
5.2.2.	La cláusula de orden público	19	1615
III.	LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA	20	1615
1.	*Generalidades*	20	1615
2.	*La exclusión de la tipicidad*	21	1616
3.	*La exclusión de la antijuridicidad y sus límites*	25	1618
3.1.	Generalidades	25	1618
3.2.	El consentimiento en las prácticas deportivas de confrontación peligrosa o directamente lesiva	26	1618
3.3.	El significado del consentimiento en la actividad médico-quirúrgica	28	1619
3.3.1.	Planteamiento	28	1619
3.3.2.	La intervención curativa no consentida	31	1620
3.3.3.	La intervención consentida al margen de los procedimientos legales o de la *lex artis*	34	1622
3.3.4.	Los problemas de la cirugía estética y del tratamiento de las disforias corporales	38	1623
3.3.5.	Los problemas de otras prácticas médicas consentidas	41	1625
3.4.	Las lesiones sadomasoquistas	43	1626
4.	*La atenuación del injusto o de la culpabilidad*	44	1626

		Nm.	Pág.
IV.	LA DOCTRINA DE LOS BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES E INDISPONIBLES	46	1627
	1. Generalidades	46	1627
	2. Los bienes disponibles	47	1628
	3. El caso de los bienes indisponibles	49	1629
	3.1. Generalidades	49	1629
	3.2. Los bienes intrínsecos como bienes indisponibles	51	1629
	3.2.1. Su naturaleza	51	1629
	3.2.2. La deficiente base antropológica de las posiciones dominantes: del dualismo cartesiano al voluntarismo emotivista	52	1630
	3.2.3. La posición realista	55	1632
	3.2.3.1. Las premisas	55	1632
	3.2.3.2. La coherencia del ordenamiento jurídico	56	1632
	3.2.4. La disposición limitada sobre bienes indisponibles. Consentimiento y procedimiento en el trasplante de órganos	58	1633
	4. Las conductas despenalizadas de homicidio a petición	61	1635
	4.1. Generalidades	61	1635
	4.2. Las clases de «eutanasia» admitidas tradicionalmente	62	1635
	4.2.1. La eutanasia pasiva	62	1635
	4.2.2. La eutanasia indirecta activa	63	1636
	4.3. La eutanasia directa activa y el homicidio a petición	64	1636
	4.3.1. Descripción general de las leyes de homicidio a petición	64	1636
	4.3.2. Crítica a las premisas de las leyes de homicidio a petición	65	1637
	4.3.3. La pendiente resbaladiza	67	1637
V.	LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EFICAZ	68	1638
	1. Generalidades	68	1638
	2. El problema de la capacidad cognitivo-volitiva del otorgante	69	1639
	2.1. El consentimiento de los menores	69	1639
	2.2. El consentimiento de los discapacitados	72	1641
	2.3. El consentimiento prestado por representante, la autorización judicial y la decisión médica subsidiaria	73	1641
	3. El conocimiento —consentimiento informado— y el error	76	1643
	3.1. La pretensión razonable de recibir información y comprenderla	76	1643
	3.2. El error sobre el significado típico de la conducta consentida	78	1644
	3.3. Los errores sobre las circunstancias extratípicas de la conducta consentida	80	1645
	3.4. El error en cuanto al cumplimiento de las condiciones pactadas	83	1646
	4. La voluntad libre	84	1647

		Nm.	Pág.
4.1.	La concurrencia de violencia o de intimidación	84	1647
4.2.	Las situaciones de consentimiento imperfecto	87	1648
4.3.	El consentimiento de las personas privadas de libertad o sometidas a otras formas de coerción estatal	89	1649
VI.	LAS FORMAS DE EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL ACTO DE DISPOSICIÓN	91	1651
1.	*Las reglas de adscripción de consentimiento a un sujeto*	91	1651
2.	*El consentimiento real*	95	1652
2.1.	Directo o indirecto	95	1652
2.2.	Expreso o tácito —concluyente—	96	1652
2.3.	Puro y condicionado	99	1654
3.	*El consentimiento presunto*	100	1654
3.1.	Generalidades	100	1654
3.2.	Las dos reglas de adscripción	101	1655
3.3.	Los conflictos internos	103	1656
4.	*Las situaciones crecientemente problemáticas en contextos tecnológicos*	104	1656
4.1.	El consentimiento específico y amplio	104	1656
4.2.	El consentimiento ficticio —precipitado—	106	1657
4.3.	Un balance	107	1658
5.	*Las clases de consentimiento en el tiempo*	108	1658
5.1.	Generalidades	108	1658
5.2.	El consentimiento prospectivo	109	1659
5.3.	La legislación en materia de voluntades anticipadas	111	1660
5.4.	El consentimiento retrospectivo	112	1661
5.5.	La revocación del consentimiento	115	1662
6.	*El consentimiento hipotético*	116	1662
6.1.	Generalidades	116	1662
6.2.	La discusión del problema	117	1663
6.3.	Un balance	120	1665
VII.	OTRAS CUESTIONES	123	1666
1.	*Las incongruencias entre las perspectivas acerca del consentimiento*	123	1666
1.1.	La perspectiva intersubjetiva ex ante y la perspectiva *ex post*	123	1666
1.2.	La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos del consentimiento —el consentimiento putativo—	124	1667
1.3.	El desconocimiento de un consentimiento efectivamente otorgado	127	1668
2.	*El consentimiento en los delitos de omisión y en la interrupción de cursos salvadores*	128	1669

CAPÍTULO 23

LA DOCTRINA GENERAL DE LA CULPABILIDAD. LA MINORÍA DE EDAD PENAL			1671
I.	INTRODUCCIÓN	1	1677

		Nm.	Pág.
1.	*La atribución de responsabilidad*	1	1677
1.1.	Precisiones conceptuales	1	1677
1.2.	Las clases de responsabilidad	3	1678
2.	*Responsabilidad, imputación y culpabilidad*	6	1679
3.	*La culpabilidad en el contexto de los presupuestos de la imposición de una pena*	8	1680
3.1.	La libertad de voluntad	8	1680
3.2.	La identidad en el tiempo de la persona delincuente	10	1681
3.3.	La legitimación política del Estado punitivo	12	1682
II.	LA LIBERTAD DE VOLUNTAD	14	1683
1.	*Las diversas ontologías*	14	1683
1.1.	En la historia	14	1683
1.2.	La concepción dominante	15	1684
1.3.	El significado de los juicios de responsabilidad	16	1685
2.	*El determinismo en la actualidad*	17	1685
2.1.	Las neurociencias y el neurodeterminismo	17	1685
2.2.	La libertad y el determinismo	19	1686
3.	*La responsabilidad por el carácter*	22	1688
4.	*Otras posiciones compatibilistas*	24	1689
5.	*El determinismo compatibilista y la libertad como praxis social*	26	1690
5.1.	Planteamiento	26	1690
5.2.	La visión hegeliana-holista	27	1691
5.3.	La concepción pragmática	28	1691
5.4.	La perspectiva lingüística	30	1692
6.	*La metafísica de la libertad*	32	1693
6.1.	Objeciones a la doctrina dominante	32	1693
6.1.1.	La ausencia de actitud crítica	32	1693
6.1.2.	La incoherencia en los presupuestos	35	1694
6.1.3.	Una alternativa	37	1695
6.2.	La antropología —metafísica— de la libertad real	40	1696
6.2.1.	El punto de partida	40	1696
6.2.2.	Una libertad encarnada	41	1697
6.2.2.1.	Planteamiento	41	1697
6.2.2.2.	Los presupuestos	43	1698
6.2.2.2.1.	*La infradotación instintiva y la apertura a fines*	43	1698
6.2.2.2.2.	*Los condicionamientos*	45	1699
III.	LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO	48	1700
1.	*Introducción: contenido y ubicación sistemática*	48	1700
2.	*La discusión previa al siglo XX*	50	1701
2.1.	El tránsito del siglo XVII al siglo XIX	50	1701
2.2.	El concepto psicológico de culpabilidad	51	1701

		Nm.	Pág.
3.	*La discusión del siglo XX*	52	1702
3.1.	Las variantes del concepto normativo de culpabilidad	52	1702
3.1.1.	Planteamiento	52	1702
3.1.2.	Una concepción mixta	53	1702
3.1.3.	La crítica de vacuidad	55	1703
3.2.	Las doctrinas psicoanalíticas	57	1704
3.3.	Las doctrinas de la necesidad preventiva de pena	59	1705
3.4.	Las doctrinas de la motivación	61	1706
3.5.	El concepto funcionalista de culpabilidad	63	1707
3.6.	Los conceptos discursivos de culpabilidad	64	1708
4.	*El estado actual de la discusión*	67	1709
4.1.	Los problemas del estado de cosas dominante	67	1709
4.2.	Las propuestas de las últimas décadas	71	1711
4.3.	La introducción de la perspectiva de la víctima	74	1713
4.4.	La incidencia de la ideología del control social	76	1714
4.5.	Lo coherente desde estas perspectivas: una «cuarentena» criminal	77	1714
IV.	LAS BASES DE UN CONCEPTO REALISTA-CRÍTICO DE CULPABILIDAD	78	1715
1.	*Planteamiento*	78	1715
2.	*Las aproximaciones individualizadora y estandarizadora*	80	1716
2.1.	Planteamiento	80	1716
2.2.	El juicio de culpabilidad como juicio de razón práctica	82	1717
3.	*Su naturaleza de juicio de merecimiento*	83	1718
3.1.	La base descriptiva	83	1718
3.2.	Un criterio adscriptivo basado en el merecimiento individual	84	1718
3.3.	La relevancia del carácter y de la conducción de la vida	87	1720
V.	LOS CONDICIONANTES DE LA LIBERTAD	92	1722
1.	*La denominada «mala suerte constitutiva»*	92	1722
2.	*La denominada mala suerte «circunstancial»*	94	1723
2.1.	Generalidades	94	1723
2.2.	Las actuaciones en masa, o en grupos y organizaciones ilícitas	96	1724
2.3.	La actuación en organizaciones formales lícitas: empresas, administración pública	97	1724
2.4.	La diversidad cultural	98	1725
2.5.	El denominado «entorno social corrompido»	99	1725
2.6.	El «adoctrinamiento coactivo»	100	1726
2.7.	La influencia de las tecnologías de la información y de la comunicación	101	1726
2.8.	Los sistemas sociales y políticos de injusto	102	1727
LA MINORÍA DE EDAD PENAL			1728
I.	CONSIDERACIONES GENERALES	103	1729
1.	*El niño y el adolescente como agentes morales*	103	1729

		Nm.	Pág.
	1.1. Generalidades	103	1729
	1.2. La susceptibilidad a las influencias del medio	105	1730
	2. Los menores y el Derecho	106	1731
	2.1. La capacidad de obrar jurídicamente	106	1731
	2.2. La cuestión en Derecho penal	107	1732
	2.2.1. La maduración del niño y la teoría del delito	107	1732
	2.2.2. Las fronteras objetivas de edad	109	1733
	2.2.2.1. Planteamiento	109	1733
	2.2.2.2. La cuestión político-jurídica	111	1733
	3. La controversia sobre la frontera de la minoría de edad penal	113	1734
II.	LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DE CATORCE AÑOS	114	1735
	1. Generalidades	114	1735
	2. El régimen jurídico de los menores de catorce años que cometen un delito	115	1736
	2.1. Planteamiento	115	1736
	2.2. La necesidad de analizar la conducta del menor	116	1736
III.	LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS	118	1737
	1. Planteamiento	118	1737
	2. El significado del hecho del menor de dieciocho años	119	1738
	2.1. El injusto culpable del menor de dieciocho años	119	1738
	2.2. La relevancia sistemática de la minoría de edad	120	1738
	3. El modelo de responsabilidad del menor de dieciocho años	121	1739
	4. La capacidad de ser sujeto pasivo de sanciones administrativas	123	1740
	5. La responsabilidad civil ex delicto	124	1741
IV.	EL CASO DE LOS JÓVENES DE ENTRE DIECIOCHO Y VEINTIÚN AÑOS	125	1741

CAPÍTULO 24

LA INIMPUTABILIDAD			1745
I.	GENERALIDADES	1	1749
	1. Las alteraciones y las anomalías psíquicas en el sistema del delito	1	1749
	2. La exclusión de la imputabilidad	3	1750
	2.1. Los modelos teóricos	3	1750
	2.2. La estructura de las regulaciones legales	5	1751
	2.2.1. Los dos niveles de análisis	5	1751
	2.2.2. La relación «causal»	8	1752
	2.2.3. Los déficits cognitivos y volitivos no reconducibles a alteraciones o anomalías psíquicas	10	1753
	2.2.4. La extrema dificultad de comprender la ilicitud de la conducta o de adecuar la propia conducta al Derecho	13	1755
	2.2.5. Las anomalías o alteraciones posteriores a la comisión del hecho	15	1756

		Nm.	Pág.
II.	LA INIMPUTABILIDAD DE ORIGEN PSICOPATOLÓGICO	16	1756
1.	*Generalidades*	16	1756
1.1.	El papel del perito	16	1756
1.2.	Los planos de la fórmula legal	19	1757
1.3.	La contraposición del plano empírico-descriptivo y del normativo-adscriptivo	21	1758
1.4.	La psicopatología subyacente: el juicio empírico-descriptivo	23	1759
1.4.1.	Generalidades sobre las anomalías o alteraciones	23	1759
1.4.2.	La discapacidad intelectual	26	1761
1.4.3.	Las clasificaciones actuales de las psicopatologías	27	1761
1.4.3.1.	Los trastornos de tipo «A»: las psicosis	27	1761
1.4.3.2.	Los trastornos de tipo «C»: las neurosis	28	1761
1.4.3.3.	Los trastornos de tipo «B»: entre otros, las psicopatías	29	1762
1.4.3.4.	Algunas conclusiones	31	1763
2.	*El juicio normativo-adscriptivo*	33	1764
2.1.	Generalidades	33	1764
2.2.	El punto de partida descriptivo: los indicadores de la regla de adscripción	34	1764
2.3.	El tránsito del juicio descriptivo al adscriptivo	35	1765
2.3.1.	La explicación del hecho en virtud de un déficit cognitivo del agente	35	1765
2.3.2.	La explicación del hecho en virtud de un déficit volitivo-emocional	36	1766
2.3.2.1.	Generalidades	36	1766
2.3.2.2.	Los términos del debate	37	1766
2.3.2.3.	La impulsividad y la debilidad	39	1767
2.3.2.4.	La cuestión de la frontera	40	1768
2.3.3.	Otros supuestos: el desorden de personalidad múltiple, el lavado de cerebro	43	1769
2.3.4.	La cuestión en los delitos imprudentes	44	1769
2.4.	Los elementos del juicio normativo de adscripción	45	1770
2.4.1.	La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho	45	1770
2.4.2.	Los argumentos integrados en la regla	47	1771
2.4.2.1.	Los dos modelos de reglas de adscripción	47	1771
2.4.2.2.	El modelo acogido	48	1771
2.4.2.2.1.	*Para las situaciones de radical incapacidad*	48	1771
2.4.2.2.2.	*Para las situaciones de intensa dificultad*	51	1772
2.4.2.2.3.	*Consideraciones finales*	53	1773
III.	EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO	56	1774
1.	*La base empírico-descriptiva*	56	1774
2.	*El juicio normativo-adscriptivo*	58	1775

		Nm.	Pág.
IV.	LA PROVOCACIÓN —Y LA NO EVITACIÓN— DEL TRASTORNO. LA DOCTRINA DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*	59	1776
	1. Generalidades	59	1776
	1.1. Introducción	59	1776
	1.2. La terminología y las diversas estructuras	60	1776
	2. El marco de la discusión	62	1777
	2.1. Las discrepancias político-jurídicas	62	1777
	2.2. Los diversos «modelos» dogmáticos	63	1778
	2.2.1. Planteamiento	63	1778
	2.2.2. Las críticas al modelo de la excepción	64	1779
	2.2.3. Las críticas al modelo mayoritario de la tipicidad	65	1779
	3. Un replanteamiento del problema	67	1781
	3.1. La perspectiva estructural-conceptual	67	1781
	3.1.1. La incidencia de la teoría de las normas	67	1781
	3.1.2. La incidencia de la doctrina de la participación en la fase previa	69	1782
	3.1.2.1. El favorecimiento de terceros	69	1782
	3.1.2.2. El «autofavorecimiento»	70	1782
	3.1.3. La relevancia de las dos conductas como comportamientos antijurídicos	73	1784
	3.2. Balance. La *actio praecedens* como autofavorecimiento	75	1785
	3.3. La compatibilidad con la legislación española	77	1786
	3.4. La perspectiva axiológica y las consecuencias prácticas	78	1786
	3.4.1. La impunidad de la mera *actio praecedens* y las reacciones contra ella	78	1786
	3.4.2. Los cambios en el título de imputación subjetiva	79	1787
	3.4.3. La actuación justificada —o disculpada— en la *actio praecedens*	82	1788
	3.4.4. La imputabilidad disminuida en la *actio praecedens* y en la *actio posterior*	83	1789
	3.4.5. Los problemas en relación con los delitos de mera actividad, de medios determinados y de propia mano	85	1789
	4. El comienzo de la tentativa en la actio libera in causa	86	1790
	5. El problema de la aplicación de la doctrina en los casos de alteraciones o anomalías no transitorias	88	1791
V.	OTRAS SITUACIONES RELEVANTES EN CUANTO A LA IMPUTABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO	91	1792
	1. Los estados asociados al consumo de drogas —o a las adicciones conductuales—	91	1792
	1.1. La base empírico-descriptiva	91	1792
	1.2. El juicio normativo-adscriptivo de ausencia de imputabilidad	92	1792
	1.3. Las diferencias en cuanto a la responsabilidad a título de *actio libera in causa*	93	1793
	2. La alteración de la percepción	95	1794

		Nm.	Pág.
	2.1. Generalidades	95	1794
	2.2. La base empírico-descriptiva	97	1795
	2.3. El juicio normativo-adscriptivo	98	1796
	3. La imputabilidad disminuida	99	1797
VI.	ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LA INIMPUTABILIDAD	101	1797
	1. La carga de la prueba	101	1797
	2. La relación del juicio normativo de adscripción de inimputabilidad con la prueba pericial	102	1798
	3. El acceso del juicio de imputabilidad a la apelación y a la casación	105	1799
	4. La alteración o anomalía mental «sobrevenida»	106	1799
	5. La responsabilidad civil derivada de delito	108	1801

CAPÍTULO 25

EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN 1803

I.	GENERALIDADES	1	1806
	1. La historia dogmática	1	1806
	1.1. La tradición de la relevancia del error de prohibición	1	1806
	1.2. La doctrina de su irrelevancia: *error iuris nocet*	3	1807
	2. El marco de la discusión contemporánea	4	1807
	2.1. El debate en la tradición de cuño alemán	4	1807
	2.1.1. La teoría del dolo	4	1807
	2.1.1.1. El marco conceptual	4	1807
	2.1.1.2. Los problemas de la teoría y los diversos intentos de solución	6	1808
	2.1.2. La construcción de la teoría de la culpabilidad	9	1810
	2.1.2.1. Planteamiento	9	1810
	2.1.2.2. Las bases de la construcción	10	1810
	2.1.2.3. Las consecuencias del modelo	12	1811
	2.1.2.4. La recepción en la jurisprudencia	14	1812
	2.1.3. Las propuestas del regreso a la teoría del dolo: la «reunificación» del dolo malo	15	1812
	2.1.3.1. Planteamiento	15	1812
	2.1.3.2. De nuevo, el problema de la culpa iuris relativa a la prohibición	18	1813
	2.2. El debate en la tradición angloamericana	19	1814
II.	EL OBJETO DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD	21	1815
	1. Los elementos que lo integran	21	1815
	1.1. Planteamiento	21	1815
	1.2. Los puntos de discrepancia doctrinal	22	1816
	1.2.1. Los casos límite entre error de tipo y error de prohibición	22	1816

	Nm.	Pág.
1.2.1.1. Generalidades	22	1816
1.2.1.2. Los modelos	24	1816
1.2.2. La zona gris entre el error excluyente del dolo y el error sobre la ilicitud de la conducta	26	1817
1.2.3. La zona gris entre el error sobre la ilicitud y los errores irrelevantes	29	1819
1.2.3.1. La descripción del problema	29	1819
1.2.3.2. La opción por el término medio	31	1820
1.2.3.2.1. Planteamiento	31	1820
1.2.3.2.2. El tratamiento del error sobre la prohibición bajo pena	33	1821
1.3. La ilicitud de la conducta concreta como objeto del conocimiento	35	1822
1.3.1. Generalidades	35	1822
1.3.2. El juicio del agente sobre la ilicitud de su conducta concreta	36	1823
1.4. Las clases de error de prohibición en función de su objeto	38	1824
2. *Las fuentes del conocimiento de la antijuridicidad de la propia conducta*	41	1825
2.1. Generalidades	41	1825
2.2. El ejemplo de la suposición errónea de la justificación en el caso del núcleo de los delitos *mala in se*	44	1826
III. EL CONTENIDO DEL «CONOCIMIENTO» DE LA ANTIJURIDICIDAD	46	1828
1. Generalidades	46	1828
2. La concepción psicológica-descriptiva: el conocimiento como cuestión de hecho	50	1829
2.1. Generalidades	50	1829
2.2. La duda y la «co-consciencia»	51	1829
3. La concepción normativo-adscriptiva	54	1831
3.1. Generalidades	54	1831
3.2. Los modelos jurídico-políticos de base	55	1831
3.3. Las incumbencias de conocer y las reglas de adscripción de conocimiento	58	1833
4. Los grupos de casos problemáticos	61	1834
4.1. El caso límite	61	1834
4.2. Los casos difíciles	63	1835
4.2.1. Por razones territoriales o personales	63	1835
4.2.2. Por razones legales o judiciales	65	1836
4.2.2.1. La sucesión de leyes en el tiempo	65	1836
4.2.2.2. La situación jurídica insegura	66	1836
4.2.2.2.1. Las leyes oscuras	66	1836
4.2.2.2.2. La divergencia de sentencias judiciales	67	1837
4.2.2.3. Las disposiciones regulatorias	69	1838
4.2.2.4. El asesoramiento público o privado	71	1839

		Nm.	Pág.
	4.2.3. El problema de los límites de las causas de justificación	73	1841
IV.	LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS ERRORES INVENCIBLES, VENCIBLES, BURDOS Y PROVOCADOS	74	1841
	1. Generalidades	74	1841
	2. La panorámica de los errores de prohibición	75	1842
	3. El régimen jurídico de los diversos grupos de casos	78	1843
	3.1. El error invencible por imposibilidad y por inexigibilidad	78	1843
	3.2. El error vencible ordinario	80	1844
	3.2.1. El baremo individual	80	1844
	3.2.2. El papel del pasado en la exigencia de superar el error	81	1844
	3.2.3. El grado de la imprudencia en la *culpa iuris* relativa a la prohibición	84	1846
	3.3. El error burdo y el error provocado	87	1847
	3.4. Los errores de prohibición en los delitos imprudentes	88	1848
	4. La individualización judicial de la pena imponible en los casos de errores vencibles	90	1849
V.	OTROS PROBLEMAS DOGMÁTICOS	92	1850
	1. La ubicación sistemática del conocimiento de la antijuridicidad	92	1850
	2. El límite entre el error de prohibición y la «creencia diferente»	93	1850
VI.	EL CONOCIMIENTO, LA COMPRENSIÓN Y LA INTERNALIZACIÓN DE LA NORMA	95	1851
	1. Generalidades	95	1851
	2. La doctrina del «error de comprensión culturalmente condicionado»	97	1852
	2.1. La formulación	97	1852
	2.2. La discusión	98	1853
	2.3. Su consideración como una cuestión volitiva	99	1854
	2.3.1. Planteamiento	99	1854
	2.3.2. La limitada neutralidad del Derecho	101	1855
	3. La ubicación del problema	103	1856
VII.	ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES	104	1856

CAPÍTULO 26

LAS SITUACIONES DE NECESIDAD EXCULPANTE. EL MIEDO INSUPERABLE			1857
I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	1	1862
	1. El Derecho ante la voluntad antijurídica	1	1862
	2. La dificultad para cumplir las normas de conducta	3	1863
	3. La relevancia sistemática de los déficits de la voluntad	5	1863
II.	LA HISTORIA DOGMÁTICA	8	1865
	1. Las tradiciones clásicas	8	1865

		Nm.	Pág.
	1.1. La tradición de la «tabla de Carnéades»	8	1865
	1.1.1. La antigüedad grecorromana y medieval	8	1865
	1.1.2. El iusracionalismo	9	1865
	1.1.3. De Feuerbach a los hegelianos	11	1867
	1.2. La tradición de la doctrina del «mal menor»	13	1868
	1.2.1. Planteamiento	13	1868
	1.2.2. El sacrificio directo del inocente	14	1868
	1.2.3. El sacrificio del inocente como efecto colateral	15	1868
	1.3. La tradición centrada en la emoción del miedo	17	1869
	2. La doctrina de la inexigibilidad	19	1870
	2.1. Generalidades	19	1870
	2.2. El debate sobre la inexigibilidad en la primera mitad del siglo XX	21	1871
	2.3. La naturaleza jurídica de las consideraciones de exigibilidad	23	1873
III.	EL MARCO DE LA DISCUSIÓN ACTUAL: LOS SISTEMAS LEGALES Y LAS FUNDAMENTACIONES DOGMÁTICAS	25	1873
	1. La diversidad de tradiciones legislativas	25	1873
	2. La discusión sobre el fundamento de la exención de pena	28	1875
	2.1. La doble disminución de culpabilidad	28	1875
	2.2. La ausencia de necesidad preventiva de pena	30	1876
	2.3. Del sujeto abstracto a su humanidad real	31	1877
	2.3.1. Las competencias del sujeto	31	1877
	2.3.2. El interés vital del necesitado	33	1878
	2.4. Otras doctrinas contemporáneas	34	1879
	2.4.1. La concepción político-deliberativa	34	1879
	2.4.2. Las teorías contractualistas	36	1880
	2.4.2.1. Planteamiento	36	1880
	2.4.2.2. Materiales para la crítica	37	1880
	3. La cuestión sistemática a la luz de la discusión sobre el fundamento	39	1881
	3.1. Planteamiento	39	1881
	3.2. La exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales (o exculpación)	40	1882
	4. Los problemas del modelo alemán del estado de necesidad disculpante	42	1883
IV.	EL MODELO MIXTO HISPÁNICO: ESTADO DE NECESIDAD «NO JUSTIFICANTE» Y MIEDO INSUPERABLE	45	1885
	1. La existencia de dos instituciones dogmáticas sin efecto justificante	45	1885
	2. El miedo insuperable	47	1886
	2.1. Planteamiento	47	1886
	2.2. La situación de miedo insuperable	48	1887
	2.2.1. El miedo	48	1887
	2.2.2. La «insuperabilidad»	50	1888
	2.3. El mal que amenaza	53	1889
	2.3.1. Planteamiento	53	1889

		Nm.	Pág.
	2.3.2. Las reacciones defensivas excesivas	54	1890
	2.3.3. El sometimiento a la voluntad del agresor	57	1891
	2.3.4. La representación sin base real y la situación amenazante desconocida	58	1891
	2.4. La necesidad de la conducta	60	1892
	2.4.1. La subsidiariedad externa	60	1892
	2.4.2. En particular, la cuestión de los procedimientos institucionalizados	61	1893
	2.4.3. La comisión de un *malum* in se periférico o de un *malum quia prohibitum*	63	1894
	2.4.4. La comisión de un *malum in* se nuclear	65	1895
	2.4.5. La subsidiariedad interna y la proporcionalidad	66	1896
	3. El estado de necesidad no justificante comprendido en el texto del art. 20.5.º CP español	68	1897
	3.1. La ausencia de miedo: la lógica del mal menor	68	1897
	3.2. La ausencia de provocación y el deber de sacrificio	70	1897
	3.3. Otras cuestiones comunes a las situaciones de necesidad no justificantes	71	1898
	3.3.1. La participación en la conducta exculpada	71	1898
	3.3.2. Las reacciones posibles frente a la conducta exculpada	73	1899
V.	LOS CONFLICTOS DE CONCIENCIA NO JUSTIFICANTES	74	1899
	1. La historia dogmática	74	1899
	1.1. La cuestión en la primera mitad del siglo XX	74	1899
	1.2. El problema en el marco de las constituciones dogmáticas	76	1900
	2. Los conflictos en la tipicidad y en la justificación. Remisión	77	1901
	3. El abordaje del problema en el ámbito sistemático de la culpabilidad	78	1901
	4. El conflicto de motivos y su posible incidencia en la exculpación	79	1902
VI.	LOS CASOS LÍMITE Y LA CONFLUENCIA DE LAS TRES TRADICIONES HISTÓRICAS	80	1903
	1. Generalidades	80	1903
	2. Las líneas argumentales	81	1903
	2.1. Planteamiento	81	1903
	2.2. El argumento de las «comunidades de peligro»	82	1904
	2.3. El argumento de la colisión de deberes	83	1905
	2.4. El argumento de la doctrina del doble efecto	86	1906
	2.5. La solución de la exclusión de la prohibición bajo pena	88	1908
	2.6. El Estado y el Derecho de la excepción	90	1908
	2.6.1. Planteamiento	90	1908
	2.6.2. El argumento del riesgo extremo para la comunidad política	93	1910
	3. El recurso a la inteligencia artificial y la automatización de las decisiones dilemáticas	94	1911

		Nm.	Pág.
VII.	LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL LLAMADO «AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE» Y DEL ENCUBRIMIENTO IMPUNE DE PARIENTES	96	1912
	1. El problema del autoencubrimiento	96	1912
	2. El encubrimiento de parientes y la dispensa de declarar contra ellos	98	1913

CAPÍTULO 27

LA PUNIBILIDAD			1915
I.	GENERALIDADES	1	1920
	1. El injusto culpable y la imposición de la pena	1	1920
	2. Las bases de la discusión sobre la punibilidad	3	1920
II.	LOS TÉRMINOS DEL DEBATE DOCTRINAL: EL RECHAZO DE LA AUTONOMÍA CATEGORIAL	6	1922
	1. Las sistemáticas cerradas a consideraciones político-jurídicas	6	1922
	2. Las sistemáticas teleológicas y funcionalistas	10	1922
	3. El carácter transcategorial de la punibilidad	10	1924
	3.1. Planteamiento	10	1924
	3.2. El tipo de injusto penal	12	1925
	3.3. La antijuridicidad penal y la punibilidad	13	1925
	3.4. La culpabilidad penal y la punibilidad	14	1926
III.	LA PUNIBILIDAD COMO PROPIEDAD DEL HECHO Y COMO PRESUPUESTO DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA	16	1927
	1. El concepto jurídico-penal de hecho	16	1927
	1.1. El comienzo y el final del hecho	16	1927
	1.2. El concepto estricto y el concepto amplio de hecho	19	1928
	1.3. La división doctrinal	20	1928
	2. La distinción de dos conceptos de punibilidad	22	1929
	2.1. El concepto estricto y el concepto amplio de punibilidad	22	1929
	2.2. Los tres círculos concéntricos del juicio de punibilidad	23	1930
	2.2.1. Como juicio sobre el hecho	23	1930
	2.2.2. Como juicio sobre el autor del hecho	24	1930
	2.2.3. Como juicio sobre la legitimidad o la conveniencia del castigo por parte del Estado	26	1931
	2.2.4. Un balance	28	1932
	3. La relación con la perseguibilidad y la procedibilidad	29	1932
	3.1. Precisiones conceptuales	29	1932
	3.2. El sentido del enjuiciamiento de hechos típicamente antijurídicos y culpables, pero no punibles	32	1934
	3.2.1. La mutación procesal de ciertos elementos sustantivos de la punibilidad	32	1934
	3.2.2. Una valoración	34	1935
	4. Los criterios de clasificación de los elementos integrados en el juicio de punibilidad	36	1936

		Nm.	Pág.
4.1.	Las diversas posibilidades	36	1936
4.2.	La teoría de las normas y la punibilidad	38	1936
4.2.1.	La relación de la norma de sanción con la norma de conducta	38	1936
4.2.2.	La incidencia de otros sistemas de normas	39	1937
4.3.	Las normas de trato equitativo	40	1937
4.3.1.	La norma de equidad asociada a la dificultad de regirse por las normas de conducta	40	1937
4.3.2.	Las normas de equidad derivadas del comportamiento supererogatorio del sujeto activo y de la promulgación de una ley retroactiva	41	1938
4.3.3.	Las «normas de compensación» —como subespecie de normas de equidad—	42	1939
4.4.	Las normas premiales y su relación con la norma penal de sanción	44	1939
4.4.1.	Planteamiento	44	1939
4.4.2.	La estructura de la norma premial y el contexto del diálogo premial	45	1940
4.5.	Las normas de conveniencia u oportunidad	47	1941
IV.	LA FORMULACIÓN LEGAL Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD	48	1941
1.	*Planteamiento*	48	1941
2.	*La formulación legal*	49	1942
2.1.	La formulación positiva en los tipos legales: las denominadas «condiciones objetivas de punibilidad»	49	1942
2.1.1.	Generalidades	49	1942
2.1.2.	El problema de las cuantías del perjuicio o del beneficio	50	1942
2.1.3.	Las «clases» de condiciones objetivas de punibilidad	51	1943
2.2.	La formulación negativa en algunos delitos o grupos de delitos: las causas objetivas y personales de exención de pena	52	1944
2.3.	Las causas de «exención de pena» y las causas de «extinción de la responsabilidad criminal»	53	1944
3.	*La aplicación judicial de los presupuestos de la punibilidad*	54	1944
3.1.	La cuestión del error	54	1944
3.2.	La comunicabilidad	55	1945
3.3.	La aplicación analógica y la reducción teleológica	58	1946
V.	LOS ELEMENTOS INTEGRADOS EN EL CONCEPTO DE PUNIBILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	59	1946
VI.	LA AFECTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR EL JUICIO EMITIDO SOBRE EL AGENTE AL MARGEN DE SU HECHO	64	1948
1.	*Generalidades*	64	1948
2.	*Las causas de extinción de la responsabilidad criminal*	65	1948
2.1.	Generalidades	65	1948

	Nm.	Pág.
2.2. El transcurso del tiempo: la prescripción del delito	66	1949
2.2.1. Su fundamento	66	1949
2.2.1.1. Generalidades	66	1949
2.2.1.2. Los regímenes de la prescripción y la imprescriptibilidad	67	1950
2.3. La muerte	70	1951
2.3.1. El fundamento	70	1951
2.3.2. Su dimensión de causa de extinción de la acción y la de causa de extinción de la responsabilidad	71	1952
2.4. El perdón del sujeto pasivo	73	1953
2.5. El perdón estatal	75	1954
2.5.1. Generalidades	75	1954
2.5.2. El indulto	76	1955
2.5.2.1. Generalidades	76	1955
2.5.2.2. Las razones del indulto	77	1955
2.5.2.3. La polémica	78	1956
2.5.2.4. Lo irrenunciable	79	1956
2.5.3. La justicia transicional	80	1957
2.5.3.1. Generalidades	80	1957
2.5.3.2. La amnistía	81	1957
2.5.3.2.1. Cuestiones conceptuales	81	1957
2.5.3.2.2. La discusión sobre las leyes de amnistía en el marco constitucional español	84	1959
3. Otros factores pre-procesales simultáneos y posteriores al hecho delictivo	86	1960
3.1. El dato de haber sido ya sancionado	86	1960
3.1.1. El padecimiento de una legítima defensa	86	1960
3.1.2. Haber sufrido una retorsión	87	1961
3.1.3. Otras sanciones no jurídico-estatales	88	1961
3.1.4. La «pena natural»	90	1962
3.1.4.1. El concepto	90	1962
3.1.4.2. El fundamento de su relevancia	91	1963
3.1.5. El comportamiento autopunitivo	92	1964
3.2. La mejora del sujeto del proceso con respecto al sujeto del hecho histórico	93	1964
3.2.1. La auto-resocialización	93	1964
3.2.2. Otros cambios en la identidad	94	1965
4. El diálogo premial	96	1966
4.1. Generalidades	96	1966
4.2. Las excusas absolutorias vinculadas con diversas lógicas premiales	97	1966
4.2.1. Los «desistimientos» de tentativas perfectas y de delitos ya consumados	97	1966

	Nm.	Pág.
4.2.2. La renuncia a la acusación en virtud de un principio premial de oportunidad	99	1967
4.2.3. La colaboración procesal	100	1967
4.2.3.1. Planteamiento	100	1967
4.2.3.2. Los problemas de los acuerdos premiales	101	1968
VII. LA AFECTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR DÉFICITS DE LEGITIMACIÓN O CRITERIOS DE CONVENIENCIA DEL ESTADO	104	1969
1. Generalidades	104	1969
2. Los problemas derivados de la vulneración de deberes de garante del Estado	105	1970
2.1. Planteamiento	105	1970
2.2. La desprotección de la libertad negativa: las víctimas del delito de trata de personas	106	1970
2.3. La desprotección de la libertad positiva formal y material	107	1971
2.4. El mal funcionamiento del «Estado administrativo»	108	1972
3. Los problemas de legitimación —pre-procesales, procesales y postprocesales— del Estado punitivo	109	1973
3.1. Las violaciones pre-procesales de derechos	109	1973
3.1.1. Los malos tratos dispensados por los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad	109	1973
3.1.2. El «delito provocado» por agentes del Estado	110	1973
3.1.2.1. Generalidades	110	1973
3.1.2.2. La solución sustantiva y la procesal	111	1974
3.2. La lesión de derechos procesales	113	1975
3.2.1. La vulneración de las reglas del debido proceso	113	1975
3.2.1.1. Consideraciones previas	113	1975
3.2.1.2. El derecho a no declarar contra uno mismo	114	1975
3.2.1.3. Las vulneraciones procesales	116	1976
4. La exclusión de la punibilidad —o de la perseguibilidad— por razones de conveniencia política del Estado	117	1977
4.1. Los conceptos de inmunidad e inviolabilidad parlamentaria	117	1977
4.2. La inviolabilidad del Rey	118	1978
4.3. Los diplomáticos	119	1978
5. La exclusión de la punibilidad por parentesco	120	1978
VIII. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	122	1980
1. Consideraciones generales	122	1980
2. La incapacidad sobrevenida de entender el sentido de la ejecución	124	1980
3. Las consideraciones adicionales de humanidad	125	1981

CAPÍTULO 28

LA CONCRECIÓN DEL HECHO PUNIBLE Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA 1983

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	1	1988
1. Las funciones del órgano judicial penal	1	1988

		Nm.	Pág.
2.	*El proceso de la graduación del contenido delictivo del hecho*	4	1990
2.1.	El objeto de la cuantificación	4	1990
2.2.	Los modelos legales y la práctica de la cuantificación	5	1990
2.3.	Los manuales de determinación y la inteligencia artificial	9	1992
II.	LA DETERMINACIÓN LEGAL Y LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL	11	1993
1.	*El marco de la penalidad abstracta*	11	1993
2.	*Las bases legales de la individualización*	12	1993
2.1.	Los sub-marcos establecidos en virtud de las circunstancias legales	12	1993
2.2.	Los principios legales de individualización	14	1995
2.2.1.	Los modelos basados en principios de abstracción media y de abstracción máxima	14	1995
2.2.2.	La traducción de la desvaloración en medidas concretas de pena	15	1995
3.	*La naturaleza sustantiva de la individualización de la pena*	16	1996
3.1.	Su pretendida ubicación fuera de la teoría del delito	16	1996
3.1.1.	La incidencia directa de las doctrinas de la pena	16	1996
3.1.2.	Un modelo alternativo	18	1997
3.2.	Su concepción como dimensión cuantitativa del hecho punible: la visión «retrospectiva-proporcionalista» limitada	20	1998
3.2.1.	El contenido delictivo del hecho	20	1998
3.2.2.	Los elementos ajenos al contenido de injusto culpable: el complemento «retrospectivo amplio y prospectivo»	21	1998
4.	*La naturaleza procesal de la decisión judicial de individualización de la pena*	22	1999
4.1.	Su carácter reglado	22	1999
4.2.	Su carácter recurrible en casación	23	2000
4.3.	La exigencia de motivación	24	2000
III.	LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS	25	2001
1.	*Delimitaciones conceptuales*	25	2001
2.	*El sistema legal de circunstancias y la teoría de las normas*	27	2002
2.1.	Generalidades	27	2002
2.2.	Las circunstancias relativas al contenido de injusto, a la culpabilidad y a la punibilidad en sentido estricto	28	2003
2.3.	Las circunstancias relativas a la punibilidad en sentido amplio	29	2003
3.	*La dogmática de las circunstancias*	30	2004
3.1.	Las circunstancias genéricas de la legislación española	30	2004
3.2.	La comunicabilidad y el error	32	2005
3.2.1.	La comunicabilidad	32	2005
3.2.2.	El desconocimiento de la concurrencia real de la circunstancia y la suposición errónea de su concurrencia	35	2007

	Nm.	Pág.
3.3. La analogía y la reducción teleológica	36	2007
3.3.1. La atenuación por analogía	36	2007
3.3.1.1. Generalidades	36	2007
3.3.1.2. Las posiciones en disputa	37	2008
3.3.1.3. Un balance	39	2009
4. La cláusula general de individualización de la pena	41	2010
IV. UN MODELO DE CUANTIFICACIÓN DEL HECHO PUNIBLE (I): EL CONTENIDO DE INJUSTO TÍPICO	43	2011
1. Generalidades	43	2011
2. La cuantificación del contenido de injusto	44	2011
2.1. La graduación de la desaprobación de la conducta	44	2011
2.1.1. El mayor contenido de riesgo *ex ante*	44	2011
2.1.2. El mayor contenido de riesgo de la conducta o su mayor desaprobación como criterio interpretativo de las agravantes legales	45	2012
2.1.3. El riesgo de «consecuencias extratípicas»	47	2013
2.1.4. Los conocimientos, las intenciones, los motivos y móviles	49	2014
2.1.4.1. El significado agravante de los motivos	49	2014
2.1.4.2. La responsabilidad por los motivos agravantes	51	2015
2.1.5. La infracción de deberes	54	2016
2.1.5.1. La infracción de deberes por parte del sujeto activo	54	2016
2.1.5.2. El caso del parentesco	56	2017
2.1.5.3. La reincidencia	58	2018
2.1.5.3.1. Generalidades	58	2018
2.1.5.3.2. El incremento del contenido de injusto	59	2019
2.1.5.3.3. La posible disminución de la culpabilidad	62	2020
2.1.5.3.4. La agravante de reincidencia como una forma irregular de gestión de la peligrosidad	64	2021
2.2. La cuantificación del título de imputación subjetiva	65	2021
2.3. La cuantificación de la imputación objetiva del resultado	67	2022
2.3.1. La medida efectiva de la lesión *ex post*	67	2022
2.3.2. La debilidad del nexo de imputación objetiva	68	2023
3. La cuantificación en las causas de justificación	70	2024
3.1. Planteamiento general	70	2024
3.2. Las denominadas «eximentes incompletas»	71	2024
V. LA CUANTIFICACIÓN DE LA CULPABILIDAD	73	2025
1. Generalidades	73	2025
2. La imputabilidad disminuida	74	2026
2.1. Generalidades	74	2026

		Nm.	Pág.
2.2.	La grave adicción al consumo de drogas o a determinadas prácticas conductuales	75	2026
2.2.1.	El juicio descriptivo	75	2026
2.2.2.	La regla adscriptiva	76	2027
2.2.2.1.	Planteamiento	76	2027
2.2.2.2.	La legislación española	77	2027
2.3.	El arrebato, la obcecación y otros estados pasionales	78	2028
2.4.	Los motivos atenuantes	80	2029
2.4.1.	Generalidades	80	2029
2.4.2.	En concreto, la provocación del sujeto pasivo	82	2030
3.	*La debilidad de voluntad*	84	2031
VI.	LA CUANTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD	85	2031
1.	*La frontera de la proporcionalidad con el hecho*	85	2031
2.	*Los criterios de cuantificación de la punibilidad en sentido estricto: el juicio sobre el hecho*	86	2031
3.	*La cuantificación de la punibilidad en sentido amplio*	88	2032
3.1.	Planteamiento. Los equivalentes funcionales parciales de la pena	88	2032
3.2.	El juicio sobre el sujeto activo	89	2032
3.2.1.	Los méritos de la vida pasada	89	2032
3.2.2.	Las conductas postdelictivas	90	2033
3.2.2.1.	La reparación simbólica	90	2033
3.2.2.1.1.	*El problema previo de la existencia de dos figuras dogmáticas de reparación*	90	2033
3.2.2.1.2.	*La delimitación entre ambas y sus respectivos regímenes jurídicos*	91	2034
3.2.2.1.3.	*La perspectiva de la teoría de las normas*	93	2035
3.2.2.2.	La confesión simbólica	94	2035
3.2.2.2.1.	*El problema previo de la existencia de dos figuras dogmáticas de confesión*	94	2035
3.2.2.2.2.	*Los respectivos efectos de atenuación*	95	2036
3.2.2.3.	El comportamiento «autopunitivo»	97	2037
3.2.2.4.	La «auto-resocialización»	98	2037
3.2.2.5.	La respuesta positiva a los incentivos del Estado	99	2038
3.2.2.5.1.	*Generalidades*	99	2038
3.2.2.5.2.	*La incidencia del principio procesal de oportunidad*	100	2039
3.2.3.	Las circunstancias ajenas al autor	102	2040
3.2.3.1.	La repercusión de hechos de terceros	102	2040
3.2.3.1.1.	*Las conductas que lesionan —lícita o ilícitamente— al autor*	102	2040

	Nm.	Pág.
3.2.3.1.2. Ciertos actos beneficiosos	103	2040
3.2.3.2. Las circunstancias que implican un distanciamiento del autor con respecto al hecho cometido en su día	104	2041
3.2.3.2.1. El transcurso del tiempo y la «cuasi-prescripción»	104	2041
3.2.3.2.2. Los padecimientos asociados al delito: la poena naturalis	106	2042
3.2.3.2.3. La especial sensibilidad a la forma de castigo	107	2042
4. La cuantificación de la pena en virtud de la disminución de la legitimidad del Estado para castigar	108	2043
4.1. El Estado excluyente o que incentiva actividades con riesgo delictivo	108	2043
4.2. Las actuaciones —lícitas e ilícitas— de los órganos del Estado	109	2043
4.2.1. Generalidades	109	2043
4.2.2. La atenuante de dilaciones indebidas del procedimiento	111	2044
4.2.2.1. Generalidades	111	2044
4.2.2.2. El fundamento de su relevancia	113	2045
4.2.2.3. Los problemas aplicativos	114	2046
4.2.2.4. La atenuación y sus alternativas	115	2046
4.2.2.5. La construcción de una atenuante de análoga significación a las dilaciones indebidas para afrontar los abusos estatales en el proceso	116	2047
4.2.2.5.1. Las bases de la construcción	116	2047
4.2.2.5.2. Los males asociados de modo ilegítimo a la prisión	118	2047

EPÍLOGO

EL CASTIGO, ENTRE LA VENGANZA Y EL PERDÓN			2049
I.	EL SENTIDO DE LA IMPOSICIÓN Y DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	1	2051
	1. La venganza	1	2051
	2. La reconciliación y el perdón	2	2052
	3. El castigo	3	2052
	4. La rehabilitación y la reintegración comunitaria del penado	4	2053
II.	¿HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA?	6	2054
	1. Generalidades	6	2054
	2. La reparación y la conciliación	7	2054
	2.1. La reparación como institución jurídico-civil	7	2054

	Nm.	Pág.
2.2. El retorno a la conciliación	8	2055
2.2.1. Planteamiento	8	2055
2.2.2. Los diversos modelos	9	2055
3. La discusión sobre la justicia restaurativa	13	2057
3.1. Planteamiento	13	2057
3.2. La restauración comunicativa	14	2057
3.3. Al final	16	2058
ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES		2059

ABREVIATURAS

I. GENERALES

AA.VV.:	autores varios
CC:	Código civil español
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH:	Convención Interamericana de Derechos Humanos/ Corte Interamericana de Derechos Humanos
cfr.:	véase
CP:	Código penal español
D.:	Digesto
Ed.:	responsable de la edición
ER:	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
et al.:	y otros (*et alii*).
FG:	Festgabe
FS:	Festschrift
GS:	Gedächtnisschrift
Hrsg.:	Herausgeber
LA:	*Liber Amicorum*
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil. España
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal. España
LH:	Libro Homenaje
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPAC:	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LSC:	Ley de Sociedades de Capital
MPC:	Model Penal Code
n.:	nota al pie
nm.:	Número marginal
§:	Parágrafo
PE:	Parte especial
PG:	Parte general
RAE:	Real Academia Española de la Lengua
s./ss.:	Siguiente/Siguientes
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional. España
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo. España
TC:	Tribunal Constitucional. España
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo. España

II. DE TÍTULOS DE REVISTAS

AcP:	Archiv für die civilistische Praxis
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AF:	Anuario Filosófico
AFD:	Anuario de Filosofía del Derecho
AFDUA:	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá
AFDUAM:	Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AHDE:	Anuario de Historia del Derecho Español
AJCL:	American Journal of Comparative Law
American Crim. L. R.:	American Criminal Law Review
American Ph. Q:	American Philosophical Quarterly
AöR:	Archiv für öffentliches Recht
AP:	Actualidad Penal
ArP:	Archivio Penale
ARCrim:	Annual Review of Criminology
ARSP:	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Brigham Young U.J.P.L.:	Brigham Young University Journal of Public Law
Buffalo C. L. R.:	Buffalo Criminal Law Review
Canadian J. L. J.:	Canadian Journal of Law & Jurisprudence
CDJ:	Cuadernos de derecho judicial
CDJP:	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
CL&Phil:	Criminal Law and Philosophy
C. L. R.:	Criminal Law Review (precedido del nombre de la Universidad o del Estado)
Disc.:	Discusiones. Argentina
Doxa:	DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho
DPC:	Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. Colombia
DPC-RT:	Diritto Penale Contemporaneo-Rivista Trimestrale
DpyC:	Derecho penal y Criminología
DZPhil:	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
EnL:	En Letra. Argentina
EPC:	Estudios Penales y Criminológicos
Eunomía:	Eunomía. Revista en cultura de la legalidad
European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice:	European J. C. C. L.& C. J
FICP:	Revista Foro FICP - Fundación Internacional de Ciencias Penales
GA:	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS:	Der Gerichtssaal
Harvard J. L.:	Harvard Journal on Legislation
Howard J. C. J.:	*Howard Journal of Criminal Justice*

HRRS:	HRR-Strafrecht.de Online-Zeitschrift und Rechtsprechungsdatenbank
icade:	Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de Icade.
InDret:	InDret. Revista para el Análisis del Derecho
IP:	Indice Penale
JAPh:	Journal of Applied Philosophy
J. C. L.:	Journal of Criminal Law (precedido del nombre de la institución o del Estado)
J. C. L. & Cr:	The Journal of Criminal Law & Criminology
JD:	Jueces para la Democracia. Revista
JICJ:	Journal of International Criminal Justice
JLASC:	University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change
J. of L. & Religion:	Journal of Law and Religion
JLS:	Journal of Legal Studies
J. Med. & Phil:	Journal of Medicine and Philosophy
JR:	Juristische Rundschau
JRE:	Jahrbuch für Recht und Ethik
JuS:	Juristische Schulung
JZ:	Juristen Zeitung
KrimJ:	Kriminologiches Journal
KriPoZ:	Kriminalpolitische Zeitschrift
KritJ:	Kritische Justiz
KritV:	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L. J.:	Law Journal (precedido por el nombre de la Universidad o del Estado)
LL:	La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
LL-A:	La Ley. Revista Jurídica Argentina
LLC:	La Ley Compliance
L&Ph:	Law and Philosophy
LQR:	The Law Quarterly Review
L. R.:	Law Review (precedido por el nombre de la institución o del Estado)
LTh:	Legal Theory
Minnesota J. L. Sc. & T.:	Minnesota Journal of Law Science & Technology
MittIKV:	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
MDR:	Monatsschrift für Deutsches Recht
MLR:	The Modern Law Review
NCLJ:	New Criminal Law Journal
NCLR:	New Criminal Law Review
NFP:	Nuevo Foro Penal
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift

NStZ:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Ohio S. J. C. L.:	Ohio State Journal of Criminal Law
OJLS:	Oxford Journal of Legal Studies
PolítCrim:	Política Criminal. Chile
PJ:	Revista del Poder Judicial.
PyD:	Persona y Derecho
RChD:	Revista Chilena de Derecho
RChDCP:	Revista chilena de derecho y ciencias penales
RCP:	Revista de Ciencias Penales. Chile
RD:	Revista de Derecho (Valdivia). Chile
RDCirc:	Revista de Derecho de la Circulación
RDF:	Revista de Derechos Fundamentales
RDP:	Revista de Derecho Penal. Argentina
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED
RDPCExt:	Revista de Derecho Penal y Criminología. U. Externado de Colombia
RDyPP:	Revista de Derecho y Proceso Penal
RECPC:	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDConst:	Revista Española de Derecho Constitucional
REDF:	Revista Europea de Derechos Fundamentales
REJ:	Revista de Estudios de la Justicia. Chile
Revus:	Journal for constitutional theory and philosophy of law
RFDUC:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RFDUM:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid
Rg:	Rechtsgeschichte
RGDP:	Revista General de Derecho Penal
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC:	Rivista Internazionale di Diritto Comune
RIDPP:	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RIThD:	Revue Internationale de la Théorie du Droit
RJCat:	Revista Jurídica de Catalunya
RP:	Revista Penal
RPDyJP:	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
RphZ:	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
RTDPE:	Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia
RVAP:	Revista Vasca de Administración Pública
RW:	Rechtswissenschaft
SchwZStr:	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
St. L. R.:	State Law Review (precedido por el nombre del Estado)
Soc. Phil. & Policy:	Social Philosophy and Policy
SJZ:	Süddeutsche Juristen-Zeitung
ThCrim:	Theoretical Criminology

TyD:	Teoría y Derecho
U. J. R.:	University Jurisprudence Review (precedido por el nombre de la Universidad)
U. L. R.:	University Law Review (precedido por el nombre la Universidad)
ZAW:	Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie
ZIS:	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik/ Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Capítulo 15

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE PREPARACIÓN, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Bibliografía seleccionada: *Abrams*, A Constitutional Minimum Threshold for the Actus Reus of Crime, Quinnipiac L. R. 37 (2018-2019), 199; *Adams/Shavell*, Zur Strafbarkeit des Versuchs, GA 1990, 339; *Alastuey Dobón*, Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento, RDPC 5 (2011), 13; *la misma*, La invitación interpersonal a delinquir, RDPC 21 (2019), 59; *la misma*, El ámbito de aplicación de la proposición para delinquir, LH Lorenzo Salgado, 2021, 59; *Alcácer Guirao*, El juicio de adecuación de la conducta, ADPCP 1996, 473; *el mismo*, La tentativa inidónea, 2000; *el mismo*, Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, 2001; *el mismo*, Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión, CPC 73 (2001), 5; *el mismo*, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPC 7 (2001), 11; *el mismo*, Desistimiento malogrado y reglas de imputación, AP 43 (2001), 1041; *el mismo*, Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión, LL 5 (2002), 1; el *mismo*, ¿Está bien lo que bien acaba?, 2002; *el mismo*, La proposición como inducción frustrada, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 693; *el mismo*, Caso del abortivo inocuo, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 81; *Alexander*, Facts, Law, Exculpation, and Inculpation: Comments on Simons, CL&Phil 3 (2009), 241; *el mismo*, Duff on Attempts, en: FS Duff, 2011, 215; *Alexander/Ferzan*, Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law, 2009; *los mismos*, Risk and Inchoate Crimes: Retribution or Prevention?, en: Sullivan *et al.* (eds.), Seeking Security: Pre-Empting the Commission of Criminal Harms, 2012, 103; *los mismos*, Danger: The Ethics of Preemptive Action, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 637; *Alonso Rimo*, Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales, RDPC 4 (2010), 13; *el mismo*, ¿Impunidad general de los actos preparatorios?, InDret 4/2017, 1; *el mismo*, ¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos?, EPC XXXVIII (2018), 461; *el mismo*, El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito, 2023; *Alonso Rimo/Cuerda Arnau* (eds.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018; *Álvarez Vizcaya*, El desistimiento idóneo fracasado, ADPCP 1996, 1; *Ambos*, La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada, EPC XXXV (2015), 59; *Amelung*, Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritt vom Versuch, ZStW 120 (2008), 205; *Ashworth*, The Unfairness of Risk-Based Possession Offences, CL&Phil 5 (2011), 237; *el mismo*, La difusión de la responsabilidad penal, en: Alonso Rimo (ed.), Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, 2019, 37; *Balmaceda Quirós*, Delitos conexos y subsiguientes, 2014; *Barber Burusco*, Los actos preparatorios del delito, 2004; *la misma*, Del delito de difusión o propaganda terrorista, CPC 116 (2015), 33; *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764; *Becker*, Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy 76 (1968), 169; *Bein*, Preparatory Offences, Israel L. R. 27 (1993), 185; *Benlloch Petit*, El desistimiento voluntario del delito. Tesis doctoral UPF, 1998; *Bloy*, Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata, ADPCP 2005, 365; *Borja Jiménez*, La terminación del delito, ADPCP 1995, 89; *el mismo*, Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva, RGDP 30 (2018), 1; *Brink*, The Path to Completion, en: Shoemaker (ed.), Oxford Studies in Agency and Responsibility, 2017, 183; *Brodowski*, Sukzessive Beteiligung und Tätige Reue, ZStW 133

(2021), 913; *Burkhardt*, Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung, 1975; *el mismo*, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, 681; *el mismo*, Nachschlag zum Wahndelikt, GA 2013, 346; *Busato*, La tentativa del delito, 2011; *Bustos Ramírez*, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema, LH Pérez Vitoria, I, 1983, 99; *Bustos Rubio*, El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: naturaleza y fundamento, RECPC 19 (2017), 1; *Cahill*, Attempt, Reckless Homicide, and the Design of Criminal Law, U. Colorado L. R. 78 (2007), 879; *Cancio Meliá*, Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa, Revista Brasileira de Ciências Criminais 51 (2004), 190; *Cancio/Silva*, Delitos de organización, 2008; *Castellví Monserrat*, El delito provocado: límites y fundamentos, 2017; *el mismo*, Provocar y castigar, 2020; *Cerezo Mir*, La regulación del iter criminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español, RDPC 1 (1998), 13; *Chiao*, Intention and Attempt, CL&Phil 4 (2010), 37; *Cordini*, Conspiración, cómplice y responsabilidad Pinkerton, RDFDU Montevideo 53 (2022), 1; *Faria Costa*, Tentativa e dolo eventual, 1987; *Cox Leixelard*, Delitos de posesión, 2012; *Cruz Palmera*, Delitos de preparación y delitos instrumentales, LH Silva Sánchez, 2019, 469; *Cuello Contreras*, La conspiración para cometer el delito (los actos preparatorios de la participación), 1978; *el mismo*, El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, LH Torío López, 1999, 285; *el mismo*, Iter criminis, LH Cerezo Mir, 2002, 617; *el mismo*, Sobre el tipo de tentativa, LH Rodríguez Mourullo, 2006, 253; *el mismo*, Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa, ADPCP 2007, 39; *el mismo*, Sobre la posibilidad y necesidad de distinguir entre conocimiento ontológico y conocimiento normológico, LH Rodríguez Ramos, 2013, 75; *el mismo*, Objetividad, subjetividad e intersubjetividad, LH Mir Puig, 2017, 471; *Cuerda Arnau*, Actos protopreparatorios, principio del hecho y ofensividad delictiva, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 99; *Cuerda Arnau/Fernández Hernández*, Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista, 2019; *Cuerda Riezu*, Límites temporales de la participación delictiva según el Código Penal: la accesoriedad cuantitativa, LH Mir Puig, 2017, 497; *el mismo*, La garantía constitucional: cogitationis poenam nemo patitur, LH Díez Ripollés, 2023, 579; *A. David*, El desistimiento de la tentativa, 2009; *Demetrio Crespo*, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa, 2003; *Dillof*, Possession, Child Pornography, and Proportionality, Florida St. U. L. R. 44 (2018), 1331; *Dold*, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch, 2017; *Domínguez Correa*, El desistimiento de la tentativa, 2013; *Doval Pais*, La penalidad de las tentativas de delito, 2001; *Dubber*, The Possession Paradigm, en: Duff/Green (eds.), Defining Crimes, 2005, 91; *Duff*, Recklessness in Attempts, OJLS 15 (1995), 309; *el mismo*, Criminal Attempts, 1996; *el mismo*, La criminalización de las puestas en peligro, ADPCP 2010, 277; *Ebert*, Zur Bedeutungswandel der Billigung begangener Straftaten, FS Spendel, 1992, 114; *Endrulat*, Der Umgekehrte Rechtsirrtum: Untauglicher Versuch oder Wahndelikt?, 1994; *Falcinelli*, L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale, 2009; *Farahany*, Incriminating Thoughts, Stanford L. R. 64 (2012), 351; *Farré Trepat*, La tentativa de delito, 1986; *la misma*, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, ADPCP 1986, 257; *la misma*, Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea, LH Rodríguez Devesa, I, 1989, 259; *la misma*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, EPC XIII (1990), 43; *la misma*, Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración, ADPCP 1992, 711; *Ferzan*, Inchoate Crimes at the Prevention/Punishment Divide, San Diego L. R. 48 (2011), 1273; *Fletcher*, Constructing a Theory of Impossible Attempts, Crim. Just. Ethics 5 (1986), 53; *Freund*, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, FS Maiwald, 2010, 211; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, La atenuación del marco penal en la tentativa, ADPCP 1994, 159; *el mismo*, Untauglicher Versuch und Wahndelikt, insbesondere bei Irrtümern über außerstrafrechtliche Normen, GA 2019, 305; *Fronza*, Il negazionismo come reato, 2012; *la misma*, El delito de negacionismo en Europa, 2018; *Fuentes Osorio*, Formas de anticipación de la tutela penal, RECPC 2006, 1; *el mismo*, La preparación delictiva, 2007; *García de la Torre*, El Derecho penal romano y los orígenes de la tentativa, LH Silva Sánchez, 2019, 491; *el mismo*, La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea, 2020 (Tesis doctoral UPF); *Giacona*, Il concetto d'idoneità

nella struttura del delitto tentato, 2000; *Gili Pascual*, Desistimiento y concurso de personas en el delito, 2009; *el mismo*, La eficacia en el desistimiento del partícipe, LH Vives Antón, I, 2009, 717; *el mismo*, Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado, InDret 2/2012, 1; *el mismo*, Necesidad de pena, fundamento de la impunidad por desistimiento y evitación del resultado, LH Lorenzo Salgado, 2021, 601; *el mismo*, Sobre los momentos inicial y final de la tentativa, EPC XLI (2021), 845; *el mismo*, Desistimiento activo y desistimiento pasivo, InDret 3/2021, 38; *Gimbernat Ordeig*, El desistimiento en la tentativa acabada, ADPCP 2006, 25; *Glöckner*, Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48.19.18), 1989; *Gómez Martín*, Delito especial con autor inidóneo ¿Tentativa punible o delito putativo?, 2006; *Gómez Rivero*, La inducción a cometer el delito, 1995; *la misma*, La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación, AP 15/1995, 201; *la misma*, Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación, LL 3959, 1996, 1; *la misma*, Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia, ADPCP 2013, 159; *la misma*, Delito de varios y desistimiento de algunos: acerca de los presupuestos de la impunidad por intento, ADPCP 2022, 81; *González Cussac*, Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, PJ 28 (1992), 7; *González Mateos*, Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa, AP 2001, 621; *Górriz Royo*, On-line child grooming en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, InDret 3/2016, 1; *Gössel*, Normtheoretische Überlegungen zur Strafbarkeit unvollendet gebliebener Straftaten, FS Szwarc, 2009, 193; *Gracia Martín*, Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España, AP 18 (1994), 348; *el mismo*, Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea, RDPC 3 (1999), 335; *Haas*, Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt, ZStW 123 (2011), 226; *el mismo*, Subjektive Unrechtslehre, Versuch und Rücktritt, FS Sancinetti, 2020, 439; *Hall*, Criminal Attempt, Yale L. J. 49 (1940), 789; *Hernández Plasencia*, La autoría mediata en Derecho Penal, 1996; *Herzberg*, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, FS Lackner, 1987, 325; *el mismo*, Sind straflose Straftatversuche rechtmäßig?, ZIS 2015, 136; *Hoven*, Die Ingerenzgarantenstellung beim Handeln im umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum, GA 2016, 16; *Hruschka*, Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, 193; *Husak*, The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses, Arizona L. Rev. 37 (1995), 151; *Jäger*, El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa, ADPCP 2003, 17; *Jakobs*, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en: Estudios, 1997, 293; *el mismo*, El desistimiento como modificación del hecho, en: Estudios, 1997, 325; *el mismo*, La conducta de desistimiento, LH Rodríguez Mourullo, 2006, 549; *el mismo*, El intento de tentativa, InDret 4/2020, 484; *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980; *el mismo*, Versuch und Vollendung — normtheoretisch betrachtet, FS Fischer, 2018, 125; *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, FS Spendel, 1992, 75; *Lacey/ Wells*, Reconstructing Criminal Law, 1998; *Letzgus*, Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit, 1972; *Levy*, It's Not Too Difficult: A Plea to Resurrect the Impossibility Defense, New Mexico L. R. 45 (2014), 225; *Lippke*, Attempts and Renunciations, Ohio St. J. C. L. 12 (2015), 613; *Llobet Anglí*, Lobos solitarios yihadistas, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Comprender, 2019, 17; *Lloria García*, Aproximación al estudio del delito permanente, 2006; *Lo Monte*, Il delitto tentato. Contributo alla individuazione della condotta punibile, 2013; Lüderssen, Strafbefreiender Rücktritt vom fahrlässigen Delikt?, FS Samson, 2010, 93; *Luzón Peña*, Iter criminis y actos preparatorios pluripersonales e individuales, FICP 2/2023, 27; *Macke, Die* unvollendeten Straftaten. The Inchoate Offences, en: Mansdörfer (Hrsg.), Die allgemeine Straftatlehre des common law, 2005, 163; *Mañalich*, La tentativa como hecho punible, RChD 44 (2017), 461; *el mismo*, Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción, RChD 46 (2019), 821; *el mismo*, Tentativa y resolución-al-hecho, Isonomía 51 (2019), 29; *el mismo*, Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo, PolítCrim 27 (2019), 296; *el mismo*, El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma, InDret 3/2020, 260; *el mismo*, La voluntariedad del desistimiento como ortonomía motivacional, LH Ortiz Quiroga, 2020, 297; *el mismo*, El desistimiento de la tentativa como evitación

o impedimento imputable de la consumación, PolítCrim 15 (2020), 780; *el mismo*, La tentativa como delito imperfecto, LH Reyes Echandía, 2022, 671; *el mismo*, La estructura de la tentativa punible: el modelo del delito imperfecto, RCP 48 (2022), 11; *el mismo, El desistimiento como condición negativa de la punibilidad de la tentativa, RCP 48 (2023), 13; Maqueda Abreu*, Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, PJ 9 (1988), 9; *Martínez-Buján*, La expansión de las formas preparatorias y de participación, RP 21 (2008), 267; *el mismo*, El contenido de la antijuridicidad, 2013; *el mismo*, El error en la teoría jurídica del delito, 2017; *el mismo*, El elemento subjetivo de la tentativa y la (mal llamada) tentativa con dolo eventual, LH Górriz Royo, 2020, 533; *el mismo*, Los elementos subjetivos en la antijuridicidad, 2021; *Martínez Escamilla*, El desistimiento en Derecho penal, 1994; *la misma*, Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal, LH Roxin, 1997, 331; *Martínez Garay*, Minority Report: pre-crimen y pre-castigo, prevención y predicción, en: Vives Antón *et al.* (eds.) Crímenes y castigos, 2014, 579; *Mendlow*, Why Is It Wrong to Punish Thought?, Yale L. J. 127 (2018), 2342; *Merkel*, Sind straflose Versuche rechtswidrig?, ZIS 2014, 565; *Mir Puig*, Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal, RECPC 2001, 1; *Moeller*, Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, 2018; *Molina Fernández*, Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *el mismo*, Tentativa irreversible y desistimiento impropio, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 655; *el mismo*, Intentos de extraer dinero sin tener la clave, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 737; *Montero*, Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y de sanción, ADPCP 2021, 735; *el mismo*, Equivalentes funcionales de la pena retributiva, 2023; *Montero* (ed.), El desistimiento en el Derecho Penal, 2023; *Montiel*, Imprudencia y estructuras de responsabilidad penal, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 755; *Moreno-Torres Herrera*, La tentativa de delito y el delito irreal, 1999; *Mungan*, Wrongful Convictions and the Punishment of Attempts, IRLE 42 (2015), 79; *el mismo*, Abandoned Criminal Attempts: an Economic Analysis, Alabama L. R. 67 (2015), 1; *el mismo*, Mere Preparation, Review of Law & Economics 14 (2018), 1; *Muñoz Conde*, El desistimiento voluntario de consumar el delito, 1972; *Muñoz Lorente*, La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995, 2003; *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999; *el mismo*, Tatentschluss und Legitimation der Versuchsstrafbarkeit, FS Merkel, I, 2020, 727; *Mylonopoulos*, Inicio de la tentativa y coautoría, en: el mismo, Dogmática penal en un contexto internacional, 2017, 41; *el mismo*, La racionalidad del ciudadano fiel al Derecho como criterio para determinar la voluntariedad del desistimiento, en: el mismo, Dogmática penal en un contexto internacional, 2017, 69; *Nadelhoffer*, Attempts in Ordinary Language and the Criminal Law, Jurisprudence 3 (2012), 475; *Neumann*, Die Strafbarkeit des Marktteilnehmers, FS Kargl, 2015, 347; *Niepoth*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1994; *Núñez Barbero*, El delito imposible, 1963; *Núñez Paz*, El delito intentado, 2003; *el mismo*, Delito intentado e idoneidad en Derecho español, RP 14 (2004), 127; *el mismo*, En torno a la impunidad, la naturaleza y los elementos del desistimiento, RGDP 12 (2009), 1; *el mismo*, Algunas consideraciones en torno a las soluciones históricas de la tentativa y la autoría en los delitos de omisión, LH Luzón Peña, I, 2020, 851; *Octavio de Toledo*, Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código penal, LH Vives, II, 2009, 1465; *Olmedo Cardenete*, Zum Versuch beim echten Unterlassungsdelikt, FS Roxin, I, 2011, 917; *Orts Berenguer*, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios, CPC 18 (1982), 483; *Pahlke*, Rücktritt bei dolus eventualis, 1993; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Pastor Muñoz*, Los delitos de posesión y los delitos de estatus, 2005; *la misma*, Consumación, desistimiento y reparación en los delitos patrimoniales, en: Ragués/Robles (eds.), Delito y empresa, 2018, 119; *la misma*, Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables, LH Jorge Barreiro, 2019, 1477; *Pérez Ferrer*, El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español, 2008; Pérez-Sauquillo Muñoz, Teorías sobre el contenido y la estructura del injusto penal, CPC 125 (2018) 71; *Pessoa*, Injusto penal y tentativa, 2007; *Petzsche*, Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen — Abschied vom Tatstrafrecht?, ZStW 131 (2019), 576; *Costa Pinto*, Relevância da desistência em situações de comparticipação, 1992; *Polaino Navarrete*, El injusto de la

tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura, PJ 72 (2003), 85; *Politoff*, Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración, 1999; *Posner*, An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia L. R. 85 (1985), 1193; *Pozuelo Pérez*, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003; *Puente Rodríguez*, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, 2021; *Puppe*, Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses, FS Lackner, 1987, 183; *la misma*, Der Umkehrschluss, ZStW 128 (2016), 301; *Puschke*, Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito, InDret 4/2010, 1; *el mismo*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017; *Quintela de Brito*, A tentativa nos crimes comissivos por omissão, 2000; *Quintero Olivares*, Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral, LH Cerezo Mir, 2002, 919; *Reaño Peschiera*, El efecto exoneratorio por desistimiento voluntario de la tentativa: ¿lo que mal empieza mal acaba?, RDPUC 58 (2005), 453; *Rebollo Vargas*, La provocación y la apología en el nuevo Código penal, 1997; *Renzikowski*, Der Gegenstand der Norm, FS Alexy, 2017, 631; *Requejo Conde*, El intento serio de impedir la consumación del delito, CPC 83 (2004), 37; *Rey Sanfiz*, La tentativa jurídico-penal, 2001; *Reyes Alvarado*, El delito de tentativa, 2016; *Rodríguez Mourullo*, Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español, ADPCP 1971, 376; *Rödig*, Zur Systematik des Verbrechensaufbaus, FS Lange, 1976, 39; *del Rosal Blasco*, La provocación para cometer delito en el Derecho español, 1986; *Rostalski*, Straftatbegriff und strafbefreiender Rücktritt, FS Sancinetti, 2020, 635; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970; *el mismo*, Zur Mittäterschaft beim Versuch, FS Odersky, 1996, 489; *el mismo*, Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, FS Hirsch, 1999, 327; *el mismo*, Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal, RECPC 3 (2001), 1; *el mismo*, Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter, FS Frisch, 2013, 613; *el mismo*, El fundamento del castigo de la tentativa idónea e inidónea, LH Mir Puig, 2017, 843; *Ruiz Antón*, El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADPCP 1982, 119; *el mismo*, El agente provocador en Derecho penal, 1982; *Safferling*, Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht, ZStW 118 (2006), 682; *Sáinz de Robles*, Sobre la tentativa del sujeto inidóneo, LH Beristain, 1989, 621; *Salvadori*, I reati di possesso, 2016; *Sánchez Lázaro*, Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia, EPC XXVI (2006), 295; *el mismo*, Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas, EPC XXX (2010), 447; *Sánchez-Vera*, Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica trascendencia, ADPCP 1998, 344; *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, 1991; *el mismo*, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, 1995; *el mismo*, Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal, 1996; *el mismo*, Dogmática del hecho punible y ley penal, 2003; *Santana Vega*, El llamamiento al boicot de productos en España: ¿libertad de expresión política o conducta delictiva?, RECPC 24 (2022), 1; *Sarch*, Two Objections to Yaffe on the Criminalization of Attempts, CL&Phil 8 (2013), 569; *F.-Chr. Schröder*, Besitz als Straftat, ZIS 2007, 444 (=La posesión como hecho punible, RDPC 14 -2004-, 154); *el mismo*, Die Verhinderung des Rücktritts vom Versuch, FS Küper, 2007, 539; *Schroeder et al.* (eds.), Delitos de posesión o tenencia, 2016; *A. Schumann*, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, 2006; *la misma*, Der Rücktritt gem. § 24 StGB auf der Tatbestandsebene des Versuchs, ZStW 130 (2018), 1; *Searle*, Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío, 2000; *Seminara*, Il delitto tentato, 2012; *Serrano González de Murillo*, La consumación prematura en la tentativa inacabada, LL 5 (2004), 1494; *el mismo*, El desistimiento fallido en el delito comisivo (alcance del requisito de evitar la consumación), CPC 86 (2005), 65; *el mismo*, *¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo?*, RDPC 16 (2005), 139; *el mismo*, Error sobre el objeto, tentativa y desistimiento, CPC 90 (2006), 99; *el mismo*, La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente, CPC 96 (2008), 129; *el mismo*, El encargo de contratar un ejecutor, ¿participación en la inducción o participación en el hecho principal?, CPC 99 (2009), 67; *el mismo*, Fundamento y alcance de la responsabilidad penal por conspiración, LH Landrove Díaz, 2011, 1071; *el mismo*, Fundamento del

castigo de las formas de participación preejecutivas, LH Morillas Cueva, I, 2018, 605; *Serrano-Piedecasas*, Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal español, ADPCP 1998, 35; *Shavell*, Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as Deterrent, Columbia L. R. 85 (1985), 1232; *el mismo*, Deterrence and the Punishment of Attempts, JLS 19 (1990), 435; *Silva Sánchez*, El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997; *el mismo*, ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?, LH Bacigalupo, I, 2004, 867; *el mismo*, El compliance de detección como eximente supralegal para las personas jurídicas, LA Zugaldía Espinar, 2021, 131; *Simester*, Prophylactic Crimes, en: Sullivan/Dennis (eds.), Seeking Security: Pre-empting the Commision of Criminal Harms, 2012, 59; *Sola Reche*, La llamada tentativa inidónea de delito, 1996; *el mismo*, Sobre el concepto de tentativa inidónea, LH Valle Muñiz, 2001, 773; *el mismo*, Caso de los disparos sin bala, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 731; *Stein*, Beendeter und unbeendeter Versuch beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt, GA 2010, 129; *Stratenwerth*, Der Versuch des untauglichen Subjekts, FS Bruns, 1978, 63; *Struensee*, Dolo de causar y causalidad putativa, ADPCP 1990, 933; *el mismo*, Tentativa y dolo, en: Avances, 2005, 93; *Tamarit Sumalla*, La tentativa con dolo eventual, ADPCP 1992, 515; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976; *Utset*, Inchoate Crimes Revisited: A Behavioral Economics Perspective, U. Richmond L. R. 47 (2013), 1205; *Vacchelli*, Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad, 2020; *Vehling*, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991; *Verde*, Encubrimiento, receptación y lavado de activos, 2021; *la misma*, Encubrir y blanquear como delitos, 2024; *de Vicente Remesal*, El comportamiento postdelictivo, 1985; *Villar*, Suerte penal, 2014; *el mismo*, La tentativa inidónea no existe ni nunca existió, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Comprender, 2019, 155; *Viveiros*, Delitos de posesión, 2023; *Vives/Cuerda*, Estado autoritario y adelantamiento de la línea de defensa penal, LH Octavio de Toledo y Ubieto, 2016, 365; *Wachter*, Das Unrecht des versuchten Tat, 2015; *Walker/Llobet/Cancio* (eds.), Precursor Crimes of Terrorism, 2022; *Wege*, Rücktritt und Normgeltung: zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung, 2011; *Westen*, Impossibility Attempts: A Speculative Thesis, Ohio St. J. C. L. 5 (2008), 523; *Wolters*, Das Unternehmensdelikt, 2001; *Yacobucci*, Criterios de imputación en el delito flagrante provocado, LH Mir Puig, 2017, 891; *Yaffe*, Conditional Intent and mens rea, LTh 10 (2004), 273; *el mismo*, Attempts, 2010; *el mismo*, Criminal Attempts, Yale L. J. 124 (2014), 92; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *el mismo*, Strafrecht, Rechtsphilosophie und der untaugliche Versuch, FS Maiwald, 2010, 885.

I. GENERALIDADES SOBRE EL LLAMADO *ITER CRIMINIS*

1. LAS FASES INTERNA Y EXTERNA DEL DELITO

1.1. La deliberación y la decisión

1 El obrar humano que conduce al delito consumado —el denominado *iter criminis*, es decir, «camino del delito»— se divide comúnmente en una etapa interna y una externa. Así, la fase interna discurre en la mente del agente. Esta, en principio, se compone de una etapa más o menos larga de deliberación y de un momento de decisión, que da lugar a un propósito o programa de actuación. Por su parte, la fase externa tiene lugar en el mundo exterior al sujeto y está integrada por la manifestación de la decisión adoptada, por la preparación de su ejecución —en el caso de que el plan la requiera— y, en fin, por la ejecución misma. A lo largo de esta fase —como en realidad ya durante la propia etapa mental— pueden tener lugar cambios de decisión con las correspondientes rectificaciones del proceso interno y externo. Con frecuencia

se afirma que la deliberación es la ponderación de las razones que existen a favor y en contra de una acción. Sin embargo, esta definición es demasiado racionalista. En realidad, inciden también de forma relevante los impulsos y los deseos del agente —los llamados motivos de primer orden—. Además, también ejercen influencia en ella los elementos que integran el carácter moral del agente y sus hábitos. Por lo tanto, la deliberación tiene lugar en medio de la contraposición más o menos ponderada de motivos de primer orden y de razones —motivos de segundo orden— en el contexto de la propia identidad personal. Así, su duración puede ser más o menos prolongada, lo que permite distinguir casos de clara premeditación y otros de actuación impetuosa. Esta última —el antiguamente denominado «dolo de ímpetu»— en general es más leve que la actuación reflexiva. Ahora bien, en algunas ocasiones ni siquiera es posible apreciar una auténtica deliberación, sino que la decisión tiene lugar sin preámbulos. En primer lugar, falta la deliberación en los casos de movimientos impulsivos, caracterizados precisamente por la ausencia de toda reflexión. En estos se manifiesta un absoluto predominio del esquema del «pensar rápido» del sujeto, en el que las razones de segundo orden desempeñan un papel muy limitado (*cfr. supra* capítulo 9/34). En segundo lugar, también falta la deliberación en los casos de co-consciencia —o conciencia acompañante—, que un sector doctrinal considera suficientes para la responsabilidad a título de dolo (*cfr. supra* capítulo 12/94). Por fin, en tercer lugar, está ausente toda deliberación en la culpa inconsciente, una de cuyas manifestaciones suele identificarse precisamente con los casos de olvido (*cfr. supra* capítulo 13/114). En todas estas situaciones puede faltar incluso una decisión en sentido estricto.

2 La decisión o resolución de cometer el hecho, a pesar de su naturaleza mental —interna—, tiene relevancia jurídica. En efecto, constituye la que se denomina «intención previa a la acción», que cabe entender como el propósito del agente y opera como un programa para la acción delictiva.[1] En cambio, la expresión «plan del autor», a la que la doctrina suele recurrir con frecuencia, alude al propósito de un agente al que se añade una representación previa del modo concreto de ir llevándolo a cabo. Pues bien, lo uno y lo otro, una vez conocidos, constituyen un relevante criterio interpretativo del significado de los hechos que el sujeto realiza a continuación.[2] En concreto, pueden ayudar a discernir si un acto concreto es todavía preparatorio o ya ejecutivo. Una vez que se inician los actos preparatorios y, luego, la ejecución delictiva, aquella intención previa se va cumpliendo mediante la formación de las respectivas «intenciones en la acción».[3] Solo tras esto cabe hablar, en su caso, de que concurra dolo. Por tanto, la decisión de cometer un delito no es el dolo, del mismo modo que la decisión de consumarlo, cuando ya se está ejecutando, tampoco puede identificarse con él.

---

[1] *Mañalich*, RChD 46 (2019), 821 ss.; *el mismo*, Isonomía 51 (2019), 29 ss., 37 ss.

[2] *Jakobs* (1997), 293 ss.

[3] *Searle* (2000), 17, 49, 53 ss.

1.2. La preparación y la ejecución

3 La fase externa del delito, más allá de la mera manifestación de la decisión de cada uno de los que intervienen en él, comprende (i) en primer lugar, la preparación; (ii) en segundo lugar, la ejecución mediante el inicio del intento de alcanzar el resultado de que se trate; y (iii) en fin, el desistimiento, el fracaso o la consumación. La fase externa puede finalizar en uno u otro momento en función de la aptitud del comportamiento de los intervinientes, de los cambios de plan de estos y, asimismo, de la actuación de terceros que puedan interferirse. En el caso de los partícipes, la fase externa concluye con la finalización de su aportación al hecho. Más tarde, en función de la conducta ejecutiva del autor, alcanza a su vez cualquiera de los tres estadios mencionados. Así se manifiesta una de las dimensiones de la accesoriedad de la participación, a saber, su carácter parcialmente «derivado» o dependiente (*vid. infra* capítulo 16/38).

4 La tentativa —el intento no desistido— es un hecho punible en virtud de reglas contenidas en la Parte General de los códigos penales (arts. 15 y 16 CP español). Asimismo, otras reglas disponen la punibilidad de determinados actos preparatorios (arts. 17 y 18 CP español). Estos últimos no coinciden exactamente en los diversos ordenamientos legales, igual que tampoco son idénticos los delitos concretos en relación con los que se sancionan. En lo que hace a la tentativa, en unos ordenamientos es punible de modo general —así sucede en España—. En cambio, en otros sistemas legales su punición se reduce a los casos de tentativas de delitos graves y a los delitos menos graves en los que ello se indica expresamente en el texto del Código penal —es decir, se acoge un sistema de *numerus clausus*—.

5 La fase externa del delito concluye, como tarde, con la consumación. Así pues, la etapa denominada «agotamiento» o «terminación» se considera postdelictiva. Por regla general, los tipos de la Parte Especial definen como hechos punibles los delitos formal y materialmente consumados. Sin embargo, excepcionalmente se dan tipos de «delitos de emprendimiento», en los que aparecen de modo explícito, como formas típicas alternativas, tanto la consumación como la tentativa de un mismo delito. Asimismo, existen «delitos de tentativa»,[4] esto es, tentativas específicamente tipificadas como delitos formalmente consumados. En fin, en ocasiones los legisladores presentan como tipos de delito formalmente consumados las descripciones de conductas que son materialmente preparatorias.[5] Ello ha dado lugar a la denominación de «delitos de preparación». Así pues, la consumación formal del delito no coincide con la lesión de un bien jurídico, ni siquiera concebida en términos ideales o simbólicos. Ello es consecuencia de procesos legislativos de anticipación de la protección penal, que se deben a diversas razones. Entre ellas, facilitar la

[4] *Fuentes Osorio*, RECPC 8 (2006), 9 ss.

[5] *A. Merkel*, PG, s/f, 119.

persecución, simplificar la prueba o agravar la pena de conductas previas a la consumación e incluso a la ejecución. Los delitos de preparación, al igual que algunos de los clásicos «delitos de peligro», responden a este esquema.

En los tipos de delito mencionados cabe advertir una etapa posterior a la consumación formal, que se extiende hasta la «consumación material». Esta, a su vez, es previa a la posterior fase de agotamiento. Pues bien, la consecuencia práctica de esta divergencia —no solo temporal— entre consumación formal y consumación material es que el *iter criminis* prosigue tras la producción de aquella. Esto último ha generado la necesidad de recurrir a conceptos que tradicionalmente se creían excepcionales, como el de consumación permanente y el de desistimiento «intraconsumativo» e incluso «postconsumativo».[6] Más allá de lo anterior, incluso tras el agotamiento, el delito sigue desarrollando efectos tanto en el plano material como en el ideal. En realidad, los efectos de daño simbólico, intelectual, moral y material de un delito solo cesan, respectivamente, con la estabilización de la norma, la reconciliación entre sujeto activo y pasivo y la plena reparación de la víctima, en fin, la recuperación de la paz social. Todo ello, tiene lugar mediante el proceso penal, la sentencia y la ejecución de la pena, o bien mediante una vía alternativa —funcionalmente equivalente— a ellas, como alguna de las que sugiere la denominada justicia restaurativa. 6

2. LA MANIFESTACIÓN EXTERNA

2.1. El problema de los pensamientos

Como ya se indicó (*cfr. supra* capítulos 2/126 ss.; 9/15 ss.), el Derecho penal no se ocupa de los hechos mentales, sino solo de los exteriores. Ciertamente, los pensamientos también constituyen acciones, pues son procesos humanos dotados de sentido. Sin embargo, en principio pertenecen únicamente al fuero interno.[7] En cambio, el Derecho penal —como en general el Derecho— tan solo tiene por objeto el fuero externo.[8] Por eso, una cuestión central es determinar cuándo cabe empezar a hablar de la existencia de tales hechos externos. Pues bien, la externalidad más evidente es la producción de un resultado lesivo. En esta línea, el primitivo Derecho penal del resultado —de cuño germánico y privatista— propugnaba el castigo por todo resultado, pero solo por el resultado. Sin embargo, pronto surgió una tensión entre aquel y el Derecho romano-canónico. En efecto, este último atribuía una gran relevancia a la voluntad delictiva,[9] contenida incluso en el mero pensamiento —*nuda* 7

---

[6] *Pastor Muñoz* (2018), 119 ss.

[7] Salvo en la medida en que se recurra a una interfaz cerebro-ordenador (en inglés, «*brain-computer interface*»), un medio que permite la interacción directa del cerebro con la tecnología, transformando los pensamientos en acciones externas.

[8] *Kühl*, FS Spendel, 1992, 80.

[9] En latín, «*voluntas*». Ya por la tradición romana: primero la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (81 a.C.); luego, la obra legislativa de Adriano (76-138 d.C.): «*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*» (Dig. 48, 8, 14).

cogitatio—. Pues bien, las tensiones entre ambos modelos —que se observan tanto en la tentativa como en la imprudencia— dieron lugar a la adopción de una posición intermedia. Así, el conflicto entre la voluntad y el resultado se resolvió de modo general a través del elemento intermediador de la acción externa —*actus*—. En cambio, la sanción de la mera voluntad se limitó a delitos que se reputaban especialmente graves —a pesar de ser en puridad ilícitos regulatorios— como el crimen de lesa majestad.[10]

8 En la actualidad, la fase interna de un delito queda siempre exenta de pena. Como reza el brocardo clásico *cogitationis poenam nemo patitur*, los pensamientos, en sí mismos, son penalmente irrelevantes.[11] Ahora bien, resulta dudoso: (i) si ello se debe a una consideración política de principio, según la cual el Estado no puede injerirse en el fuero interno de los ciudadanos;[12] (ii) si se basa en la consideración político-jurídica consecuencialista de que los pensamientos delictivos no son lo suficientemente peligrosos como para ser castigados, algo que debería justificarse caso por caso; o bien (iii), si trae causa de la ya mencionada consideración teórica de que a los pensamientos les falta exterioridad y, por tanto, una dimensión de comunicación interpersonal (expresiva). Esta última idea se centra en que sancionar los pensamientos vulneraría el principio del hecho. Ahora bien, ello se relaciona a su vez (iv) con una cuestión fáctica de prueba, basada en la tradicional imposibilidad de acceder a los soportes físicos de los estados mentales de las personas.

9 Si los resultados de la investigación neurobiológica llegan a generar la posibilidad de acceder —mediante escáner de lectura cerebral—[13] al soporte empírico de tales procesos de deliberación y decisión, es posible que se suscite un nuevo marco de debate. En tal caso, este se desarrollará desde una perspectiva exclusiva de legitimación del castigo y, por tanto, tendrá que discurrir entre los puntos (i) y (ii) mencionados más arriba. Con todo, no debe obviarse la hipotética situación intermedia en la que el soporte cerebral de los pensamientos pueda ser conocido en un futuro por los expertos en criminalística, pero todavía no forme parte de la comunicación interpersonal de los ciudadanos. Por lo demás, debe advertirse que la búsqueda de alguna clase de constatación de la efectiva deliberación y decisión de cometer un injusto culpable se entremezcla —de forma indeseable— con la pretensión de detectar la predisposición neurobiológica a la comisión de un delito. Como puede advertirse, esta última cuestión ya no tiene que ver con la imputación de responsabilidad por el pasado, sino que refleja una concepción maximalista del Derecho penal de la peligrosidad.

---

[10] *Glöckner* (1989); *García de la Torre*, LH Silva Sánchez, 2019, 498 ss.; *el mismo* (2020).

[11] Es decir, «nadie sufre pena por el pensamiento»: *Cuerda Riezu*, LH Díez Ripollés, 2023, 579 ss.

[12] *Mendlow*, Yale L. J. 127 (2018), 2342 ss. Como expresaba el aforismo «*de internis neque Ecclesia iudicat*» («los pensamientos no los juzga ni siquiera la Iglesia»).

[13] En inglés: «*brain reading*».

Por lo tanto, los pensamientos —cogniciones, voliciones y emociones— de 10
contenido delictivo, como los malos pensamientos en general, en la medida en que tienen lugar en el fuero interno, carecen de relevancia para el Derecho penal. Es decir, no solo son penalmente atípicos, sino que tampoco infringen ninguna norma jurídica.[14] Ahora bien, sí infringen normas morales de flanqueo, que han desempeñado siempre un papel importante en la contención tanto de las acciones inmorales como de las penalmente antijurídicas. Por ejemplo, el décimo mandamiento: «No codiciarás los bienes ajenos».

2.2. La exteriorización del pensamiento

2.2.1. La expresión como ilícito

Es preciso distinguir entre el pensamiento en sí y su manifestación externa. 11
En efecto, la fase interna del delito no constituye el único espacio de libertad jurídica ciudadana —la libertad de pensamiento—. También es libre en principio la manifestación externa del pensamiento delictivo —en virtud de la libertad de expresión—. Sin embargo, en ocasiones la expresión ya es considerada en sí misma lesiva de una libertad jurídica ajena. Por tanto, cabe la posibilidad de que algunas formas de expresión constituyan ilícitos administrativos o civiles. Además, en ciertos casos, estos actos expresivos pueden devenir penalmente típicos por constituir injurias, amenazas, apología de otras conductas delictivas o —de forma cada vez más relevante en la práctica— alguno de los denominados delitos de odio.[15] Ahora bien, en estos supuestos el fundamento de la tipicidad no es la manifestación de la intención de cometer un delito en el futuro, sino el propio significado presente de la mera expresión. Lo que ocurre es que, para la configuración de ese significado, se toman en cuenta las intenciones, motivos y móviles del sujeto (*cfr. supra* capítulo 10/67 ss.).

2.2.2. Las expresiones de voluntad delictiva

Las expresiones de voluntad delictiva son, como cualquier expresión de un 12
mal pensamiento o deseo, infracciones de normas morales. De hecho, como se ha indicado, ya infringen normas morales los propios malos pensamientos. Sin embargo, las expresiones de malos deseos seguramente constituyen algo más que inmoralidades. Así, la manifestación de una voluntad o de un deseo de contenido antijurídico (por ejemplo: «ojalá te mate alguien») expresa un déficit de respeto —de reconocimiento— al otro, a la comunidad o al Estado. Esto significa que ha accedido a la esfera interpersonal o pública. Así pues, vulnera una norma social —de moral pública— o política, aunque la conducta pueda estar justificada por la libertad de expresión. Si no está justificada, debe generar responsabilidad política o social.

---

[14] *Renzikowski*, FS Alexy, 2017, 642.

[15] *Santana Vega*, RECPC 24 (2022), 1 ss., con referencia al llamamiento al boicot de productos.

3. LA DOCTRINA DE LA PREPARACIÓN

3.1. La preparación como infracción de normas de conducta

13 En fin, más allá del pensamiento y de su manifestación externa discurren dos clases distintas de conductas. Por un lado, aquellas que de entrada recaen sobre uno mismo —consumo de drogas o de pornografía— pero pueden tener a corto o medio plazo un efecto cognitivo o volitivo de alejamiento del Derecho o de desinhibición de conductas ilícitas. Por otro, aquellas acciones que ya tienen el significado de preparar una futura ejecución delictiva por parte del propio agente o de un tercero. El primer grupo de conductas se asocia a posibles «infracciones de incumbencias», de discutible relevancia (*cfr. supra* capítulo 8/161). En cambio, el segundo agrupa a auténticas «infracciones de normas de conducta derivadas», que prohíben tanto la «autoayuda» como la «heteroayuda» en fase previa al inicio de la ejecución delictiva (*cfr. supra* capítulo 8/157).

14 En la doctrina es común afirmar que la mayor parte de los actos externos en los que se traduce la preparación de la propia ejecución delictiva por parte de un autor único pertenecen asimismo a la esfera de libertad del sujeto. Es decir, que no constituyen la injerencia ilícita en una esfera jurídica ajena, de modo que son penalmente irrelevantes. En este contexto, la distinción básica viene dada por el denominado «comienzo de la tentativa» —mejor, comienzo de la ejecución—, que determina la intervención del Derecho penal. Sin embargo, esta posición debe ser matizada. En efecto, en aquellos casos en los que la actuación no constituye una «conducta neutra» (*cfr. supra* capítulo 10/120 ss.; *infra* capítulo 16/189), los actos preparatorios de una futura ejecución delictiva no se integran en la propia esfera de libertad. En efecto, por un lado, el Derecho administrativo puede prohibirlos. Por otro lado, el Derecho penal también puede tipificarlos —y de hecho tiende a hacerlo cada vez más, aunque ello pueda ser criticable con base en consideraciones de lesividad—. Ahora bien, con independencia de que lo haga o no, debe subrayarse que no existe una libertad pública consistente en preparar hechos delictivos contra terceros. Ciertamente, cabe que alguien se sirva de esa expresión en los términos débiles de que todo lo que no está típicamente prohibido está penalmente permitido. Sin embargo, a ello hay que responder que contra tales actos preparatorios —permitidos en sentido débil— cabe reaccionar en estado de necesidad defensivo; y que la policía debe impedirlos y neutralizarlos. Así pues, no se trata de un espacio de libertad ciudadana oponible frente a terceros y frente al propio Estado.

3.2. La preparación como forma de hetero- y autofavorecimiento

15 La posición dominante no tiene en cuenta que muchos actos preparatorios los realizan aquellos partícipes que actúan de modo previo al inicio de la ejecución por parte del autor. Pues bien, tales conductas están prohibidas,

aunque su tipicidad —y con ella, su castigo— se condicione al comienzo de la ejecución típica por parte del autor.[16] Por eso deben ser considerados «actos condicionadamente típicos». En efecto, la realización de tales actos preparatorios es lo común en los casos de codelincuencia. Así, incluso antes de que el autor adopte decisión alguna, el inductor ya ha intentado intervenir en su futuro e hipotético hecho. Igualmente, antes del inicio de la ejecución del delito por parte del autor pueden haber intentado intervenir en él algunos cooperadores necesarios y cómplices. En realidad, en las tipologías delictivas más complejas, caracterizadas por el recurso a medios técnicos, muchas aportaciones, incluso algunas de las más relevantes, pueden haber tenido lugar en la fase preparatoria del delito. Así pues, la conducta de participación en un hecho ajeno, mediante la realización de actos preparatorios de este, ya es antijurídica, dado que infringe una norma de conducta derivada —la propia del partícipe—. Lo que sucede es que su tipicidad se condiciona al comienzo de la ejecución típica por parte del autor.[17] Por tanto, hasta ese momento solo constituyen «intentos de participar», que en algunos ordenamientos legales se tipifican como actos preparatorios punibles, pero en otros, no.

16 Las consideraciones anteriores deben ser extendidas al caso en que quien lleva a cabo el acto preparatorio es el mismo sujeto que luego inicia la ejecución como autor.[18] En realidad, hasta el inicio de la ejecución por parte de alguien, no puede distinguirse entre clases de intervinientes. De este modo, si el hipotético autor, tras realizar actos preparatorios de autofavorecimiento —por ejemplo, ir a comprar un veneno—, luego no inicia la ejecución —no envenena la sopa de la víctima—, su conducta preparatoria no resulta punible en sí misma. Al igual que en el caso de los partícipes, esa conducta está prohibida, pero su tipicidad se condiciona al inicio de la ejecución. Por otro lado, es asimismo cierto que, si inicia la ejecución, la sanción de su conducta consumativa, o al menos ejecutiva, absorberá el desvalor de su conducta preparatoria. Es decir, esta última no se sancionará en virtud de las reglas del concurso de leyes (art. 8 CP español).

17 Sin embargo, la cosa cambia si, tras haber preparado la ejecución, el agente inicia su intento de modo típicamente antijurídico, pero no punible —por ejemplo, porque se suscita en él un trastorno mental transitorio excluyente de su culpabilidad—. En este último caso, no hay ejecución punible que pueda absorber la sanción de la conducta preparatoria antijurídica. Sin embargo, sí existe un hecho ejecutivo típico. Pues bien, este hecho es el que permite que aquel acto preparatorio realizado culpablemente por quien luego es autor inculpable se sancione de modo accesorio —en tanto que acto prohibido de participación pre-típica—. Así, la inducción a uno mismo, igual que la coope-

---

[16] *Vacchelli* (2020), 187 ss.; distinto, *Cuerda Riezu*, LH Mir Puig, 2017, 507, para quien se hallan en un «limbo» jurídico.

[17] *Binding* (1919), 61: «delito condicionado».

[18] En contra, *Binding* (1919), 61.

ración y la complicidad con uno mismo, constituyen formas de intervención en el delito que pueden llegar a ser punibles, en virtud de reglas generales, en relación con los diversos tipos delictivos. El dato de que lo sean muy excepcionalmente, en términos estadísticos, no cambia lo anterior.

18 En realidad, lo que se acaba de señalar es algo solo parcialmente distinto de lo que sucede en la *actio libera in causa*. En efecto, en esta última estructura el agente favorece el surgimiento de su propio trastorno mental. En cambio, en los casos que ahora nos ocupan, favorece la propia ejecución. Así pues, en ambos casos se trata de actos preparatorios cuya tipicidad —accesoria— está condicionada al inicio de la ejecución y cuya sanción efectiva depende de que esta última sea típicamente antijurídica y, por alguna razón, no punible. Como se ha indicado, desde el punto de vista de la teoría de las normas, aquí tiene lugar la infracción de las normas derivadas que son propias de la participación (*cfr. supra* capítulo 8/157 ss.; *infra* capítulos 16/25; 24/59).

3.3. La distinción entre actos preparatorios condicionada e incondicionadamente típicos

19 En general, las conductas preparatorias son solo condicionadamente típicas. Sin embargo, también existen actos preparatorios incondicionadamente típicos. Estos últimos, a su vez, pueden ser de dos clases. Por un lado, cabe que hayan sido tipificados por el legislador como delitos autónomos en la Parte Especial.[19] Por otro lado, pueden haber sido definidos por el mismo legislador como conductas punibles en la Parte General, en relación con todos los delitos o con algunos, especialmente graves, en particular. Ya se ha indicado que no existe una coincidencia exacta entre los ordenamientos legales en cuanto a qué conductas son estas, ni en cuanto a los delitos a los que se refieren. Ahora bien, sí puede hablarse de una orientación general que da cuenta de la tipificación de determinadas conductas que conllevan una relación interpersonal y que se hallan orientadas a la comisión de delitos especialmente graves.

II. LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

1. LOS ACTOS PREPARATORIOS INCONDICIONADAMENTE PUNIBLES A TRAVÉS DE SU REGULACIÓN GENERAL

1.1. Generalidades

20 Los sistemas de punición incondicionada de actos preparatorios existentes en las diversas legislaciones penales divergen en cuanto a cuáles son los actos

[19] Existe una tendencia internacional a tipificar la realización de algunas conductas de participación en la fase preparatoria del delito como delitos autónomos de peligro. Así, algunas variantes de los delitos denominados de «marcaje» o «reglaje». De este modo, el castigo de estos es independiente de que se produzca el comienzo de la tentativa del autor o autores.

preparatorios punibles, así como sobre los delitos con respecto a los cuales son punibles. En realidad, la única idea general es la de que se trata de supuestos previos a la intervención de varios sujetos en un hecho. Sentado esto, no puede afirmarse que los modelos de cada una de las legislaciones respondan a consideraciones político-jurídicas muy elaboradas. Con frecuencia las diversidades responden a decisiones políticas *ad hoc*, con un origen histórico muy determinado, que acabaron por generalizarse. En el caso concreto de la legislación española, los actos preparatorios en los que intervienen una pluralidad de sujetos (arts. 17 y 18 CP) solo se castigan incondicionadamente con respecto a determinados delitos que lo prevén expresamente en la Parte Especial. Además, las tres figuras legalmente previstas —conspiración, proposición y provocación— tampoco agotan el conjunto de conductas imaginables de preparación de una futura codelincuencia.

21 El fundamento de la sanción de los actos preparatorios punibles se ha situado en la especial «peligrosidad» de los casos en los que se produce un concierto de personas. Por ejemplo, se afirma que el fundamento del castigo de la proposición es la pérdida del control del proponente sobre lo que suceda en el futuro.[20] Sin embargo, resulta impropio hablar de «peligro» cuando no solo no se ha perfeccionado la tentativa, sino que esta no ha empezado y, más aún, ni siquiera se ha alcanzado un acuerdo delictivo. Desde luego, este no puede ser un peligro predicable de la conducta en sí. Por lo demás, la conjunción de agentes determina que estos incrementen su peligrosidad criminal, es decir, que sea más probable que alguno de ellos se decida a realizar una conducta típica. En definitiva, el fundamento de la punición de los actos preparatorios punibles es el «peligro de hacer peligrosas» a otras personas y de que, en consecuencia, estas acaben realizando conductas delictivas.[21] Ello produce una afectación cualificada de la seguridad y una mayor necesidad preventiva de pena. Además, el riesgo de incurrir en «falsos positivos» en estos casos es inferior a aquellos en los que es una sola persona la que prepara el delito. Con todo, estas conductas muestran un déficit de merecimiento retributivo de pena.

22 Por eso, la pretensión de alcanzar un equilibrio entre la necesidad de protección, las garantías y el principio de igualdad debería conducir a establecer un sistema de incriminación general de estos actos, pero ceñido a una categoría de delitos: en concreto, a los más graves. Además, la pena debería ser siempre inferior a la de la tentativa.[22] En fin, la provocación y la proposición tendrían que ser castigadas menos que la conspiración. En efecto, esta última describe un concierto criminal, mientras que en la proposición —como en la provocación— se trata de actos unilaterales. Ciertamente, el déficit de bilateralidad de la provocación puede ser compensado por su incidencia sobre una pluralidad de personas, pero desde luego ese no es el caso de la proposición. Frente a lo

[20] *Barber Burusco* (2004), 115; *Alcácer Guirao*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 712 ss.

[21] Distinto, *Serrano González de Murillo*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 605 ss.

[22] *Silva Sánchez* (1997), 153; *Alastuey Dobón*, RDPC 21 (2019), 59.

que se ha señalado, en la legislación española los hechos delictivos respect los cuales resultan punibles la proposición, conspiración y la provocación muy diversos. Además, la pena imponible es la inferior en uno o dos grac la del delito correspondiente —la misma de la tentativa—. En fin, la pro ción y la provocación se castigan con la misma pena que la conspiración. lo tanto, todo el sistema precisa una revisión axiológica.

1.2. La conspiración

23 La conspiración es la conducta de dos o más personas consistente en certarse para la ejecución de un delito y resolver ejecutarlo (art. 17.1 C Por ello, ha sido común calificarla de «coautoría anticipada», aunque un se doctrinal también la entendió en su día como una «inducción recíproc Su esencia ha sido identificada en la toma de una decisión conjunta en la «al concertarse y haber resuelto conjuntamente la ejecución, cada uno as el hecho como propio», sin limitarse a comprometer su colaboración e hecho ajeno. Según esto, solo podría ser conspirador el sujeto que, si l a empezar la ejecución del delito, se convertirá en coautor. En concret afirma que no es punible la conspiración para la inducción o para la co ración.[25] Ahora bien, aun aceptado esto, lo cierto es que, en el marco d concierto para ejecutar un delito, también debe ser reputado conspirad que se reserva, en el plan delictivo, un papel de cooperador necesario, ejemplo, mediante una intervención decisiva en fase preparatoria.[26]

1.3. La proposición

24 La figura de la proposición, tal y como era regulada en la tradición esp la, había sido concebida por la jurisprudencia más clásica como el propc firme y decidido de realizar una infracción punible, que se manifiesta a tr de una invitación concreta y personalmente dirigida a un sujeto o sujeto modo convincente, preciso y persuasivo. Sentado esto, se daban importa divergencias doctrinales en cuanto al contexto de esa invitación. Así, una p ción sostenía que la proposición es una inducción no seguida de ejecu por parte del inducido —es decir, una invitación a otro, para que actúe c autor—.[27] En cambio, otro sector doctrinal interpretaba que constituye invitación a la coautoría por parte de quien ya ha tomado la resolució

---

[23] La conspiración no puede ser identificada con la figura angloamericana de la «*conspiracy* efecto, esta última es el acuerdo de dos o más personas tendente a la comisión de un acto genérica te ilícito o bien de un acto lícito por medios ilícitos. A su vez, existen diferencias entre la concep inglesa y la norteamericana. Al respecto, *Cordini*, RFDU Montevideo 53 (2022), 1 ss.

[24] *Cuello Contreras* (1978), 16 ss.

[25] *Orts Berenguer*, CPC 18 (1982), 499; *Fuentes Osorio* (2007), 377 ss., 397 ss.

[26] *Gómez Rivero*, AP 15 (1995), 205-207; *Serrano González de Murillo*, LH Landrove Díaz, 2011, ss.; *Alastuey Dobón*, RDPC 21 (2019), 77.

[27] *Alcácer Guirao*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 693 ss.

ser autor.[28] En realidad, según esta segunda opinión, la proposición sería una propuesta de conspiración.[29]

Estas tomas de postura tenían lugar en el marco de un texto legal según el cual 25
la proposición surge cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas «a ejecutarlo». Sin embargo, a esta redacción le sucedió en 2015 otra, según la cual la proposición existe «cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él» (art. 17.2 CP español). A partir de entonces, resulta difícil sostener que la proposición es un «intento de inducción» a la autoría, o, al menos, que es solo un intento de inducción.[30] En efecto, parece claro que también comprende los casos de «inducción a la participación». En particular, el caso claro de proposición ha pasado a ser la conducta de quien invita a otro a que este último realice actos de cooperación en un delito que habrá de ejecutar el proponente. Ahora bien, si los intentos de inducción a la autoría no se castigaran, mientras que sí se castigan los intentos de inducción a la participación, se produciría un desajuste valorativo. Por tanto, parece preferible sostener sencillamente que el alcance de la proposición se ha ampliado, comprendiendo ahora ambos grupos de casos. En este sentido, puede afirmarse que constituye un estadio previo a la conspiración.

En términos prácticos, una pregunta importante es la de si esta figura legal 26
abarca las conductas preparatorias del denominado «sicariato». Así, en primer lugar, la del sujeto que, declarándose dispuesto a cometer un asesinato —en general—, invita a un posible cliente a pagarle por ello; por otro lado, la del cliente que precisamente le induce a cometer un asesinato concreto por el precio que está dispuesto a cobrar. El problema radica aquí en que el sicario ya ha decidido cometer un delito en términos genéricos, mientras que su decisión de cometer un delito concreto solo surge en virtud del encargo que se le realiza. Ciertamente, el encargo es una conducta de inducción, y no de cooperación. Ahora bien, la inducción también es una forma de participación. Por lo tanto, la inclusión de la oferta del sicario («invitar a inducir» y no solo «invitar a cooperar») en el acto preparatorio de proposición no desborda el sentido literal posible del texto. En definitiva, en este punto es posible alcanzar la misma consecuencia —la sanción— que se obtiene de modo directo en los regímenes legales que prevén expresamente la conducta de «declararse dispuesto a cometer un delito». Una vez alcanzado el acuerdo de sicariato, se genera una conspiración.

1.4. La provocación

La provocación «existe cuando directamente se incita por medio de la 27
imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que

---

[28] *Cuello Contreras* (1978); *Fuentes Osorio* (2007), 281 ss., 309 ss.

[29] *Gómez Rivero*, LL 3959 (1996), 2-3.

[30] La diversidad de posiciones doctrinales es absoluta: *Alastuey Dobón*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 61-62.

facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito» (art. 18.1, I CP español). Según un sector doctrinal, esta figura acoge a la inducción no seguida de ejecución por parte del destinatario de la conducta inductora.[31] En cambio, otro sector sostiene que acoge una conducta que no es propiamente de «inducción no seguida de ejecución», sino que resulta legalmente equiparada a ella en virtud de la utilización de medios públicos de gran eficacia. En todo caso, no provoca quien no hace surgir la decisión delictiva previamente inexistente. Además, las conductas de incitación de palabra o por escrito que no se sirven de un medio de difusión pública o no tienen lugar ante una concurrencia de personas —inducción no seguida de ejecución— no son subsumibles en la definición de la provocación. Así pues, o se entiende que son constitutivas de proposición, o debería concluirse que la inducción *stricto sensu* no seguida de ejecución es impune de modo general. Ahora bien, esto último no es coherente con la lógica del sistema, ni tampoco obligatorio por razones de legalidad, de modo que debe optarse por la solución de la proposición.

1.5. Un balance

28 La legislación española acoge un sistema de incriminación cerrada —*numerus clausus*— para la conspiración y la proposición (art. 17 CP), así como para la provocación (art. 18 CP). Lo importante aquí es tener presente que, a su vez, tales figuras se hallan sujetas a las exigencias de la doctrina del comportamiento desaprobado *mutatis mutandis* (*cfr. supra* capítulo 10/19 ss.). Así pues, en la conducta preparatoria debe constatarse, además del propósito del respectivo agente, una idoneidad intersubjetiva *ex ante* para dar lugar al comienzo de actos ejecutivos punibles. Es decir, la conspiración o proposición en sí mismas inidóneas *ex ante*, o bien orientadas a realizar lo que, en su caso, sería una tentativa irreal no pueden ser sancionadas. En primer lugar, en virtud de un argumento *a fortiori* (*cfr. supra* capítulo 6/116). Además, porque los actos preparatorios constituyen una excepción en el marco de un sistema inspirado en el principio de lesividad. Por tanto, su régimen debe ser objeto de una interpretación restrictiva. En fin, en estas conductas no son punibles las formas de intervención externa —por ejemplo, la cooperación a la conspiración—.

2. LOS ACTOS PREPARATORIOS INCONDICIONADAMENTE PUNIBLES EN VIRTUD DE SU TIPIFICACIÓN EXPRESA COMO DELITOS AUTÓNOMOS

2.1. Generalidades

29 La tipificación de actos preparatorios como delitos autónomos puede advertirse desde el inicio de la codificación. Sin embargo, en las últimas décadas se

[31] *del Rosal Blasco* (1986); *Gómez Rivero* (1995), 301.

ha producido un incremento notable del recurso a la técnica de los denominados «delitos preparatorios».[32] Este fenómeno mundial pretende afrontar lo que, de acuerdo con esquemas de análisis clásicos, se calificarían en su caso como situaciones de peligrosidad predelictiva.[33] Por lo tanto, la tipificación y sanción de actos preparatorios convertidos en delitos autónomos puede entenderse como la adopción de una forma de medida de seguridad predelictiva —es decir, de reacción a la peligrosidad individual— bajo otra etiqueta.[34] Efectivamente, los delitos preparatorios responden a una fundamentación preventiva, que no respeta las mínimas garantías en cuanto a la protección de la libertad y a la proporcionalidad.[35] Desde un punto de vista retributivo, no existe en las conductas que las realizan un mínimo contenido de injusto merecedor de pena. En efecto, la mera exteriorización de una voluntad mala no constituye un objeto suficiente para la criminalización.

2.2. Las variantes de los delitos preparatorios

2.2.1. La tenencia de medios o instrumentos

Los nuevos delitos preparatorios son, básicamente, de posesión o de estatus, **30**
y muestran una fenomenología variada.[36] Entre ellos, los más frecuentes se relacionan estructuralmente con modalidades delictivas ya clásicas. Por un lado, cabe mencionar la posesión de determinados objetos con inequívoca connotación delictiva, que enlaza con la tradicional tipificación de la tenencia de útiles para el robo y de la tenencia ilícita de armas. En efecto, esta estructura se ha extendido a delitos como la posesión de programas informáticos para la comisión de estafas o la tenencia de medios para la comisión de falsedades (art. 400 CP), entre otros ejemplos. En casos así, además, no es infrecuente que el delito preparatorio se conmine con la misma pena que el correspondiente delito de lesión consumado.

2.2.2. La integración en una organización o en un grupo criminal

Por otro lado, en las últimas décadas ha proseguido la tendencia a la tipifi- **31**
cación expresa de los acuerdos entre personas con fines delictivos. Así, de la figura tradicional de la asociación ilícita han derivado tanto la de organización criminal como la de grupo criminal, además de otras variantes asociativas

---

[32] *Bein*, Israel L. R. 27 (1993), 185 ss.; *Martínez-Buján*, RP 21 (2008), 267 ss.; *Duff*, ADPCP 2010, 303-304.

[33] En el ámbito angloamericano: «*preparatory offences*» o «*preinchoate crimes*».

[34] *Alonso Rimo*, InDret 4/2017, 25 ss.; *el mismo*, EPC XXXVIII (2018), 481 ss.

[35] Críticos, *Ashworth*, CL&Phil 5 (2011), 237 ss.; *el mismo* (2019), 37 ss.; *Puschke*, InDret 4/2010, 1 ss.; *el mismo* (2017); *Alonso Rimo*, InDret 4/2017, 56 ss.; *Abrams*, Quinnipiac L. R. 37 (2018-2019), 199.

[36] *Pastor Muñoz* (2005); *Dubber* (2005), 91 ss.; *Cox Leixelard* (2012); *Salvadori* (2016); *Schroeder et al.* (2016); *Viveiros* (2023).

nacionales.[37] Pues bien, la tipificación de la organización criminal constitu la autonomización de un acto preparatorio, en términos mucho más amplic que los de la conspiración y aplicables a la generalidad de los delitos.[38] Si embargo, esa agrupación no muestra los requisitos que podrían justificar s sanción penal. En efecto, los límites temporales —estabilidad—, personal —más de dos personas—, organizativos —existencia de distribución de fu ciones— y materiales —aplicación a toda clase de delitos— del concepto n permiten identificar un especial merecimiento de pena de sus integrante que fundamente las elevadas penas que se les imponen. Dicho de otro mod no es posible afirmar que la sanción autónoma del hecho de formar parte d la organización pueda justificarse con base en una anticipación de la prote ción penal orientada a la represión de ciertos actos especialmente graves d participación intentada. En efecto, hay que distinguir entre las organizacion criminales que constituyen un peligro para el Estado —subversivas, masivas— aquellas que únicamente constituyen medios para cometer delitos de form más eficiente y eficaz.[39] Desde un punto de vista simbólico, estas últimas car cen de la capacidad de negar el Derecho y el Estado que un sector doctrin atribuye a las organizaciones criminales. Además, desde una perspectiva emp rica no conllevan un incremento relevante de la dimensión psicológico-soci de la inseguridad.

32 Un acto preparatorio de todavía mayor espectro, tipificado de modo gen ral, es el de la constitución de un grupo criminal, que parece comprender y todos los casos de codelincuencia en fase preparatoria. En efecto, la legislació española define la figura del «grupo criminal» como aquella unión de dos más personas que, sin reunir alguna de las características de la organizació criminal —estabilidad, o duración indefinida, o distribución coordinada concertada de tareas o funciones— «tenga por finalidad o por objeto la pe petración concertada de delitos».[40] Así pues, dos personas que se agrupe de forma transitoria con el objeto de cometer delitos ya forman un grupo pueden recibir por ello una pena de hasta cuatro años de prisión.[41] Las pen por los delitos que luego cometan efectivamente se imponen con indepe dencia de aquella.

2.2.3. La hiper-anticipación

33 Los delitos preparatorios van más allá de la tendencia a generalizar estruct ras preexistentes, que tradicionalmente eran excepcionales. En efecto, en ell se tipifican además conductas que de entrada son neutras, por el mero hech

---

[37] Así, los arts. 515 ss., 570 bis y 570 ter CP español.

[38] Por tanto, se tipifica una figura próxima a la «*conspiracy*» norteamericana. *Lacey/Wells* (1998 290 ss.; *Macke* (2005), 167 ss.

[39] *Cancio/Silva* (2008).

[40] Así, el tenor del art. 570 ter 1. párrafo último, CP.

[41] Así, el art. 570 ter 1. a), CP español.

de que se lleven a cabo con una intención —una tendencia interna trascendente— delictiva (*cfr. supra* capítulo 10/72). Al final, la cuestión político-jurídica central vuelve a ser la de si se castiga una conducta o, más bien, la peligrosidad de un sujeto.[42] Así se habla incluso de «delitos protopreparatorios»,[43] como, por ejemplo, los que se fundamentan en la «finalidad de capacitarse para cometer delitos de terrorismo». Entre las conductas típicas se cuentan las de salida del territorio nacional y las de mera posesión de documentos o de acceso a contenidos de internet, todas ellas en el marco de un proceso de «auto-adoctrinamiento» o autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP español).[44] En otro orden distinto, una conducta preparatoria de «auto-favorecimiento» de otras futuras, estas últimas sí tradicionalmente típicas, es el denominado «acoso sexual de menores por internet».[45] En este caso, lo delictivo es pretender favorecer la futura realización de un acto sexual con estos.[46]

En ocasiones, la lógica de la hiperanticipación llega a hacer difícil discernir 34
si una determinada conducta es castigada por su desvalor intrínseco, por su dimensión preparatoria o, en fin, por tratarse de una contribución postconsumativa con respecto a otro delito anterior. Así, por ejemplo, surgen dudas acerca del fundamento del castigo de conductas —de posesión y consumo— que expresan la demanda de productos de origen ilícito, singularmente, de pornografía infantil. En efecto, en estos casos se sancionan conductas ciertamente inmorales o patológicas. Sin embargo, estas, aisladamente consideradas, fomentan de modo solo insignificante la producción de la mercancía ilícita. Así pues, únicamente en términos agregados —de acumulación de muchas conductas individuales— adquieren un sentido de una conducta colectiva de demanda, es decir, un hecho postconsumativo que retroalimenta la producción de mercancía para la oferta.[47] De modo adicional, es cierto que la adicción a esos productos alerta sobre la posibilidad de que el sujeto adicto cometa delitos en el futuro. Sin embargo, cualquier consideración sobre este punto es prematura, pues se mueve más bien en el ámbito de las infracciones de incumbencias. Además, esto no es distinto de lo que sucede con la posesión y el consumo de drogas, que asimismo retroalimentan la actividad de mafias no menos reprochables. Ahora bien, la actitud de las legislaciones occidentales tiende a ser muy distinta en uno y otro caso, lo que desde luego no resulta razonable.

En fin, el castigo de conductas de posesión de contenidos pornográficos 35
o del auto-adoctrinamiento en ideologías favorables a la realización de actos

---

[42] *Pastor Muñoz* (2005), 78-79, 83 ss.; *la misma,* LH Jorge Barreiro, II, 2019, 1477 ss. Crítico, *Puente Rodríguez* (2021), 81 ss., 87 ss.

[43] *Alonso Rimo,* EPC XXXVIII (2018), 461 ss.; *Cuerda Arnau,* LH Jorge Barreiro, I, 2019, 99 ss.

[44] *Alonso Rimo/ Cuerda Arnau* -eds.- (2018); *Llobet Anglí* (2019), 29 ss.; *Walker/ Llobet/ Cancio* -eds.- (2022).

[45] Art. 183.1 ter CP español.

[46] En el original inglés: «*on-line child grooming*». Sobre ello, *Górriz Royo,* InDret 3/2016, 1 ss.

[47] *Dillof,* Florida St. U. L. R. 44 (2018), 1331 ss., a favor del castigo con base en criterios de utilitarismo de la regla; crítico, *Neumann,* FS Kargl, 2015, 352-353.

terroristas obliga a plantearse la posible responsabilidad de las empresas tecnológicas que son proveedoras de servicios de internet. En efecto, estas permiten que se suban tales contenidos a internet; además, los hacen especialmente accesibles a personas con predisposición, a través de los algoritmos de recomendación; en fin, se enriquecen a través de los anuncios publicitarios asociados a esa gestión de contenidos. Evidentemente, aquellos contenidos son poseídos por tales empresas y su estado posesorio tiene lugar de modo real y global, sin necesidad de hipotéticos argumentos de acumulación. En definitiva, resulta paradójico el castigo del poseedor individual y la inhibición de los Estados, así como de las organizaciones internacionales, en relación con este fenómeno universal. Así pues, por razones de coherencia, parece ineludible la imposición a las empresas tecnológicas de deberes jurídicos de remoción de todos aquellos contenidos cuya mera posesión por un particular se reputa punible (*cfr. supra* capítulo 10/123).

2.3. Valoración global y propuestas de aplicación

36 Además de los problemas de política jurídica mencionados, los actos preparatorios especialmente tipificados plantean el problema dogmático de si en ellos son punibles la tentativa y la participación. Desde un punto de vista lógico-estructural, ambas cosas son posibles. Sin embargo, en términos materiales-teleológicos tal conclusión es problemática por la extraordinaria anticipación de las barreras de intervención penal que conlleva. Por lo demás, la aplicación de estos tipos debe considerarlos como auténticos actos preparatorios y no como delitos independientes. Esto significa que es preciso llevar a cabo, como mínimo, las siguientes operaciones. En primer lugar, determinar cuál es el delito fin. En segundo lugar, establecer que la conducta del agente es *ex ante* idónea para favorecer aquel delito fin. En tercer lugar, apreciar que el agente realiza esa conducta abarcando con el dolo su idoneidad lesiva. En cuarto lugar, imponer una pena disminuida proporcionadamente en relación con la realización del delito fin.[48] Todas ellas constituyen una forma razonable de concretar una reducción teleológica y sistemáticamente conforme con la Constitución de tales disposiciones legales.

3. LA CUESTIÓN DE LA APOLOGÍA DE DELITO

37 La discutida figura de la apología procede del ámbito de la delincuencia terrorista, pero también de otros delitos con motivación política o ideológica. Así, la legislación española la define como el acto de exponer «ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor» (art. 18.1, II, inciso primero CP). En este marco legal, la concurrencia en la apología del delito de un

[48] *Alonso Rimo*, RDPC 4 (2010), 13 ss., *el mismo*, InDret 4/2017, 21 ss.

hecho merecedor de pena puede fundamentarse por tres vías. Por un lado, desde una perspectiva retrospectiva, como un comportamiento postdelictivo en conexión con el delito cometido. Por otro lado, en términos de presente, como un comportamiento que en sí mismo conlleva una nueva negación simbólica de la norma infringida en su día por un delincuente, al reafirmar expresivamente el delito cometido. En fin, de modo prospectivo o predelictivo, en tanto que acto preparatorio de futuros delitos.[49]

38 La primera es la fundamentación clásica, pero debe rechazarse. En efecto, la expresión de solidaridad con el autor, o la legitimación *ex post facto* de su hecho, pueden afectar a la administración de justicia, que es el único bien jurídico en juego. Sin embargo, no lo hacen con la intensidad necesaria para sostener una criminalización. Por su parte, la segunda línea argumental da cuenta de que la apología constituye una negación simbólica de la norma como pauta de conducta y una nueva humillación para las víctimas del delito o sus familiares. Por lo tanto, acogerla significa admitir que la apología lesiona directamente su propio bien jurídico, solo relativamente vinculado al afectado por el hecho que se ensalza. En fin, la tercera fundamentación convierte la apología en una variante de la provocación delictiva. Pues bien, desde un punto de vista teórico general desde luego es posible acoger la segunda fundamentación, construyendo la figura como un delito contra el orden público o contra la seguridad colectiva. En cambio, si la penalidad típica de la apología se asocia a la del delito ensalzado solo cabe acoger el último fundamento.

39 La legislación española acoge explícitamente esta última perspectiva. Así, establece que «la apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito» (art. 18.1, II, inciso segundo CP). Como se advierte, este precepto tiene naturaleza declarativa, actuando a modo de recordatorio para los órganos judiciales. Por tanto, para sancionar la apología es preciso probar que el agente ha realizado una conducta idónea para hacer surgir una resolución delictiva en quien no la tenía todavía. En definitiva, la figura solo abarca la tentativa de inducción, pero no la tentativa de cooperación psíquica. La consideración de que la apología solo puede ser penalmente típica si constituye una provocación al delito es el resultado de que el legislador ha realizado una evaluación, por un lado, de la libertad de expresión de los sujetos activos y, por otro, de los sentimientos de las víctimas y sus familiares. El resultado se ha decantado a favor de aquella. Sin embargo, ello es probablemente incoherente con la simultánea tipificación de otras conductas expresivas de odio discriminatorio.

40 Por su parte, la primera línea argumental —retrospectiva—, en relación con la segunda, ha dado lugar a algunas formas específicas de criminalización. Esto ocurre, por ejemplo, con la negación del holocausto, que en muchos países

[49] *Maqueda Abreu*, PJ 9 (1988), 9 ss.; *Ebert*, FS Spendel, 1992, 114 ss.; *Alonso Rimo*, EPC XXXVIII (2018), 461 ss.

se ha tipificado como delito. Ciertamente, el llamado «negacionismo» no es exactamente una apología de delitos. Ahora bien, las conductas de negación de la existencia de ciertos hechos históricos sí parecen tener una dimensión axiológica, de apologética de los personajes y de las ideologías que dieron lugar a ellos. Con todo, es discutible que esto merezca una sanción jurídico-penal, salvo que redunde en la comisión de delitos contra el honor o la integridad moral de personas o, en fin, genere graves problemas de orden público.[50] Además, llegados a un cierto punto, lo histórico-descriptivo y lo ideológico se entremezclan. Ahí aparece el polémico concepto de «memoria histórica».

III. LA TENTATIVA

1. LAS REGLAS LEGALES DE LA TENTATIVA

1.1. El intento y la tentativa

41 La tentativa es un hecho doloso punible en todas las legislaciones, que se define en virtud de reglas contenidas en la Parte General del Código penal. Sin embargo, para conformar de modo completo el supuesto de hecho punible, tales reglas deben completarse con las descripciones de delitos consumados contenidas en los respectivos tipos legales de la Parte Especial. Por lo tanto, no existe «la tentativa» sin más, sino únicamente la tentativa en relación con el delito consumado de que se trate. Por su parte, las reglas legales relativas a la tentativa adoptan una perspectiva *ex post* y la definen como un intento fracasado —con características peculiares— de cometer el respectivo delito consumado. En concreto, el art. 16.1 CP español señala: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

42 De conformidad con lo anterior, es preciso distinguir tres grupos de intentos de consumar un delito. En primer lugar, el intento exitoso, que da lugar a la consumación; en segundo lugar, el intento fracasado; y, en tercer lugar, el intento desistido. De los tres, solo el segundo recibe la denominación de tentativa en la legislación española. Así pues, el hecho punible de tentativa se integra de tres elementos. Por un lado, una conducta, consistente en la realización de una parte o de todos los actos de ejecución. Por otro lado, la no producción del resultado. En fin, que tal no producción sea debida a causas independientes de la voluntad del autor. Así pues, si la no producción del resultado se debe al denominado «desistimiento voluntario», no hay tentativa. En suma, tal desistimiento constituye un elemento negativo de la definición jurídico-penal de tentativa.

---

[50] *Fronza* (2012); *la misma* (2018), 123 ss. En España, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional el delito de negación del holocausto.

Sin embargo, la definición legal de tentativa es infrainclusiva. En efecto, 43
existen casos en los que se produce el resultado típico como consecuencia del intento, pero aquel no es imputable objetivamente a la conducta ejecutiva dolosa del agente. Pues bien, en ellos, pese a la producción del resultado típico, el hecho debe ser calificado también como tentativa. Esto sucede, por ejemplo, en supuestos en los que entre la conducta dolosa del sujeto y el resultado se interfieren otras conductas que rompen la relación de riesgo entre una y otro (*cfr. supra* capítulo 14/122 ss.). Además, también tiene lugar en los casos de *aberratio ictus, dolus generalis* y «errores sobre el proceso causal», si se adopta el modelo mayoritario para su solución, acogido también aquí (*cfr. supra* capítulo 12/150). En efecto, en estos últimos, cabe que el resultado no le sea siquiera imputable objetivamente a ninguna dimensión de riesgo de la conducta del agente. Alternativamente, es posible que el resultado le sea imputable objetivamente a una dimensión de riesgo de la conducta que, a su vez, solo le sea imputable subjetivamente al sujeto a título de imprudencia. En ambos casos, hay tentativa a pesar de que se ha producido el resultado. Como se advierte, en ellos el castigo del autor requiere una ampliación de la literalidad de la regla legal.

1.2. Las divergencias conceptuales

El modo de entender las reglas legales que definen el hecho punible de 44
tentativa es objeto de discusión. Para un sector de la doctrina, se trata de reglas declarativas de la punibilidad de la realización «parcial» de los tipos de la Parte Especial. En efecto, esta posición sostiene que el hecho se identifica con el tipo, de tal manera que la ejecución iniciada ya es conducta típica desde la perspectiva del tipo de la Parte Especial. En cambio, para otro sector doctrinal, tales reglas legales son constitutivas y permiten la construcción de «tipos derivados» de los que describen el delito consumado. En esos tipos derivados la tentativa aparece como la infracción de una norma, ya se considere que esta es coincidente o distinta de la propia del tipo del delito consumado, previsto en la Parte Especial.

En fin, para un tercer sector doctrinal, aquellas reglas son ciertamente 45
constitutivas, pero lo que constituyen es la imputación de responsabilidad por la realización de conductas que no realizan ningún tipo ni infringen ninguna norma. En efecto, parte de sostener que la tentativa no es un delito, sino solo una «tentativa de delito» —un «delito imperfecto» o *delictum imperfectum*— o, expresado otro modo, un hecho punible no constitutivo de delito. Como tal, desafía a la norma propia del respectivo delito consumado, expresando que el agente no la acoge como pauta de conducta vinculante.[51] Ahora bien, ello no constituye la antinormatividad de la conducta, sino solo la infracción de un

[51] *Kindhäuser*, FS Fischer, 2018, 125 ss.; *Mañalich*, RChD 44 (2017), 465-466; *el mismo*, RCP 3 (2022), 11 ss.

deber por parte de esta. Como se indicó en su momento, esta posición entiende que solo lesionan la respectiva norma los delitos consumados del autor directo. De modo que la tentativa es una «excepción» o una «anomalía» (*cfr. supra* capítulo 8/71). Con todo, esta postura excepcionalista, que permite una configuración más subjetivista de la tentativa, tiene que aceptar que la fuente del «deber de no intentar» es la propia norma del delito consumado. Así, esta, supuestamente sin prohibir la conducta de «intentar», debe dar lugar a que el agente, al considerar la norma en su razonamiento práctico, no la lleve a cabo. Así las cosas, tal norma contiene, al menos en términos pragmáticos, dos deberes: el de no consumar y el de no intentar. En resumen: Las concepciones doctrinales de la tentativa oscilan entre quienes la contemplan como un delito paradigmático o perfecto;[52] quienes la conciben como un delito imperfecto; y quienes, en fin, no aceptan ni lo uno ni lo otro.[53]

2. LAS CLASES DE TENTATIVA: IMPERFECTA —INACABADA Y ACABADA— Y PERFECTA

46 La regla del Código penal español dispone que constituye tentativa la realización de parte o de todos los actos que deberían producir el resultado. Con base en disposiciones legales análogas ha sido común que la doctrina de cuño alemán distinga los conceptos de tentativa inacabada y tentativa acabada. En cambio, el concepto clásico de frustración —que expresa una tentativa acabada fallida— ha ido perdiendo presencia tanto en la legislación como en la discusión doctrinal. En realidad, sin embargo, la distinción más importante es la que cabe realizar entre tentativa imperfecta y perfecta.[54] Así, una tentativa es imperfecta si el agente no ha perdido el control sobre el proceso lesivo, de modo que puede llevar a cabo todavía actos de aseguramiento del riesgo. Entre ellos, puede desistir con razonable seguridad. En cambio, una tentativa es perfecta cuando el curso lesivo ha salido de la esfera de organización del agente, de modo que constituye un peligro descontrolado. Entonces el sujeto solo puede, en su caso, llevar a cabo actos de salvamento en relación con la evitación del resultado lesivo.[55]

47 Por su parte, la tentativa imperfecta puede ser inacabada o acabada. En efecto, cabe que una tentativa acabada resulte todavía imperfecta, si el agente aún dispone de la posibilidad de controlar el riesgo.[56] Esta situación constituye ciertamente el caso límite de la tentativa imperfecta activa. En ella el agente ha realizado ya todos los actos lesivos —toda la parte activa del hecho—, pero tiene todavía la posibilidad de neutralizarlos dentro de su propia esfera de orga-

---

[52] *Rödig*, FS Lange, 1976, 63; *Jakobs* (1997), 293 ss.; *Reyes Alvarado* (2016), 91 ss.

[53] *Seminara* (2012).

[54] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 21/105, 25/71, 26/1; *el mismo*, (1997), 326; *el mismo* (2012), 70 ss.; *Benlloch Petit* (1998).

[55] *Benlloch Petit* (1998), 86; *Molina Fernández* (2001), 746: «tentativa irreversible».

[56] Sobre esto, *Gili Pascual*, InDret 2/2012, 1 ss.; *el mismo*, EPC XLI (2021), 845 ss.

nización. Así, el último eslabón anterior al momento de la tentativa perfecta es una omisión de actos de aseguramiento de un peligro que todavía se halla dentro de la propia esfera de organización del agente.[57] Así las cosas, puede afirmarse que las tentativas imperfectas inacabadas —e incluso las acabadas— constituyen actos preparatorios de autoayuda a la consumación, aunque muy cualificados. Es decir, que, en puridad, guardan más parentesco con los actos preparatorios que con la tentativa perfecta.[58]

3. LOS FUNDAMENTOS DE LA CONMINACIÓN PENAL DE LA TENTATIVA

3.1. Las dimensiones formal y material

3.1.1. La contraposición de las perspectivas

48 La tentativa —la realización de actos externos que no logran la consumación— suscita, de entrada, un problema estructural-formal (conceptual, lógico-analítico). Este, que se plantea también en relación con cualesquiera acciones no delictivas, es el de qué significa «intentar». Ahora bien, asimismo suscita un problema teleológico-axiológico, a saber, por qué se prohíben y por qué se castigan hechos no consumados. A diferencia del primero, este último no admite una respuesta válida para todos los casos de tentativa. En efecto, si el legislador decide tipificar un acto preparatorio como delito autónomo, las cuestiones estructurales-formales que plantea la tentativa de ese delito son idénticas a las propias de la tentativa de homicidio. En cambio, desde una perspectiva axiológica-material, el problema que suscita la incriminación de la tentativa en uno y otro caso es radicalmente distinto. Así, por ejemplo, la doctrina suele sostener que en los delitos de consumación formal anticipada la tentativa no es punible. Ciertamente, esto es axiológicamente razonable. Sin embargo, tal propuesta, contemplada desde una perspectiva *de lege lata*, constituye una reducción teleológica que conlleva una derogación interpretativa *contra legem* del alcance general de la cláusula de la tentativa. En definitiva, también aquí las perspectivas estructural-formal, axiológica-material y legal-interpretativa se hallan en tensión, como sucede en cualquier figura dogmática. La búsqueda de la mejor solución requiere intentar su armonización, pero ello ni siquiera es siempre posible.

3.1.2. El debate sobre el fundamento material de la punición de la tentativa

49 En la estructura de cualquier delito cabe identificar una intención previa a la acción que, en otras palabras, puede denominarse voluntad de producción

---

[57] *Alexander/Ferzan* (2009), 220-221; *Alexander*, LH Duff, 2011, 219. A estos intentos activos, que están todavía abiertos a una posible conducta de aseguramiento o a la omisión de esta, se les denomina en la doctrina angloamericana «*incomplete completed attempts*» (o «*lit fuse attempts*»).

[58] Próximo, *Murmann* (1999), 33.

del resultado —mejor que «de consumación»—. Pues bien, el contenido de esa *voluntas*—voluntad mala— constituye uno de los dos polos de la discusión histórica sobre la tentativa. El otro viene dado por el sentido y alcance de la exigencia de exteriorización de la voluntad. En efecto, en relación con esto último no es indiferente la adopción de un planteamiento de prevención general intimidatoria, de prevención especial, de retribución de lo subjetivo-moral, de retribución de lo externo-sociopolítico o de prevención general positiva. Así pues, a las teorías sobre el fundamento de la tentativa —que es común clasificar en subjetivas, objetivas y mixtas— les subyacen doctrinas divergentes acerca del fin de la pena.

50 La cuestión subyacente es por qué procede castigar una conducta que, aunque lo pretendiera, no ha producido resultado lesivo alguno.[59] A este respecto, el punto de partida de las diversas «teorías subjetivas» ha sido sostener que la razón se halla en el dolo del agente —que, a su vez, se ha definido como voluntad de consumación—.[60] Con todo, este enfrentamiento subjetivo con la norma de conducta se concibe como algo trascendente al mero deseo de producir el resultado. A su vez, la premisa de las «teorías objetivas» es que no cabe afirmar que en la tentativa no exista un «resultado lesivo». Por eso, tratan de identificar en ella un elemento adicional a la voluntad del agente. Sentado esto, las doctrinas objetivas se pueden subdividir en función de su orientación más fáctica o comunicativa, aunque también existen posiciones mixtas. Así, un primer sector (i) encuentra dicho elemento adicional en el peligro para el bien jurídico que se manifiesta en ciertas exteriorizaciones de la intención; así surgen las doctrinas de la «peligrosidad», que se distinguen en función de si operan mediante juicios *ex ante* o *ex post*.[61] Un segundo sector (ii), por su parte, encuentra el elemento adicional en el impacto psicológico-social —la aparición de una emoción reactiva de miedo o indignación— que pueda derivarse de la referida exteriorización;[62] este grupo recibe la denominación común de doctrinas de la «impresión».[63] En fin, un tercer sector (iii) afirma que ese «algo externo» es la comunicación objetiva-simbólica de la desautorización de la norma, en concreto, que en ella la conducta expresa de forma perfecta el quebrantamiento de la norma. Por ello se pueden denominar doctrinas de la «expresión».[64]

51 En efecto, cabe que la exteriorización propia de la tentativa se conciba: (i) como un síntoma —esto es, una prueba— de la voluntad mala entendida como maldad moral o como peligrosidad futura del agente; o (ii) como la expresión

---

[59] *Ferzan*, San Diego L. R. 48 (2011), 1273 ss.

[60] *Struensee*, ADPCP 1990, 933 ss.; *Gracia Martín*, RDPC 3 (1999), 344 ss.; *Cuello Contreras*, LH Cerezo Mir, 2002, 617 ss.; *el mismo*, LH Rodríguez Mourullo, 2006, 253 ss.; *el mismo*, ADPCP 2007, 39 ss. Crítico, *Rey Sanfiz* (2001), 44 ss.

[61] Análisis y crítica en *Rey Sanfiz* (2001), 21 ss.

[62] Ya *A. Merkel*, PG, s/f, 134.

[63] Parcialmente crítico, *Rey Sanfiz* (2001), 82 ss.

[64] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 6/71, 25/21 ss.; *Rey Sanfiz* (2001); *Reyes Alvarado* (2016). En esta línea, pero desde premisas distintas, *Mañalich*, RCP 3 (2022), 18.

del enfrentamiento del sujeto con la norma;[65] (iii) como una desestabilización del clima social, adicional a la derivada del conocimiento de la maldad o peligrosidad del agente, o de su enfrentamiento con la norma; (iv) como dotada de un contenido de peligro para bienes jurídicos —en términos estadísticos—; (v) como provista de un contenido de peligro concreto para el bien jurídico afectado; o, sencillamente (vi) que la tentativa se castigue para incrementar los desincentivos relacionados con la comisión de delitos. Obviamente, las perspectivas anteriores pueden integrarse en fundamentaciones mixtas.

3.2. La fundamentación preventiva de la conminación penal de la tentativa

3.2.1. La utilidad del castigo de la tentativa: la prevención general negativa

3.2.1.1. Planteamiento

52 La punición de la tentativa se ha tratado de justificar desde una perspectiva —utilitarista— de prevención general intimidatoria. Esta concepción tuvo en Feuerbach y otros pensadores ilustrados a sus principales valedores históricos, mientras que, en la actualidad, cuenta con defensores claros en los partidarios del análisis económico del Derecho penal. Para todos ellos, en efecto, el fundamento de la sanción de la tentativa no es retributivo. Por el contrario, aquella constituye un desincentivo adicional al de la amenaza de pena para los delitos consumados, que constituyen los daños que al Derecho le interesa evitar.[66] Ciertamente, todo el que intenta un delito quiere consumarlo. Por tanto, la pena de la consumación tiene efecto disuasorio *per se* para cualquier agente. Ahora bien, si la tentativa no se conmina con pena, el sistema normativo transmite un mensaje insuficientemente disuasorio. En efecto, en tal caso el destinatario asocia la pena —como consecuencia futura e incierta— solo a los casos de éxito de su intento. Así las cosas, ello puede parecerle un coste razonablemente asumible.

53 En este contexto, la conminación penal de la tentativa impone costes adicionales a la ejecución de la decisión delictiva, que conllevan la posibilidad de que el sujeto sea castigado aun habiendo fracasado.[67] A partir de ahí, la imposición efectiva de la pena a una conducta de tentativa se justifica como la «confirmación de la seriedad de la amenaza» introducida como refuerzo disuasorio de la pena de la consumación (*cfr. supra* capítulo 3/67). Ciertamente, sobre esta misma base podría sostenerse también la sanción de los actos preparatorios. Sin embargo, desde un planteamiento utilitarista es posible rechazar esto último con base en el coste social de los errores judiciales generados por la equivocidad de esos actos, que no se ve compensado por incrementos notables de desincentivación.[68] En

---

[65] *Frisch*, GA 2019, 317.

[66] *Posner*, Columbia L. R. 85 (1985), 1217; *Shavell*, Columbia L. R. 85 (1985), 1250; *Adams/Shavell*, GA 1990, 349-351.

[67] *Lardizábal y Uribe* (1782), 123.

[68] *Mungan*, Review of Law & Economics 14 (2018), 1 ss.

realidad, tal riesgo de errores judiciales persiste en los casos de tentativa imperfecta, cuya sanción se hace discutible.[69] Por lo demás, y todavía en el marco de este modelo, cabe discutir si la sanción de la tentativa ha de ser idéntica a la de la consumación o inferior.[70] Al respecto, lo normal es que en ella la necesidad preventiva de pena sea inferior. Es más, el castigo con una pena igual a la de la consumación puede afectar a las exigencias derivadas de la noción de disuasión marginal[71] y, por eso, resultar criminógena. En todo caso, la neutralización de ese riesgo requiere una regulación que incentive el desistimiento voluntario.[72]

3.2.1.2. Las consecuencias del modelo

54 La fundamentación utilitarista de la incriminación y de la sanción de la tentativa es la propia de una concepción regulatoria del Derecho penal. En efecto, en este marco la legitimación general del modelo es la eficiencia, expresada en el argumento político-jurídico de que «la prohibición bajo pena de la tentativa puede contribuir a disuadir de emprender acciones que puedan efectivamente acabar lesionando el bien jurídico-penal».[73] Es más, la imposición de la sanción concreta solo sirve para confirmar la seriedad de la amenaza frente a los delincuentes potenciales. Ahora bien, todo el que emprende un intento parte de que este es adecuado para producir el resultado. Así pues, un modelo de punición construido sobre estas bases no hace imprescindible el castigo de la inidónea; mucho menos, de la tentativa irreal. Así, se excluye la punición de conductas como las de intentar matar mediante vudú, de envenenar con azúcar o disparar a un cadáver.[74]

55 En definitiva, la adopción de esta perspectiva ha conducido a formular teorías objetivas de la tentativa, que exigen constatar en ella un estado de cosas peligroso *ex post*. Con todo, es cierto que otros defensores de una teoría preventiva de la tentativa se han conformado con fundamentaciones intersubjetivas *ex ante*. En realidad, las teorías objetivas de la tentativa admiten variantes preventivo-generales, retributivas y eclécticas. En cambio, las teorías subjetivas de la tentativa tienen fundamentos retributivos o preventivo-especiales.

3.2.2. La fundamentación preventivo-especial

56 Desde la perspectiva preventivo-especial, el castigo de la tentativa se justifica cuando en ella se advierte un síntoma de la peligrosidad criminal concreta

---

[69] *Adams/Shavell*, GA 1990, 354-355; *Mungan*, IRLE 42 (2015), 79 ss.

[70] *Posner*, Columbia L. R. 85 (1985), 1217-1218; *Shavell*, Columbia L. R. 85 (1985), 1251.

[71] En inglés, «*marginal deterrence*». Es decir, que la realización de actos más graves por parte del delincuente quede desincentivada.

[72] *Beccaria* (1764), § XIV.

[73] *Mir Puig*, RECPC 3 (2001), 11, vinculándolo con una peligrosidad estadística, en los términos de un utilitarismo de la regla; *Roxin*, LH Mir Puig, 2017, 843 ss.

[74] *Feuerbach*, Lehrbuch, 4.ª, 1808, § 43-44 n. b.

del agente, aunque la voluntad delictiva se exteriorice en un intento irreal. En efecto, su fundamento es la necesidad de conjurar el riesgo de que el sujeto, al comprobar el fracaso de su plan, piense en recurrir a otro proyecto, ahora idóneo.[75] En esta línea, la legislación italiana, que se vincula a una concepción objetiva de la tentativa,[76] prevé al margen de ella la posibilidad de imponer medidas de seguridad en los casos del «delito putativo» y del «delito imposible» (art. 49 *in fine* CP italiano).[77] En España, la declaración de estado peligroso e imposición de una medida de seguridad en estos casos la había contemplado la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933 (art. 9.4°).

3.3. La fundamentación retributiva de la conminación penal de la tentativa

3.3.1. Las bases del merecimiento de pena en la tentativa

57 La perspectiva retributiva sostiene que al autor de una tentativa se le castiga porque lo merece el hecho que ha cometido. Sin embargo, en ninguna conducta de tentativa existe lesión efectiva de los bienes del sujeto pasivo. En ella lo real es, por un lado, la voluntad mala del agente; y, por otro, el efecto comunicativo intersubjetivo —psicológico o normativo— de su exteriorización en el supuesto sujeto pasivo y en el conjunto de la sociedad. Así pues, en estos casos un castigo retributivo solo puede ser impuesto con base en la desestabilización de las normas que produce la propia tentativa.[78] Ahora bien, el fundamento de esa desestabilización constituye el punto de desencuentro de las teorías subjetivas con respecto a algunas variantes de las teorías objetivas. En efecto, como se ha indicado, la cuestión es: (i) si basta con la «expresión» comunicativamente relevante de la intención lesiva —que cuestione la vigencia de una norma existente—; (ii) si es necesario producir además un efecto de «impresión» en el entorno social; o (iii) si debe exigirse incluso alguna forma de afectación del bien jurídico.

58 La perspectiva objetivista que parte de que la esencia del delito es la lesividad —la lesión de bienes jurídicos— ha tratado de fundamentar la sanción de la tentativa con base en la idea de que en ella —aunque no se pueda advertir una lesión— sí concurre un peligro para el bien jurídico de que se trate. Sin embargo, lo cierto es que ese argumento no explica satisfactoriamente la sanción de todos los casos. En efecto, ni en el comienzo de los actos ejecutivos, ni en el curso de la tentativa imperfecta —es decir, a medida que avanza la

---

[75] Descripción crítica en *Rey Sanfiz* (2001), 64 ss.

[76] En el art. 56 CP italiano.

[77] El art. 49 CP italiano dispone que: «*Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato. La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell' azione o per la inesistenza dell' oggetto di essa, è impossibile l' evento dannoso o pericoloso*». En estos casos es posible, *ex* art. 49 *capoverso*, que el juez imponga al sujeto una medida de seguridad, por ejemplo, la de libertad vigilada.

[78] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 25/13; *Reyes Alvarado* (2016), 11 ss.

ejecución—, puede hablarse de la existencia de peligro *ex ante* para el bien jurídico. Tal «peligro» solo puede apreciarse bajo la condición hipotética de que el sujeto continuará actuando. Sin embargo, la relación entre una acción de un sujeto y la siguiente no es de peligrosidad, sino de intencionalidad —autodeterminación dinámica—. Por eso tampoco cabe afirmar que en tales casos la conducta del agente muestre un «peligro estadístico», aunque sea cierto que la estadística muestra que quienes inician una tentativa por regla general la acaban.

59 En cambio, sí es cierto que en toda conducta de tentativa el sujeto manifiesta su desprecio por el ordenamiento jurídico y, en su caso, por los bienes del sujeto pasivo. Esto significa que la fundamentación retributiva de la prohibición penal de la tentativa es más fácil desde una perspectiva subjetiva. Ello, con independencia de que la expresión de la *voluntas* delictiva se estime necesaria para infringir una norma de conducta derivada, como se sostiene aquí, o bien para infringir un «deber».[79] Pues bien, si lo retribuido es solo la expresión de la voluntad delictiva, entonces toda tentativa, desde la más incipiente hasta la perfecta, debe recibir la misma pena. Se diría incluso que una concepción coherentemente subjetivista del injusto ha de sostener que la tentativa apenas comenzada merece la misma pena que la consumación. En fin, podría no haber razón ni siquiera para excluir la punición de la tentativa supersticiosa, puesto que también en ella expresa el sujeto su rechazo del Derecho. Sin embargo, la discusión entre las distintas doctrinas retributivas de la tentativa pone de relieve que nunca se ha acogido una teoría tan radicalmente subjetiva. Por el contrario, estas han exigido, además del mero hecho de la manifestación de la voluntad antijurídica, un contenido expresivo objetivado en alguna medida, lo que excluye las tentativas irreales-supersticiosas.

60 Por eso, existe acuerdo entre las teorías retributivas y preventivas en que el intento radicalmente irreal, en el que la representación del sujeto carece de una mínima racionalidad intersubjetiva, no contiene el injusto propio de la tentativa punible. También existe amplio consenso en señalar que, por regla general, es razonable castigar menos la tentativa que el delito consumado.[80] A partir de ahí, se asume igualmente la posibilidad de establecer diferencias de pena entre unas y otras conductas de tentativa, por razones de su mayor o menor imperfección y de su mayor o menor objetivación. Ciertamente existe una zona polémica, que se sitúa en el entorno del denominado «delito imposible»,[81] es decir, en determinados casos de ausencia absoluta de peligro *ex post* para el bien jurídico.

---

[79] *Kindhäuser* (1980), 201 ss.; *Mañalich*, RChD 44 (2017), 461 ss.

[80] *Duff* (1996), 350 ss., 358-359, 398.

[81] *Núñez Barbero* (1963). La figura del «delito imposible», vigente en España hasta 1995, es declarada expresamente impune en algunas legislaciones. Así, por ejemplo, en el art. 17 CP peruano: «No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto».

3.3.2. El merecimiento de pena en la tentativa imperfecta

61 En la tentativa imperfecta se expresa intersubjetivamente de forma inequívoca la voluntad de consumación. Por lo tanto, concurre una conducta antijurídica, aunque su contenido de injusto y su lesividad sean inferiores a los propios de la tentativa perfecta.[82] Su castigo responde básicamente a consideraciones expresivas, lo que ha determinado que un sector doctrinal de tradición alemana sostenga que muestra una «legitimidad retributiva precaria».[83] Más radical, una doctrina angloamericana afirma que las tentativas imperfectas carecen de merecimiento de pena,[84] aunque puedan dar lugar a medidas de restricción de libertad por la peligrosidad personal que manifiesta el sujeto.

62 En efecto, la tentativa imperfecta debe dar lugar a una reducción de la pena superior a la que corresponda a la tentativa perfecta, en el marco de la *lex lata* correspondiente. Incluso cabe sostener que en algunos supuestos carece de lesividad, lo que *de lege ferenda* debería conducir a excluir su punibilidad por razones de equidad y de ausencia de necesidad de pena. En efecto, esta posibilidad merece ser considerada como mínimo a propósito de los hechos ubicados en la periferia de los delitos *mala in se* y, más aún, en relación con los *mala quia prohibita*. Es decir, a medida que el delito se aleja de los que afectan a bienes personales y se aproxima a las infracciones administrativas. Por lo demás, la precariedad retributiva de la pena de la tentativa imperfecta se incrementa en aquellos delitos cuya consumación formal ha sido anticipada. En efecto, en delitos cuya consumación es previa a la lesión del bien jurídico, a los problemas de legitimación retributiva de toda tentativa imperfecta se le añaden los del déficit de lesividad material del delito en sí. Por eso valen aquí *a fortiori* las consideraciones efectuadas de modo general. En todo caso, la precariedad de la tentativa imperfecta exige, como contrapartida, que en ella se atribuya plena relevancia eximente al desistimiento.[85]

63 Una cuestión distinta es la relativa a los riesgos colaterales que puede contener la conducta.[86] Sin embargo, estos —por ejemplo, que se dispare el arma antes de tiempo— son, por regla general, riesgos imputables al sujeto solo a título de imprudencia. Esto vale en particular para la que se denomina «consumación adelantada» o prematura. En efecto, que el autor haya tenido la suerte —o la desgracia— de que el resultado de su plan delictivo se produzca antes de lo que pretendía no quiere decir que haya cometido una conducta

---

[82] *Sancinetti* (1991), 414 ss.; *Struensee* (2005), 108-109, sostienen que existe menor desvalor de acción, sobre la base de un «dolo menor», puesto que solo la tentativa acabada contiene el mismo dolo que la consumación. Sin embargo, en realidad lo que es menor es la conducta en sí. Si falta el «dolo de consumación» es porque falta la propia conducta de consumación.

[83] *Struensee* (2005), 115-116; *Sancinetti* (1991), 414 ss.; *Montero*, ADPCP 2021, 735 ss.

[84] *Alexander/Ferzan* (2009), 216; *los mismos* (2012), 103 ss.; *los mismos*, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 637 ss., 660 ss.

[85] *Lippke*, Ohio St. J. C. L. 12 (2015), 619.

[86] *Serrano González de Murillo*, LL 5 (2004), 1494 ss.

dolosa de consumación.[87] En ocasiones, puede darse dolo eventual, pero ello no es una consecuencia automática, salvo que se acoja una variante de las concepciones del *dolus generalis* (*cfr. supra* capítulo 12/156).

3.3.3. El merecimiento de pena en la tentativa perfecta

64 La conducta de tentativa perfecta contiene un peligro intersubjetivo *ex ante* jurídicamente desaprobado. Desde luego, aludir a esta clase de peligro no deja de ser una forma de designar un desconocimiento colectivo acerca de la realidad. Sin embargo, también es cierto que la apariencia *ex ante* afecta de modo decisivo a la comunicación y a las relaciones interpersonales. De este modo, se cumple con el primer requisito —desaprobación *ex ante* de un peligro— de la fundamentación del castigo. A continuación, la punibilidad de la tentativa perfecta se justifica con base en la constatación de un peligro concreto *ex post* —la lesividad específica—. Esta última pone de relieve que la representación del sujeto era errónea, pero perfectamente compartible por cualquier sujeto racional. Además, la apariencia de peligro concreto *ex post* —la «impresión»— genera inseguridad. En estos casos la necesidad de pena es clara, hasta el punto de que, en algunos supuestos, puede considerarse incluso razonable que su castigo sea idéntico al de la consumación. Por eso, a este respecto cabe estimar adecuadas las fórmulas legales de atenuación facultativa. Ahora bien, nada de esto se da en los casos de tentativas perfectas que cabe calificar de «irreales», ni tampoco en las tentativas perfectas «inidóneas». Sobre ello será preciso abundar más adelante.

3.3.4. Un balance de lo anterior

65 En los capítulos relativos a la sistemática de la teoría del delito y a la imputación imprudente se ha expuesto la cuestión relativa al significado del resultado (*cfr. supra* capítulos 8/124 ss.; 13/39 ss.). En concreto, se ha indicado que su función puede entenderse como meramente probatoria, expresiva de necesidad de pena del hecho, o como determinante de una parte del merecimiento de pena de la conducta del agente. Pues bien, algo análogo puede sostenerse en relación con el significado de la exteriorización lesiva en la tentativa. En efecto, esta puede contemplarse como mera prueba de la voluntad mala, que sería lo único retribuido, o como exigencia de necesidad de pena adicional a esa voluntad mala, único objeto de la retribución. Sin embargo, un planteamiento coherente con lo señalado hasta aquí exige que la exteriorización —que, a diferencia del resultado, sí está sometida al control del agente— constituya objeto de retribución. Así pues, esa retribución se orienta al sentido intersubjetivo que expresa la conducta del sujeto, regida por la voluntad de consumación.

---

[87] *Muñoz Conde* (1972), 144 ss.; *Martínez Escamilla* (1994), 84 ss.

Una cuestión distinta es que la equidad del castigo o bien la necesidad de pena requiera algo más. En esta línea se mueven las teorías de la impresión —algo no sometido al control del agente—. Estas últimas, que responden a criterios de prevención general positiva, vinculados a la presencia de emociones reactivas en la sociedad —resentimiento, indignación—, pueden excluir el castigo de tentativas antijurídicas. En cambio, no pueden sostener el castigo de tentativas que *per se* no sean antijurídicas. En definitiva, en la tentativa, como en cualquier delito, procede distinguir entre la antijuridicidad culpable —antinormatividad— y la punibilidad. 66

4. EL INJUSTO CULPABLE DE LA TENTATIVA

4.1. La relevancia de la teoría de las normas

Como se ha indicado, cabe discutir cuál es la naturaleza dogmático-estructural de la regla legal que, en las diversas legislaciones, establece la punibilidad de la tentativa. A su vez, tal discusión refleja diferencias en cuanto a la teoría de las normas. En efecto, también es objeto de discusión el estatus de la tentativa desde esta última perspectiva. Así, un sector doctrinal sostiene que infringe una norma de conducta. Esto significa que se trata de una figura ordinaria y no excepcional. Otro sector, en cambio, sostiene que la tentativa no infringe norma alguna, pues las normas son entendidas como descripciones de estados de cosas prohibidos. Para este, la tentativa es una excepción con respecto al sistema de tipos de la Parte Especial, con sus correspondientes normas. En efecto, solo infringe un deber relacionado con ellas, de modo que las desestabiliza sin infringirlas. Frente a este último modelo, aquí se acoge la consideración de las normas como directivas de conducta. En consecuencia, se parte de que en los intentos tiene lugar la infracción de una norma de conducta. Esta, a su vez, se construye sobre la base del tipo respectivo de la Parte Especial y de la regla de la tentativa de la Parte General. 67

4.2. Las normas infringidas en la tentativa imperfecta y en la perfecta

Desde esta perspectiva, la tentativa no realiza ni en todo ni en parte el tipo del hecho punible de la Parte Especial. Sin embargo, se hace necesario distinguir entre los casos de tentativa imperfecta y perfecta. En efecto, la conducta de tentativa perfecta infringe la misma norma de conducta que la consumación, esto es, la directiva subyacente al tipo del delito.[88] En cambio, la conducta de tentativa imperfecta infringe una norma distinta, derivada de la norma de conducta subyacente al tipo.[89] Ciertamente, ambas normas —la principal y la derivada— responden a la pretensión de protección que emana 68

[88] *Binding* (1885), 171; *Arm. Kaufmann*, FS Welzel, 1974, 403-404.

[89] *Robinson* (1997), 134 n. 16: «realización culpable de una conducta con intención de lesionar la regla de conducta principal».

del bien jurídico protegido en el tipo.[90] Si se parte de que el merecimiento de pena solo viene determinado por la conducta del sujeto, únicamente en la tentativa perfecta puede advertirse el mismo merecimiento de pena que en la consumación. En cambio, en la tentativa imperfecta el merecimiento de pena es inferior.

69 Así pues, la diferencia entre la tentativa imperfecta y la perfecta es una diferencia de injusto de la conducta —de merecimiento de pena—. En cambio, la diferencia entre la tentativa perfecta y la consumación, dada una coincidencia del injusto de la conducta, es de tipicidad y, en concreto, de punibilidad. Expresado de otro modo, no es de merecimiento de pena —retribución deontológica—, sino de equidad o necesidad de pena —prevención general positiva—. En efecto, la tentativa perfecta realiza el injusto del delito consumado, pero no conforma un hecho punible subsumible en los tipos de delito consumado de la Parte Especial. Ahora bien, por regla general —no siempre—, aunque el merecimiento de pena sea el mismo, la necesidad de pena de la tentativa perfecta es inferior a la que surge con la consumación del delito. Solo en casos excepcionales es la misma del delito consumado.

4.3. Los partícipes en los intentos

70 A su vez, los partícipes infringen normas derivadas de las anteriores, es decir, respectivamente de la de la tentativa imperfecta y de la perfecta. En efecto, el injusto de la conducta de los partícipes en los intentos surge por la infracción de normas que emanan de los tipos de la Parte Especial en relación con las reglas de incriminación de la tentativa y de las diversas formas de intervención en la Parte General. Esto significa que la conducta del partícipe en una tentativa perfecta y en la consumación es antijurídica por la incidencia de la norma derivada que surge del tipo de la Parte especial y de la cláusula general de intervención. En cambio, el partícipe en la tentativa imperfecta obra de forma antijurídica en virtud de la norma derivada que surge de la interacción de los tipos de la Parte especial con las cláusulas de la Parte General relativas a la tentativa y a la intervención.

5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS INTENTOS DELICTIVOS

5.1. Los sistemas legales de punibilidad de la tentativa

71 No existe ningún sistema legal en el que la tentativa sea impune de modo general. Por otro lado, tal modelo ultraliberal, según el cual se podría pretender impunemente la comisión de delitos, nunca se ha planteado tampoco en

[90] Distinto *Jakobs* (2012), 70, que advierte en toda tentativa un «quebrantamiento perfecto de la norma».

el plano teórico. Así, existen dos grandes modelos legales de punición de la tentativa. En los sistemas de *numerus apertus* de incriminación de la tentativa, como el español, se castigan las tentativas de todos los delitos. En cambio, otras legislaciones acogen sistemas de *numerus clausus*. Esto significa que únicamente se sancionan de modo general las tentativas de los delitos más graves —crímenes—, mientras que las de los delitos menos graves se castigan de modo excepcional, cuando la ley lo prevé.[91] Las tentativas de las infracciones leves —faltas o contravenciones— no se castigan. Ahora bien, lo anterior no significa que las demás conductas de tentativa no estén prohibidas, sino tan solo que no son punibles.[92] En efecto, como se ha indicado reiteradamente, la conducta de intentar la comisión de cualquier delito está prohibida. Por su parte, las tentativas no punibles en virtud de un régimen de *numerus clausus* son igualmente antijurídicas, aunque atípicas.[93] Expresado de otro modo, su tipicidad se condiciona a la consumación del intento.

Por lo demás, a pesar de las diferencias existentes entre ellas, lo común es 72
que de las legislaciones penales se pueda inferir una misma norma de sanción para todas las modalidades de tentativa. En teoría, la tentativa se puede castigar con la misma pena que la consumación, con una pena atenuable de modo facultativo o, en fin, con una atenuación obligatoria. Sin embargo, lo primero no cuenta con traducción legal práctica. Por su parte, los sistemas de atenuación facultativa pretenden afrontar casos en los que, excepcionalmente, el merecimiento y la necesidad de pena de una tentativa sean idénticos que en la consumación.[94] Con todo, también los sistemas de atenuación obligatoria —como el contenido en el art. 62 CP español— pueden hacer frente de modo razonable a la hipotética necesidad de imponer en ciertos casos de tentativa prácticamente la misma pena que al delito consumado.

5.2. Otras consecuencias jurídicas de los intentos delictivos

Lo común es que los intentos delictivos se sometan en todos los países a un 73
sistema de triple aseguramiento penal. Así, en primer lugar, se prohíben bajo amenaza de sanción penal —la punición de la tentativa—. Por otro lado, en segundo lugar, se obliga a terceros a impedirlos, asimismo bajo amenaza de sanción. Esto último se produce: (i) en virtud de la doctrina de las posiciones de garante de contención de riesgos generados por terceros —incluido aquí

---

[91] Así, el art 2 del CP francés de 1810: «*Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même*». Lo que completa el art. 3: «*Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi*».

[92] *Binding* (1885), 666.

[93] Próximo, *Merkel*, ZIS 2014, 565 ss.; distinto, *Herzberg*, ZIS 2015, 136 ss. Aunque en la discusión inciden cuestiones no solo de teoría de las normas sino también terminológicas.

[94] El art. 16 CP peruano contiene una regla de disminución prudencial de la pena.

el cumplimiento del deber de impedirlos y de detención de sus autores por parte de funcionarios de policía—; y (ii) mediante el establecimiento de deberes positivos generales —así, el deber de impedir determinados delitos, solo frente a intentos de delitos contra bienes intrínsecos (art. 450 CP español)—. En fin, en tercer lugar, activan el sistema de permisos de reacción: así, (a) la legítima defensa propia y de terceros; y (b) la autorización de la detención por particular en casos de flagrante delito.[95] En efecto, impedir un intento está permitido; en determinados delitos, ello es incluso obligatorio de conformidad con la legislación española. Así pues, como se ha indicado antes, el intento está prohibido ya antes de que su interrupción —permitida— por parte de las autoridades o de los particulares, lo convierta en tentativa imperfecta punible.

6. EL «GRADO DE EJECUCIÓN»: LA TENTATIVA IMPERFECTA Y LA PERFECTA

6.1. El comienzo de la ejecución

6.1.1. Generalidades

74 El «comienzo de la ejecución» marca la frontera entre los actos preparatorios y las conductas punibles de modo general. A este respecto, en la legislación española se establece que «hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores» (art. 16.1 CP). En realidad, el inicio de la ejecución por parte de un sujeto constituye, igual que la intervención en fase preparatoria, una acción de (auto-)ayuda a la consumación.[96] Por lo tanto, entre los últimos actos preparatorios de quien luego dará comienzo a la ejecución y los primeros que ya constituyen una ejecución del hecho es difícil advertir la existencia de un salto cualitativo.[97] Ciertamente, la diferencia entre preparación y comienzo de la ejecución es borrosa, es decir, gradual y cuantitativa.[98] Así las cosas, el problema radica en que, pese a ello, es necesario tomar una decisión categórica, puesto que la relevancia típica y, con ella, la posible sanción, requieren la fijación de un momento de comienzo de la ejecución.

75 El concepto legal de «tentativa» no proporciona pautas a este respecto. En efecto, la indicación de que el comienzo de la «tentativa» requiere un principio de ejecución es casi tautológica, en la medida en que lo que se requiere es, precisamente, separar preparación y ejecución. Por su parte, el criterio adicional de que ello ha de tener lugar mediante hechos exteriores tampoco añade ningún elemento relevante, porque los actos preparatorios también lo son. En suma, la única pauta efectiva viene dada por el recurso al

---

[95] En España, el art. 492 LECrim.

[96] *Kindhäuser*, FS Fischer, 2018, 138-139.

[97] *Mañalich*, RChD 46 (2019), 823.

[98] *Safferling*, ZStW 118 (2006), 682 ss.

adverbio «directamente». En este punto, una propuesta de delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos —apuntada desde antiguo— es el recurso al sentido ordinario de las palabras de cada tipo.[99] Sin embargo, este método, que permite distinguir entre casos claros de preparación y de ejecución, no es útil para resolver los casos difíciles. En relación con estos, la ambigüedad del lenguaje impide alcanzar la requerida precisión. Así las cosas, es necesario añadir una perspectiva teleológica.

Si se acoge para la tentativa un fundamento de prevención general, su **76** comienzo tiende a remontarse en el tiempo hasta el momento en el que se aprecie una ruptura de todo vínculo directo entre la conducta del agente y la consumación que este pretende. Esto es lo que sugiere la noción —también clásica— de la exclusión de «actos intermedios» entre una y otra. En cambio, si se pretende castigar al sujeto de la tentativa en virtud del merecimiento de pena por lo que ha hecho, entonces el momento de comienzo de la tentativa tiene que posponerse hasta que se constate la realización de un acto «inequívocamente» expresivo.

6.1.2. Las «teorías» sobre el comienzo de la ejecución

La doctrina se ha esforzado en proporcionar a los órganos judiciales máxi- **77** mas aplicativas en cuanto a la determinación del comienzo de la tentativa. Probablemente es excesivo denominarlas teorías, aunque ya se indicó en su momento que el uso de la expresión «teoría» en Derecho penal es bastante inflacionario. Más bien se trata de enfoques o perspectivas de análisis. Así, la teoría objetivo-formal aconseja tomar como criterio rector el del «inicio de la realización típica». Como se advierte, su punto de partida es que la tentativa constituye una realización parcial del tipo. Ciertamente, este punto de vista puede ser útil para apreciarla en tipos de pluralidad de actos —así, la tentativa de robo con intimidación empieza ya con la amenaza dirigida a la víctima, y la de robo con fuerza en las cosas, con la fractura de la puerta—. Sin embargo, aporta poco en delitos de acto único.

Por su parte, los criterios objetivo-materiales requieren que la conducta **78** que se pretende calificar de intento constituya un «peligro». A esto tratan de contribuir las máximas que requieren la vinculación de aquella con el tipo según la «concepción natural»; las del «campo previo» a la realización típica; las de la «inmediatez temporal» con esta última; o las de la «ausencia de actos intermedios»,[100] que han sido las más frecuentemente invocadas en la práctica procesal. Sin embargo, como ya se ha indicado, en la tentativa imperfecta no hay peligro en sentido estricto, sino solo un sujeto que supuestamente se propone seguir actuando. Así pues, las mencionadas doctrinas únicamente aportan argumentos tópicos, que no permiten la generalización. La realidad

---

[99] *A. Merkel*, PG, s/f, 129-130.

[100] *Farré Trepat* (1986), 228 ss.

es que ninguna de ellas acaba siendo concluyente, como advirtió pronto jurisprudencia española. Por lo demás, la concepción que vaya a sostener acerca del comienzo de la ejecución tiene que ver con el hecho de que considere que la tentativa es realización parcial del tipo de la Parte Especi o, en cambio, realización de un tipo que se construye a partir del tipo de Parte Especial y de la definición de tentativa contenida en la Parte Genera Si se acoge esto último, resulta que el comienzo de la ejecución —inten penalmente relevante— no tiene por qué (empezar a) ser típico con base e el tipo de la Parte Especial y, en consecuencia, hay que rechazar el modelo c la teoría objetivo-formal. Sin embargo, esto no implica rechazar la pretensió restrictiva que esta canaliza. En efecto, la razonabilidad de esta pretensión vi ne impuesta por el hecho de que, una vez iniciada la ejecución, cualquier ce de ejecución no voluntario determina la punibilidad del hecho como tentativ

6.1.3. La regla de atribución a una conducta del sentido de «intento» y los indicadores de sentido

79 La delimitación entre preparación y ejecución es una cuestión relativa significado intersubjetivo de la conducta. Pues bien, el método para la co creción de esta noción es el mismo que se ha propuesto para la resolució de otras cuestiones (*cfr. supra* capítulo 7/128). En primer lugar, debe cons tuirse una regla acerca del «comienzo» de la ejecución, cuya base debe ven constituida por argumentos jurídicos (*quaestio iuris*). Además, por razones d garantía, tal regla jurídica debe partir de una presunción contraria al inici de la ejecución.[101] Aquí se propone que no se aprecie el comienzo de ejec ción antes del momento en el que el sujeto, proponiéndose la producción d resultado típico, realiza una conducta inequívocamente ejecutiva, próxima la creación de un peligro descontrolado de lesión.

80 Ciertamente, es preciso que concurra en el agente el «propósito de alcanz el resultado» típico. Es decir, un elemento tendencial con virtualidad signific tiva, que se corresponde con los tradicionalmente denominados elementos d tendencia interna trascendente. Sin embargo, este por sí solo obviamente n permite distinguir entre preparación y ejecución.[102] Más bien, sirve a otro fi en concreto, para distinguir entre conductas meramente peligrosas e intent en sentido amplio. Para distinguir entre preparación y ejecución lo que sí e relevante es el concreto «plan de acción» del sujeto. En un ejemplo que l doctrina utiliza con reiteración: quien, habiendo cavado un foso, lo cubre co ramas, puede haber realizado una tentativa de homicidio si su plan es que l víctima muera al caer en la trampa. En cambio, si su plan es matarla de u tiro una vez que esté indefensa en el hoyo, entonces todo lo anterior han sid actos preparatorios.

---

[101] *Kindhäuser*, FS Fischer, 2018, 139.

[102] *Jakobs*, InDret 4/2020, 484 ss.

Sentado lo anterior, la mera «inequivocidad externa» de la conducta toda- 81
vía no determina un comienzo de ejecución, como tampoco lo determina la relación de «inmediatez temporal» entre aquella y la consumación. En efecto, cabe que se den actos inequívocos de la existencia de una voluntad de consumación que todavía no sean ejecutivos. En cuanto a la inmediatez temporal, es común exigir que esta se dé entre el comienzo de la tentativa y la consumación.[103] Sin embargo, este requisito tiende luego a relativizarse. Por lo tanto, es más realista exigir de verdad una inmediatez temporal de los actos cuyo carácter de comienzo de ejecución se pretende establecer con la perfección de la tentativa. En efecto, una tentativa puede ser perfecta durante meses e incluso años antes de la consumación. Así, por ejemplo, cuando el agente deja preparada una bomba para que estalle en su día y se marcha.

En definitiva, los indicadores del comienzo de la ejecución son: (i) la volun- 82
tad de producir el «resultado» típico; (ii) la inequivocidad de la conducta, atendiendo al plan del autor; y (iii) su proximidad a producir un «peligro descontrolado» en relación con la lesión típica.[104] Estos deben ser probados, como *quaestio facti*. Con todo, a lo anterior cabe hacer una salvedad fundamental. Esta es la dificultad de construir una máxima operativa acerca del comienzo de la tentativa que no sea lingüística-formal. En efecto, debe advertirse que tal doctrina general tiene que ser válida para el homicidio y, asimismo, para el más anticipado de los delitos protopreparatorios —en suma, para todos los delitos descritos en la Parte Especial—. Por lo que hace al comienzo de la tentativa en los casos de coautoría, autoría mediata y *actio libera in causa*, estos se examinan en los lugares respectivos (*cfr. infra* capítulos 16/83; 16/106; 24/86).

6.2. Las conductas de tentativa imperfecta

6.2.1. Su contenido objetivo-significativo

La conducta de tentativa se produce «practicando todos o parte de los actos 83
que objetivamente deberían producir el resultado» (art. 16.1 CP). En efecto, la expresión «resultado» designa aquí la realización plena del tipo correspondiente de la Parte Especial, sea este de resultado material o no. Pues bien, el supuesto de hecho objetivo de la tentativa imperfecta requiere la realización como mínimo de un acto con significado ejecutivo del tipo correspondiente. Como se ha indicado, para ello es preciso el propósito —intención previa a la acción— de alcanzar tal resultado. Ciertamente, la naturaleza dogmática de este «propósito de realización», como «intención previa a la acción», ha sido objeto de una discusión de gran importancia en la historia de la teoría del delito. Así, la doctrina finalista lo identificó con el dolo típico y, a partir de ahí, lo tomó como razón para ubicar sistemáticamente el dolo en el tipo de injusto, mediante la formulación del denominado «argumento de la tentativa».

---

[103] *Mañalich*, RChD 46 (2019), 828 ss., 832 ss.

[104] Próximo, *Alcácer Guirao* (2001), 29 ss., 69 ss.

Este, muy reiterado en el tiempo, se basaba en la imposibilidad lógica de que el dolo se encontrara en el tipo de injusto de la tentativa y no, en cambio, en el tipo de injusto de la consumación, sino en la culpabilidad.

84 Sin embargo, como se advierte, la «voluntad de alcanzar el resultado», en los términos expuestos, no es el dolo típico. Por el contrario, dicho propósito de alcanzar el resultado constituye un elemento intencional, que asigna a la conducta ejecutiva imperfecta el significado intersubjetivo de un intento. Así pues, se ubica en la dimensión objetiva-significativa de dicha conducta y no en el juicio de imputación subjetiva.[105]

6.2.2. La intención condicionada

85 Se discute el tratamiento de las «decisiones condicionadas de ejecutar» y, a continuación, de las ejecuciones condicionadas —o «decisiones condicionadas de consumar»—.[106] Estas pertenecen al género que, en la filosofía de la acción, se denomina «intención condicionada». Ahora bien, en lo que hace a las decisiones condicionadas de consumar, estas se refieren en puridad al caso de una «intención incondicionada de ejecución condicionada». Tal situación se caracteriza por el hecho de que el sujeto, que inicia un intento, lo hace con la reserva de consumar si se dan ciertas condiciones o bien de desistir, si se dan las opuestas. Un ejemplo claro es del atraco en la calle, con la expresión: «¡la bolsa o la vida!», que pone de relieve un intento condicionado de matar —en concreto, condicionado a que no se entregue el dinero—. Sin embargo, otro ejemplo es el de quien fuerza la cerradura de la puerta de una casa, para robar solo si encuentra joyas o dinero en efectivo, pero no en caso contrario. En realidad, si bien se aprecia, toda intención de un sujeto relativa a una propia conducta futura se halla implícitamente condicionada. Ciertamente, la condición, aunque sea interna al proceso de decisión del sujeto, puede depender de hechos externos o de decisiones de terceras personas, incluida la víctima. Vista así, la decisión condicionada expresa una estructura de decisión alternativa cuyo doble objeto viene dado por la consumación o el desistimiento. Pues bien, al igual que en la doctrina moral, estos supuestos deben caracterizarse como expresivos de propósitos, de modo que permiten calificar la conducta como intento.

6.2.3. El dolo

86 El carácter intersubjetivamente desaprobado de un comportamiento como conducta de tentativa requiere que el sujeto realice actos ejecutivos con el

---

[105] Próximos, *Molina Fernández* (2001), 750; *Martínez-Buján*, LH Górriz Royo, 2020, 534 ss.; *el mismo* (2021), 80 ss., 224 ss.

[106] En la tradición angloamericana: «*conditional intent*» o «*conditional intention*»: *Yaffe*, LTh 10 (2004), 273 ss.

propósito —incondicionado o excepcionalmente condicionado— de alcanzar el resultado. Por su parte, la imputación subjetiva de tal conducta de tentativa imperfecta requiere que el agente tenga conocimiento de que realiza los actos ejecutivos de un delito y de que lo hace con ese propósito. Por su parte, la congruencia de lo uno y de lo otro no se identifica con que el sujeto sepa con seguridad que el resultado coincide con la consumación típica. En efecto, el dolo como criterio de imputación, que se distingue de la voluntad de alcanzar el resultado, puede tener lugar en cualquiera de las formas admitidas de modo general.

Por lo tanto, es posible imputar una conducta de tentativa a título de dolo 87
eventual. Esto se advierte con claridad, si se piensa en un caso de dolo eventual que no sea relativo a la idoneidad de la conducta para la causación de un resultado, sino a las propiedades del objeto de la acción, singularmente en el caso de elementos normativos. Por ejemplo: un sujeto empieza a realizar actos conducentes a apropiarse de una cosa, que considera posible que haya sido abandonada —*res derelicta*—, pero sin descartar en absoluto que alguien la haya perdido.[107] Como se advierte, en casos de este jaez el sujeto (i) realiza una conducta que conlleva el riesgo concreto de consumación de un delito de hurto; (ii) dicho riesgo se le puede imputar a título de dolo eventual; y (iii) tiene la finalidad de apropiarse de la cosa. La conjunción de (ii) y (iii) es lo que la doctrina de cuño finalista denomina «voluntad de consumación». Sin embargo, como se ha indicado reiteradamente, mientras que el elemento (ii) es el criterio de imputación subjetiva, el elemento (iii) debe integrarse en el juicio sobre el significado intersubjetivo de la conducta.

6.2.4. La consumación adelantada

El significado de la expresión «consumación adelantada» del delito debe 88
distinguirse de la «anticipación de la consumación» de un delito mediante una decisión legislativa. En efecto, con aquella expresión se designan los casos de producción del resultado en el marco de un intento que el agente se representa como —todavía— imperfecto. Pues bien, en estos no se puede apreciar un delito doloso consumado. Por el contrario, deben recibir la pena de una tentativa imperfecta en concurso ideal con un delito imprudente consumado. Expresándolo de otro modo, los casos de consumación adelantada reflejan una estructura de «desviación del curso causal».[108] Por lo demás, aquí se puede advertir de nuevo con claridad que la decisión de alcanzar el resultado y el

---

[107] En este sentido, STS de 7 de abril de 1995; de modo general, *Mañalich*, Isonomía 51 (2019), 45 ss.; *el mismo*, RCP 3 (2022), 21; *Martínez-Buján*, LH Górriz Royo, 2020, 551; *el mismo* (2021), 80 ss. Con matices, *Gómez Rivero*, ADPCP 2013, 160 ss. En contra, *Farré Trepat*, ADPCP 1986, 269 ss.; *Faria Costa* (1987), 87 ss., 105; *Tamarit Sumalla*, ADPCP 1992, 557 ss. A favor, para el homicidio, *Cahill*, U. Colorado L. R. 78 (2007), 883-884.

[108] *Muñoz Conde* (1972), 144 ss.; *Wolter*, ZStW 89 (1977), 697 ss.; *Martínez Escamilla* (1994), 93 ss. *Baldó Lavilla*, ADPCP 1995, 339 ss.

dolo de la tentativa no son lo mismo. En una tentativa imperfecta el agente tiene la decisión de alcanzar el resultado, pero no actúa con el dolo propio de la consumación, porque no puede tenerlo. En efecto, este último requiere la representación del significado de la propia conducta como ya idónea para la consumación. Ciertamente, también cabe en algunos casos que el sujeto se represente con dolo posibilidades alternativas de consumación, correspondientes a los diversos riesgos que contiene su conducta. En este escenario, cabe que uno de ellos se realice en el resultado «adelantado». Estos casos son de «dolo alternativo» y, por tanto, pueden dar lugar a apreciar un delito doloso consumado (*cfr. supra* capítulo 12/151).

6.3. La perfección de la tentativa y el resultado

6.3.1. La «norma derivada de mandato» y la fase omisiva de los intentos activos

89 La tentativa imperfecta prosigue mientras al agente le quedan pendientes actos ejecutivos. Ahora bien, incluso una vez realizado el último de estos, la tentativa todavía es imperfecta. Ello se debe a que en los delitos de comisión activa —y en la interrupción de cursos salvadores—, después de la fase activa, existe todavía una «fase omisiva». Esta, durante la que la tentativa no ha alcanzado la perfección, discurre todavía dentro la esfera de organización del agente, lo que significa que este último todavía puede llevar a cabo una neutralización del riesgo —mediante un acto de aseguramiento—. Como se ha indicado, precisamente este carácter revocable de la tentativa imperfecta determina que un sector doctrinal defienda su no punibilidad.[109] En cambio, tan pronto como el curso de riesgo abandona la esfera de organización del agente, este ya no puede llevar a cabo actos de aseguramiento del riesgo. En ese momento, la tentativa se perfecciona y ya solo es posible «desistir» de ella mediante la realización de actos de salvamento.

90 Como se ha indicado, la tentativa perfecta infringe la misma norma de conducta que la consumación. Sin embargo, en este punto debe tenerse en cuenta la existencia de una norma de mandato derivada de la norma de conducta principal. La norma principal es, en los delitos de comisión activa y en las interrupciones de cursos salvadores, una prohibición y, en los delitos de comisión por omisión, un mandato —de aseguramiento o de salvamento, en los casos en que el sujeto ha asumido directamente esto último—. Pues bien, la norma derivada que entra en escena en el momento de la tentativa perfecta es, siempre, un mandato de llevar a cabo actos de salvamento o amparo. En el art. 11 CP español se alude a esto con la expresión de actuar u «omitir precedente» (*cfr. supra* capítulo 11/119). Es decir, el deber que surge de la tentativa perfecta tanto activa como omisiva es un deber de injerencia, cuyo contenido es el salvamento o amparo del bien jurídico.

---

[109] *Alexander/Ferzan*, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 642 ss.; *los mismos* (2012), 103, 105 ss.

6.3.2. La producción o no producción del resultado

91 La producción de un resultado objetivamente imputable tras una conducta de intento perfecto no deriva del azar, sino —en términos kantianos— de la «causalidad de la libertad». En efecto, tras un intento perfecto, el resultado puede dejar de producirse por dos razones: por la inadecuación de la causalidad generada por el agente; o por haber sido impedido por una causalidad impeditiva, generada por la libertad de un tercero. Así pues, en ninguno de los dos casos se trata del azar. Ahora bien, sí puede afirmarse que la no producción del resultado, que constituye un «fracaso» desde el punto de vista del plan delictivo, es un supuesto de «buena suerte» desde el punto de vista de la víctima y de la sociedad. Ello es especialmente llamativo en los casos en que la víctima se salva por la intervención inesperada y extraordinaria de un tercero. La determinación de la pena en casos de tentativa perfecta debe dar cuenta de la disminución de la necesidad de pena del hecho; no, como en las tentativas imperfectas, de su menor merecimiento.[110]

7. EL PROBLEMA DE LA TENTATIVA DENOMINADA «INIDÓNEA»

7.1. Precisiones terminológicas

7.1.1. Los intentos carentes de idoneidad intersubjetiva ex ante

92 La expresión «tentativa inidónea» se utiliza por los diversos sectores doctrinales para designar situaciones distintas.[111] Así las cosas, para intentar aclarar los términos del debate es necesario efectuar una taxonomía de los intentos. Para ello es necesario atender, en primer lugar, a las perspectivas *ex ante* y *ex post*; y, en segundo lugar, distinguir si el juicio *ex ante* se realiza desde la perspectiva intersubjetiva o la meramente subjetiva. Sentado esto, existe un primer grupo de intentos (i) que, contemplados *ex ante* por un participante del sector correspondiente del tráfico en la posición del autor, carecen de toda aptitud delictiva. Es decir, responden a suposiciones burdas del agente. Sin embargo, según un sector doctrinal —que cabe calificar de subjetivista—, procede todavía subdividir estos intentos en dos subgrupos.[112] El primer subgrupo (a) comprende los intentos aberrantes o supersticiosos, en los que el sujeto yerra sobre las leyes causales que rigen el actuar humano —son errores nomológicos—. Así, en ellos el agente supone erróneamente que activa una

---

[110] *Villar* (2014), 165 ss. La figura dogmática de la «frustración», que desde 1995 no existe en la legislación española, designa la realización de una tentativa perfecta que, además, no da lugar a la producción del resultado por causas independientes de la voluntad del agente. En efecto, la dualidad de tentativa imperfecta y perfecta se centra en la conducta del sujeto, mientras que el de frustración le añade a esta última un elemento circunstancial *ex post*. Este es el de que, una vez realizada la conducta de tentativa perfecta, no tenga lugar ni un desistimiento activo ni la consumación.

[111] *Farré Trepat* (1986), 3 ss., 277 ss., 355 ss.; *Sola Reche*, LH Valle Muñiz, 2001, 773 ss.; *el mismo* (2011), 736 ss., 746.

[112] *Cuello Contreras*, LH Rodríguez Ramos, 2013, 79 ss.

conexión causal en realidad inexistente, como sucede en las prácticas de magia negra, o en otros conjuros. Pues bien, incluso los defensores de la posición subjetivista consideran que aquí no existe «dolo» —pues no hay dominio de la causalidad— y, por tanto, tampoco tentativa. Obviamente, el resto de la doctrina coincide en considerar impunes estos supuestos, que se califican de modo general como tentativas irreales.

93 En cambio, el segundo subgrupo (b) abarca supuestos en los que el sujeto se equivoca sobre los hechos —sobre el objeto de la acción o los medios que emplea—, teniendo perfecto conocimiento de las leyes causales —por tanto, son errores ontológicos—. Así, por ejemplo, dispara a un árbol, creyendo que es un hombre. En estos casos, algunos autores subjetivistas afirman que existe dolo, de modo que deben ser considerados tentativas punibles, aunque la representación errónea del agente no fuera compartida *ex ante* por ningún espectador en su posición. A estos supuestos se refieren estos autores con la denominación de «tentativa inidónea punible». En cambio, el resto de la doctrina los califica igualmente de tentativa irreal impune.

7.1.2. Los intentos intersubjetivamente idóneos ex ante

94 El segundo grupo de intentos (ii) viene dado por aquellos que, contemplados *ex ante* por el participante en el sector de actividad en la posición del autor, sí muestran aptitud delictiva. En ellos se trata de una suposición errónea del autor que, sin embargo, resulta ser más o menos generalmente compartida por otros intervinientes. Por ello, dicha suposición errónea se puede considerar en unas ocasiones vencible y en otras, en cambio, invencible. Cabe incluso la posibilidad de que algún caso sea intersubjetivamente vencible, pero individualmente invencible.[113] A su vez, este grupo debe dividirse en dos subgrupos. Por un lado, (a) el de aquellos intentos que, una vez contemplados *ex post*, ponen de relieve que la consumación era imposible por razones estructurales.[114] Por otro lado, (b) el de aquellos que *ex post* ciertamente ponen de relieve la imposibilidad de la consumación, pero no por razones estructurales, sino de grado.

95 Al primer subgrupo (a) la doctrina quizá todavía dominante en España lo califica de «tentativa absolutamente inidónea». Esta se da, por ejemplo, en los casos de inidoneidad no patente *ex ante* del objeto de la acción. Así, por ejemplo, en la conducta de quien trafica con una sustancia inocua, en lugar de hacerlo con estupefacientes, porque la policía ha sustituido estos por aquella. También, en la de quien deja de socorrer a un accidentado aparentemente vivo, pero que en realidad ya ha fallecido. Igualmente, en quien dispara a un bulto con forma humana en una cama, que en realidad es un maniquí. O, en fin, en quien se apodera del bolso del cliente que sale de un banco, descubriendo

[113] *Pantaleón Díaz* (2022), 120.

[114] En la terminología angloamericana: «*inherent impossible*». En contra de la sanción de estos casos, *Yaffe* (2010), 254.

después que está vacío. Una tentativa absolutamente inidónea puede darse también en el caso de inidoneidad total de los medios, no patente *ex ante*. En fin, un intento puede ser absolutamente inidóneo, de forma no patente *ex ante*, cuando quien lo lleva a cabo es un sujeto que carece de las condiciones, cualidades o relaciones requeridas para ser autor del delito.

96 En cambio, el segundo subgrupo (b) comprende aquellos casos en los que el examen *ex post* muestra una imposibilidad de consumación por razones de entidad o cantidad del medio utilizado. A propósito de ellos, la doctrina dominante habla de «tentativa relativamente idónea». Lo cierto es que, en el conjunto de estos supuestos, se da una gran diversidad, que permite apreciar un *continuum* entre la más absoluta imposibilidad estructural de consumación y los casos más próximos a la idoneidad. Por ejemplo, si la dosis letal de un veneno es de un gramo, la tentativa relativamente inidónea abarca desde 0.999 hasta 0.001 miligramos. Ahora bien, en realidad el *continuum* se puede apreciar también en casos de inidoneidad del objeto —e incluso del sujeto— dado que el juicio *ex ante* es un juicio caracterizado por la inseguridad.

7.2. El fundamento de las distinciones de la teoría subjetiva

97 Como se ha podido advertir, los partidarios de la teoría subjetiva de la tentativa consideran que el juicio de peligro *ex ante* debe construirse sobre la base de la representación del propio agente.[115] Así, las que son denominadas tentativas inidóneas —y reputan punibles— se caracterizan por dos elementos. Por un lado, el agente las considera peligrosas. Por otro, el participante medio en la correspondiente praxis social, contemplando *ex ante* la conducta de aquel, niega que lo sean. Ciertamente, este concepto plantea dos problemas. El primero se refiere al fundamento material de la sanción en estos casos. El segundo, por su parte, es el de cómo delimitar un ámbito de tentativas irreales impunes, que parece ineludible. En cuanto a lo primero, la teoría subjetiva ubica el fundamento de la sanción retributiva de la tentativa en el dolo del agente, que se identifica con la voluntad de consumación. Ahora bien, para tratar de delimitar el ámbito de lo punible, la presencia de dolo se asocia a la existencia de un cierto «sentido social típico» de la conducta.

98 A esto responde la distinción —ya mencionada— entre errores nomológicos y ontológicos del agente.[116] Se considera que la concurrencia de los primeros impide formular un juicio de sentido social acerca de la conducta del agente, que en consecuencia debe reputarse una tentativa irreal impune. En cambio, los segundos son errores fácticos, en cuya virtud el sujeto supone hechos inexistentes. Así pues, estos, aunque carezcan de apoyo intersubjetivo, dan lugar a conductas de tentativa inidónea punible. En realidad, lo cierto es

---

[115] *Struensee*, ADPCP 1990, 933 ss.; *Gracia Martín*, RDPC 3 (1999), 344 ss.; *Cuello Contreras*, LH Rodríguez Mourullo, 2006, 253 ss.; *el mismo*, ADPCP 2007, 39 ss.; *González Mateos*, AP 28 (2001), 644 ss.

[116] *Struensee*, ADPCP 1990, 949, 959. Crítico, *Sancinetti* (1991), 495 ss.

que existen errores ontológicos burdos, cuya constatación debería conducir a caracterizar el hecho como una tentativa irreal impune. Por ejemplo, quien dispara a un árbol creyendo que es un hombre incurre en un error sobre hechos; pero no debe ser sancionado por tentativa de homicidio. En cambio, hay errores nomológicos que pueden ser relevantes, como los relativos a las dosis de una sustancia letal. Por lo demás, no siempre es fácil distinguir entre conocimiento de hechos y de leyes.[117]

99 La variante más asumible de la doctrina subjetiva es la que adopta otro método para distinguir entre tentativa punible y tentativa burda. En concreto, entiende que la primera es aquella en cuyo fracaso se advierte una «imprudencia invertida», en la que cualquier persona razonable puede incurrir. En cambio, la segunda es la que resulta irracional en algún aspecto, aunque en lo restante contenga un comportamiento razonable.[118] En definitiva, para esta concreta variante, la tentativa inidónea punible se relaciona en términos de inversión con el error vencible, mientras que la tentativa irreal lo hace con el error burdo. En efecto, en esta última el agente expresa ciertamente que no ha tomado la norma como pauta de conducta vinculante. Sin embargo, su exteriorización expresiva no responde a una racionalidad mínimamente compartida *ex ante*, lo que debe conducir a la ausencia de sanción.

7.3. Las teorías «objetivas»

7.3.1. La doctrina objetiva ex post

100 Los partidarios de la teoría objetiva *ex post* de la tentativa posponen el juicio acerca de la antijuridicidad y la punibilidad de esta hasta el momento *ex post*. Por tanto, aunque se dé una apariencia plenamente compartida *ex ante* acerca de la peligrosidad de la conducta, sostienen su no punibilidad cuando *ex post* cabe concluir que la conducta del sujeto de ningún modo podía haber consumado el hecho. Ciertamente, esta posición se expone a la crítica de que en todo hecho no consumado por razones ajenas a la voluntad del agente hay que concluir *ex post* la imposibilidad de consumación. Por eso, propone distinguir entre imposibilidad de consumación por razones estructurales y por razones circunstanciales. De esta distinción deriva, a continuación, la diferencia entre tentativas absoluta y relativamente inidóneas, acogida históricamente por el Tribunal Supremo español.[119]

7.3.2. La doctrina intersubjetiva ex ante

101 La acogida de la perspectiva intersubjetiva *ex ante* para delimitar el ámbito de los comportamientos típicamente desaprobados de tentativa es la única coherente con la concepción de las normas de conducta que se ha asumido en

---

[117] *Alcácer Guirao* (2000), 92 ss.

[118] *Sancinetti* (1995), 123 ss., 177 ss., 193 ss., 201 ss.; *el mismo* (1996), 79 ss., 98 ss.

[119] *González Cussac*, PJ 28 (1992), 19 ss.; *Martínez-Buján* (2013), 39 ss.

este texto (*cfr. supra* capítulo 8/74 ss.). En efecto, para ser punible, un intento debe mostrar en primer lugar una idoneidad *ex ante* para realizar el tipo del delito consumado.[120] Sentado esto, lo específico de la tentativa inidónea es que en ella se da un enfrentamiento con la norma que, además, tiene un aval de racionalidad intersubjetiva *ex ante*; ahora bien, por su parte el juicio *ex post* pone de relieve la imposibilidad estructural de consumación. Expresado de otro modo, la tentativa inidónea es idéntica a la tentativa idónea en su dimensión de antinormatividad —de desaprobación de la conducta, imputación subjetiva y culpabilidad—. En cambio, en lo que hace a la punibilidad —a la lesividad— muestra un déficit superior al de las tentativas idóneas. Así, por ejemplo, quien agrede con un cuchillo de cocina a un policía, dándole puñaladas en el tórax y en el abdomen, realiza una conducta típicamente desaprobada. Si *ex post* se constata que jamás podría haberlo matado, porque el policía llevaba puesto, de modo no patentemente visible, un chaleco antibalas y anti-cuchillos, se trata de una tentativa inidónea.[121] Igualmente es una conducta típicamente desaprobada la de quien dispara a otro con una pistola que, según todos los indicios disponibles *ex ante*, estaba cargada. Si *ex post* se aprecia que realmente carecía de munición, se trata de una tentativa inidónea.[122] En ambos casos, sin embargo, lo razonable es el castigo.

7.3.3. La legislación y la jurisprudencia españolas

El art. 16 CP español establece que los actos del agente, para ser constitutivos **102**
de tentativa, deberían producir «objetivamente» el resultado. La introducción de este adverbio en 1995 se enmarcó en el contexto de la derogación de la figura tradicional del «delito imposible» (art. 52, II del CP vigente hasta ese año). En efecto, este último precepto se aplicaba fundamentalmente a los casos de inidoneidad del objeto y su legitimidad había sido discutida por la doctrina,[123] pese a que el Tribunal Constitucional había sentado su conformidad con la Constitución.[124] Por su parte, el texto legal vigente pretende afrontar el problema de delimitación de los intentos punibles y los impunes excluyendo de entrada las construcciones doctrinales más subjetivistas. Así, el adverbio «objetivamente», que califica a los actos ejecutivos iniciados por el sujeto, alude a la aptitud de estos para producir el resultado típico. Ciertamente, esa aptitud puede evaluarse *ex post* o, como aquí se sostiene, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*. Sin embargo, en todo caso queda claro

---

[120] Con matices diversos, *Farré Trepat*, LH Rodríguez Devesa, I, 1989, 278-279; *Baldó Lavilla* (1994), 113 ss., 116-119; *Mir Puig*, RECPC 3 (2001), 1 ss.; *Sola Reche* (1996), 164 ss., 198 ss., 232; *el mismo*, LH Valle Muñiz, 2001, 781 ss.; *Silva Sánchez* (1997), 125 ss.; *Moreno-Torres* (1999), 336 ss., 374 ss., 383 ss.; *Alcácer Guirao* (2000), 136 ss., 469 ss.

[121] STS 764/2014, de 19 de noviembre.

[122] STS 2122/2002, de 20 de enero de 2003.

[123] *González Cussac*, PJ 28 (1992), 10 ss., 15 ss.

[124] STC 70/1985, de 31 de mayo.

que los intentos irreales —solo subjetivamente idóneos— no son punibles conforme a la regla.[125]

103 La doctrina del Tribunal Supremo español, en su formulación teórica, es relativamente homogénea desde 1999 y se asienta sobre la base de una doctrina mixta. En efecto, en ella se pretende integrar los elementos de la hostilidad del agente frente al Derecho y de la peligrosidad intersubjetiva *ex ante* —abstracta— de su conducta en relación con el bien jurídico.[126] De este modo, se excluye la antijuridicidad de las tentativas irreales o supersticiosas. Sin embargo, el tribunal no ha abandonado su pretensión de excluir la sanción de las tentativas absolutamente inidóneas, manteniendo como punibles las que solo son relativamente inidóneas.[127] Ahora bien, la distinción entre los intentos absoluta y relativamente inidóneos requiere adoptar una perspectiva *ex post*. Por su parte, esta no casa con el marco teórico general de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de tentativa, en el que suele insistir en que asume el punto de vista *ex ante*. Así, en su acuerdo de pleno no jurisdiccional de 25 de abril de 2012, sentó que «el artículo 16 del Código penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico». Como se advierte, el problema no viene dado por los casos de «inidoneidad de los medios», sino por los de «inidoneidad del objeto».[128] Con respecto a estos últimos, el tribunal no renuncia a adoptar la perspectiva *ex post*.

7.4. El merecimiento y la necesidad de pena en la tentativa inidónea

104 La tentativa inidónea no plantea un problema de desaprobación de la conducta, dado que *ex ante* se muestra como intersubjetivamente idónea. En este plano, las únicas reservas son las ya comentadas de modo general a propósito de la tentativa imperfecta, en la que lo decisivo es la orientación de la conducta del autor a proseguir su intento, no un «peligro *ex ante*». En cambio, la tentativa inidónea suscita un problema de falta de lesividad, pues en ella no concurre «peligro *ex post*». Ahora bien, la verdad es que, desde una perspectiva *ex post*, ninguna conducta de tentativa —por definición, intento fallido— contiene actos que «deberían haber producido objetivamente el resultado». Ciertamente, la impresión *ex post* y las correspondientes emociones reactivas no son las mismas si el fracaso se debe a un fallo estructural del intento o a un aspecto circunstancial de este. Sin embargo, ello no cambia el hecho de que *ex post* toda tentativa es inidónea —un delito imposible—, tanto si es patente por qué ha fracasado el intento, como si la explicación es más compleja o se desconoce a ciencia cierta.[129]

---

[125] *Cerezo Mir*, RDPC 1 (1998), 20 ss.

[126] SSTS 1000/1999, de 21 de junio; 1100/2011, de 27 de octubre; 29/2012, de 18 de enero; 899/2012, de 2 de noviembre; 431/2019, de 1 de octubre; 86/2020, de 3 de marzo.

[127] Crítico, *Alcácer Guirao* (2011), 88 ss.

[128] STS 86/2020, de 3 de marzo.

[129] *M. E. Mayer*, PG, 1915, 439; *Mir Puig*, RECPC 3 (2001), 3-4.

Con todo, el castigo de la tentativa inidónea puede ponerse en cuestión 105
desde la perspectiva jurídico-política de su lesividad. Esto es lo que sostiene una línea doctrinal con base en la filosofía idealista alemana, afirmando que en ella no se llega a quebrantar la relación de reconocimiento recíproco entre una «esfera de libertad» y la otra.[130] En efecto, en la tentativa inidónea la dimensión de lesividad parece adquirir todavía un carácter más difuso y general que en las tentativas idóneas. Así, cabe más bien afirmar que constituye un delito contra la libertad y seguridad de los ciudadanos en el disfrute de sus bienes jurídicos.[131] Sin embargo, esto determina que su castigo conforme a un sistema legal de *numerus apertus* de sanción de la tentativa resulte discutible. Frente a ello, lo razonable es que la conducta de tentativa inidónea sea punible en relación con delitos pertenecientes al núcleo de los *mala in se*. Desde luego, debería serlo con una pena inferior a la de la tentativa idónea y probablemente la mejor forma de reflejar su naturaleza fuera tipificarla como un delito contra la seguridad de los bienes intrínsecos. En cambio, las tentativas inidóneas relativas a los delitos *mala in se* periféricos y a los *mala quia prohibita* generan ya serios problemas de lesividad. Probablemente, en su mayoría carecen de la medida de lesividad suficiente para ser castigadas.

7.5. La distinción entre la tentativa inidónea y el delito putativo

7.5.1. Generalidades

De modo paralelo a la tentativa inidónea, la doctrina maneja el concepto de 106
«delito putativo», sobre cuya impunidad existe consenso. Con todo, se discute acerca de cómo delimitar ambas figuras. A este respecto, un sector doctrinal afirma que esta distinción constituye el reflejo especular —en virtud de la aplicación del principio de inversión— de la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Otra posición, en cambio, sostiene que en la tentativa —inidónea o irreal— se produce un error de hecho al revés, esto es, la suposición errónea de la concurrencia de los elementos fácticos determinantes de la consumación del delito. En cambio, en el delito putativo tiene lugar un error de derecho al revés, es decir, la suposición errónea de que aquello que se está realizando se encuentra prohibido.[132] Como se advierte, ambos criterios divergen en lo relativo a los casos de errores (inversos) de derecho relativos al sentido o la valoración extrapenal de determinados elementos del tipo; o incluso a la valoración de la conducta típica en su totalidad. Así, por ejemplo, cabe plantear cómo deben tratarse, en el marco del delito de hurto,

---

[130] La escuela de E.A. Wolff: *Zaczyk* (1989), 126 ss.; *Köhler*, AT, 1997, 28; *Rath* (2002), 619 ss. También próximo, *Murmann* (1999), 5, 28.

[131] *Bustos Ramírez*, LH Pérez Vitoria, I, 1983, 99 ss.; *Baldó Lavilla* (1994), 117 n. 250, 118; *Silva Sánchez* (1997), 131.

[132] Sobre la panorámica doctrinal alemana, *Burkhardt*, GA 2013, 346 ss., partidario de esta solución, extensiva del delito putativo; *Frisch*, GA 2019, 307 ss., en el sentido del delito putativo, pero con otros argumentos.

los casos en los que el agente cree que la cosa de la que se apodera es ajena, cuando resulta que es propia. O, por poner otro ejemplo, cómo afrontar —en el contexto de los delitos contra el medio ambiente— los casos en los que el sujeto se representa que infringe la normativa extrapenal, cuando resulta que no la vulnera. En fin, cuál es el tratamiento de los casos en los que cree que es sujeto idóneo de un delito —por ejemplo, funcionario público—, si resulta que no lo es.

7.5.2. La impunidad del delito putativo

107 Para abordar la figura del «delito putativo» es conveniente empezar por contraponerla a la del «delito imposible» —o tentativa irreal—. Ello es decisivo en Alemania, porque en ese país las tentativas irreales no supersticiosas son punibles, dada la acogida legal de la teoría subjetiva de la tentativa.[133] En España, donde las tentativas irreales no son punibles, el tema es menos trascedente. En efecto, dado que existe acuerdo en que ambas son impunes, conviene subrayar en dónde radica, pese a todo, la distinción entre ellas.[134] Así, en el delito putativo, el agente incurre en el error de derecho consistente en suponer que existe una norma de conducta que en realidad es inexistente. Por lo tanto, quien actúa en la situación de delito putativo (i) se enfrenta a una norma inexistente, de modo que la infracción es imposible por una razón derivada de la propia configuración del sistema de normas. Ello puede deberse a que la conducta no es siquiera ilícita prima facie, o bien a que está amparada por una permisión —una causa de justificación cuya existencia desconoce—. Adicionalmente, comete un delito putativo quien, conociendo que su conducta está prohibida, lo que es cierto, (ii) piensa que está prohibida bajo pena, lo que no es verdad. En cambio, en el delito imposible —tentativa irreal— el sujeto se enfrenta subjetivamente a una norma que sí existe y le interpela en el caso; incluso a una norma reforzada bajo pena. Lo que ocurre es que lo hace realizando un comportamiento que no vulnera su contenido. Es decir, mediante una conducta que, desde la perspectiva intersubjetiva *ex ante*, no ofrece idoneidad para realizar el tipo de conducta que infringiría la norma realmente existente. En fin, en la tentativa inidónea, el sujeto se enfrenta a una norma existente y lo hace con una conducta que *ex ante* es idónea para realizar el tipo que la vulnera, desde una perspectiva intersubjetiva. Lo que sucede es que esta, *ex post*, se revela inidónea.

108 Así las cosas, existen casos claros en los que es fácil identificar los errores que dan lugar, respectivamente, a un delito putativo o, respectivamente, a

---

[133] En los §§ 22 y 23 de su Código penal.

[134] *Binding* (1919), 105 ss., 108, 113, se manifestaba en contra del castigo de la tentativa subjetivamente inidónea por ver en ella un castigo sin hecho, con base en la actitud interna. En efecto, desde su perspectiva de que todos los errores son iguales, señalaba que es inconsistente declarar impune el delito putativo y sancionar la tentativa inidónea (irreal). Relativamente próximo, excluyendo toda distinción entre tentativa irreal y delito putativo, *Mañalich*, PolítCrim 27 (2019), 337 ss.; *el mismo*, RCP 3 (2022), 27-28.

una tentativa irreal. Sin embargo, pueden existir problemas de distinción en algunos casos de la zona gris que discurre entre ambos conceptos. Así sucede en los de leyes penales en blanco. Por ejemplo, cuando el sujeto activo se enfrenta a una norma de conducta penalmente reforzada suponiendo que su conducta infringe la normativa extrapenal, cuando resulta que no lo hace. Como se advierte, en este caso, la norma de conducta —por ejemplo, la del delito ambiental— existe y el sujeto se enfrenta subjetivamente a ella. Sin embargo, lo hace incurriendo en un error de derecho extrapenal al revés, pues la disposición extrapenal en cuestión no existe o, en todo caso, su conducta no la vulnera. Así pues, en este caso se trata de una tentativa irreal —o un delito imposible—.

Otro caso propio de la zona gris se refiere a los tipos con elementos norma- **109**
tivos de contenido jurídico, como el citado del hurto. Así, por ejemplo, cuando el sujeto, por un error relativo a las disposiciones jurídico-civiles, cree que la cosa que tiene en sus manos —y que identifica con claridad— es ajena, cuando resulta que es propia. En efecto, si en este contexto se apodera de la cosa, se enfrenta con la norma —existente— que prohíbe el hurto. Sin embargo, lo hace mediante una conducta que no puede dar lugar a la infracción. Por tanto, se trata de una tentativa irreal o de un delito imposible. Ahora bien, el caso admite una variante distinta, en la que el sujeto no yerra sobre los presupuestos jurídicos de su derecho de propiedad, sino sobre la identidad fáctica de la cosa sobre la que recae ese derecho. En efecto, si el sujeto cree que el automóvil azul que tiene delante es el de su vecino, cuando resulta que es el suyo propio; entonces, si procede a rayarlo, la pregunta es si comete una tentativa punible de daños en la propiedad ajena. Pues bien, la solución no debe cambiar, sino que debe tratarse igualmente de una tentativa irreal o delito imposible.

7.5.3. La tentativa de un sujeto inidóneo

7.5.3.1. Generalidades

En directa relación con lo que se acaba de señalar, existe debate sobre **110**
los casos conocidos como «tentativa de sujeto inidóneo». En ellos, un sujeto que es *extraneus*, creyendo ser *intraneus*, da comienzo a los actos propios de un delito especial (*cfr. infra* capítulo 17/3). Pues bien, con base en unas u otras razones, se considera que deben calificarse como impunes.[135] Para un sector de la doctrina, tal intento constituye un supuesto de «falta de tipo», lo que es coherente con su construcción objetivista *ex post* de la tentativa.[136] En cambio, para otro sector, la singularización de estos supuestos —que conlleva distinguirlos de los casos de inidoneidad del medio o del objeto— requiere separarse de la lógica general de su concepción del delito intentado.[137] Frente

[135] *Farré Trepat* (1986), 440 ss.; *Sáinz de Robles*, LH Beristain, 1989, 625; *Sola Reche* (1996), 187 ss.

[136] *Martínez-Buján* (2017), 51 ss.

[137] *Stratenwerth*, FS Bruns, 1978, 63; *Zaczyk* (1989), 269.

a ellos, otra posición, que pretende mantenerse dentro de una lógica *ex ante*, defiende la responsabilidad por tentativa inidónea del sujeto que, sin serlo, se representa ser *intraneus*, cuando tal representación puede reputarse generalmente compartida *ex ante*.[138] En esta misma línea se propone la distinción entre la tentativa idónea de un delito especial, que requiere que el agente sea efectivamente *intraneus*, y la tentativa inidónea, para la cual bastaría la representación *ex ante* de tal condición.[139]

111 En realidad, el concepto de «tentativa de un sujeto inidóneo» designa un caso de imposibilidad de consumación —de delito imposible— por razones jurídicas, no fácticas.[140] Por lo tanto, plantea un problema análogo al que se suscita en el caso de los objetos y medios de la acción, cuando estos son inidóneos por razones jurídicas. Es decir, el problema que plantea tiene que ver con el concepto de imposibilidad jurídica, y no con hipotéticas diferencias entre los casos de inidoneidad del sujeto, del medio y del objeto. Así, desde luego, si un empleado de una administración pública, creyendo que es funcionario, se apodera de caudales públicos no comete una malversación consumada, ni tampoco intentada, sino una apropiación indebida. Ahora bien, igualmente, si un sujeto se apodera de un bien propio —o abandonado—, creyendo que es ajeno en virtud de un error sobre el Derecho civil, su conducta no debe ser punible como tentativa. Del mismo modo, tampoco debe ser castigado por tentativa de un delito ambiental el sujeto que no infringe las normas extrapenales a las que remite el tipo de delito, aunque erróneamente piense que sí las infringe. En fin, otro tanto sucede cuando el agente posee una autorización administrativa, aunque crea que no la tiene. En todos estos casos, la conducta no puede ser castigada a título de tentativa, ni siquiera en el caso de que la representación del sujeto acerca del Derecho fuera compartida de modo general en la perspectiva *ex ante*.

7.5.3.2. El problema de la imposibilidad jurídica

112 En definitiva, el intento de un autor inidóneo no es punible. Por el contrario, su conducta se debe calificar de tentativa irreal por imposibilidad jurídica. Esta idea recoge la diferencia, ya presente en la doctrina medieval, entre la tentativa por *impedimentum facti* y por *impedimentum iuris*.[141] En estos casos, en efecto, la norma de conducta penalmente reforzada existe. Lo que ocurre es que la conducta es jurídicamente inadecuada para lesionarla. En efecto, en cuanto a los elementos jurídicos no tiene sentido establecer una diferencia atendiendo a la diversidad de las perspectivas *ex ante* y *ex post*. Esta diversidad

[138] *Alcácer Guirao*, RDPC 7 (2001), 33 ss., 42.

[139] *Gómez Martín* (2006), 70 ss., 190 ss., 213 ss.

[140] *Frisch* (1983), 345 ss.

[141] En la tradición angloamericana se mantiene la distinción entre «*legal impossibility*» y «*factual impossibility*». En general, la «*impossiblity defense*» no se acepta en casos de error fáctico, pero sí en los de error jurídico.

de perspectivas se justifica por las inseguridades del conocimiento humano en cuanto a los procesos físico-causales. En definitiva, la concurrencia o no de un concepto jurídico no se rige por criterios de apariencia intersubjetiva *ex ante*, sino que se determina al margen de consideraciones temporales. La perspectiva intersubjetiva *ex ante* es la propia de un espectador que conoce el Derecho y su aplicación, de modo que el sujeto que supone que realiza elementos típicos de contenido normativo-jurídico, cuando realmente no los realiza, comete una tentativa irreal.

8. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA DE LA TENTATIVA

8.1. Los criterios legales

El art. 62 CP español dispone que «a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado». Por tanto, la atenuación en un grado es obligatoria, mientras que la atenuación en dos grados es facultativa. Sin embargo, el concepto de atenuación facultativa no coincide con el de «atenuación discrecional». Por el contrario, implica que es obligatorio atenuar en la medida que ello derive de la consideración motivada de los criterios legalmente establecidos por parte del órgano judicial. En cambio, si la consideración motivada de tales criterios lo impide, no es lícito atenuar. Por su parte, los criterios de determinación judicial de la pena en la tentativa son el «grado de ejecución» y el «contenido de peligro». Con la referencia al primero se pretende distinguir entre tentativas imperfectas y perfectas, de modo que en principio se castiguen menos aquellas que estas.[142] En cuanto al peligro inherente al intento, este se refiere, por un lado, a la distinción entre las tentativas idóneas y los diversos grados de las inidóneas —esto es, idóneas solo *ex ante*—.[143] Sin embargo, por otro lado, también tiene por objeto los diversos grados de peligrosidad intersubjetiva *ex ante* por encima del mínimo suficiente para determinar la relevancia del intento. 113

8.2. La combinación de los criterios en una matriz

La combinación de los dos parámetros que expresan baremos diferentes de medición permite construir una matriz —sobre dos ejes, de abscisas y ordenadas— y ordenar cuantitativamente las variantes de tentativa en una escala de gravedad relativa. En efecto, en un extremo se halla la tentativa irreal, tanto imperfecta como perfecta, que es impune. En el otro extremo, la tentativa perfecta idónea, que es la más grave, de modo que su pena puede ser próxima 114

[142] En efecto, este criterio debe combinarse con el otro, de modo que una tentativa perfecta inidónea podría no castigarse con pena superior que una imperfecta idónea.

[143] *Sola Reche*, LH Valle Muñiz, 2001, 773 ss.

a la de la consumación. Esta última individualización penológica es posible también en el marco de sistemas de atenuación obligatoria. En efecto, estos permiten imponer una pena que sea inferior solo en un día a la mínima del delito consumado. Entre ambos extremos se encuentran la tentativa perfecta inidónea, con su déficit de lesividad; la tentativa imperfecta «idónea» —con distintos grados de imperfección—; y la tentativa imperfecta inidónea. Desde luego, esta última es la menos grave de todas las punibles. Sin embargo, también la tentativa imperfecta idónea tiene precariedad retributiva. En efecto, como se ha ido señalando de modo reiterado, en la tentativa imperfecta todo depende de que el agente no cambie de opinión, de modo que es «subjetivo» y «condicionado».[144] Con todo, la diferencia entre la tentativa inidónea y la irreal es, en última instancia, gradual, de modo que hay que considerar la existencia de una zona límite de frontera.

IV. EL *ITER CRIMINIS* EN LOS DELITOS DE OMISIÓN Y DE IMPRUDENCIA

1. LOS DELITOS DE OMISIÓN

1.1. El comienzo de la tentativa

115 La cuestión del momento de comienzo de la tentativa en los delitos de omisión ha dado lugar a una amplia discrepancia doctrinal.[145] Así, un sector doctrinal se inclina por situarlo en el primer momento en el que la norma de mandato obliga a actuar. Otro, en cambio, lo ubica en el último momento en que es posible actuar, de modo que el comienzo tiene lugar en el momento inmediatamente previo al perfeccionamiento de la tentativa.[146] En fin, un tercer sector se inclina por el momento en el que se produce la situación de riesgo descontrolado o la pérdida de dominio.[147] Pues bien, en el *iter criminis* de los delitos de omisión existe asimismo un momento temporal crucial. Este es aquel en el que se pierde el control del riesgo —la posibilidad de aseguramiento—, de modo que, en su caso, ya solo será posible realizar conductas de salvamento. Sin embargo, como se ha indicado, también existen delitos de omisión en los que, de entrada, la conducta debida consiste precisamente en el salvamento. Esto sucede en algunos delitos de comisión por omisión y, desde luego, en el delito de omisión de socorro. Por lo tanto, no es posible construir una teoría plenamente unitaria de la tentativa en todos los delitos de omisión.

116 En todos los casos, el intento tiene que empezar necesariamente en el primer momento en que al sujeto se le dirige el mandato de actuar, siempre y cuando —obviamente— su incumplimiento muestre un inequívoco conteni-

---

[144] *Struensee* (2005), 104 ss.

[145] *Alcácer Guirao*, CPC 73 (2001), 5 ss.

[146] *Kaufmann* (1959), 210 ss.; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 221.

[147] *Köhler*, AT, 1997, 482 ss.; *Alcácer Guirao*, LL 5 (2002), 6.

do significativo de omitir. Ahora bien, dada la mayor pobreza significativa de las abstenciones, es preciso que el propósito de consumación se manifieste externamente con gran intensidad y le otorgue a la conducta el pertinente sentido omisivo. Por lo demás, también aquí es preciso tener presente que el propósito de consumación no se identifica con el dolo, sino que constituye un elemento significativo integrante del tipo —objetivo— de la tentativa. A su vez, el dolo requiere la representación del significado intersubjetivo de la conducta en los términos ya indicados. Así pues, existe tentativa por omisión ya antes de que exista una situación de riesgo en sentido estricto, siempre que esta pueda sobrevenir de modo inminente. Por ejemplo, cuando el garante omite intervenir ante una tentativa imperfecta activa de un tercero. En efecto, aunque el garante todavía pueda intervenir más tarde —de modo que aún no se da un peligro descontrolado— esta ya es una tentativa por omisión. Una cuestión distinta es que esta tentativa imperfecta de un delito de omisión —una omisión cuando todavía hay tiempo para cumplir el deber— parezca incluso menos merecedora de pena que la tentativa imperfecta en los supuestos de comisión activa.

Iniciada así la tentativa, su perfección tiene lugar tan pronto como transcu- 117
rre el último momento en el que es posible cumplir el deber de aseguramiento del riesgo. Más allá, aunque se pueda cumplir un deber de salvamento, la tentativa ya se ha perfeccionado mediante la infracción de la norma de conducta de mandato de aseguramiento del riesgo; ello, obviamente, salvo en los casos en los que el contenido del mandato es precisamente el salvamento. De todos modos, en los casos de concurrencia con un delito comisivo, la calificación de estas conductas de omisión requiere de modo adicional la determinación de si esta constituye una autoría paralela, una coautoría —en conjunto con la conducta de comisión activa— o una participación en esta última.

1.2. El problema de la *omissio libera in causa*

En los casos en los que ni siquiera se ha generado una situación cuya con- 118
currencia obligue a actuar, es posible que la actuación del sujeto obligado responda a la estructura de la *omissio libera in causa* —*in agendo* e *in omittendo*—. En efecto, estos son casos en los que el sujeto (i) anula previamente su capacidad de acción o de motivación para el momento en que se producirá la situación de peligro; o (ii) no impide que sobrevenga tal posterior incapacidad de acción o de motivación. Pues bien, a propósito de ellos, un sector doctrinal sostiene que, en el momento en que el sujeto anula su capacidad de realización de la acción indicada, vulnera ya el mandato principal de acción. En cambio, otro sostiene que lo vulnerado es una norma prohibitiva derivada del mandato —en la modalidad *in agendo*— o bien un mandato asimismo derivado del mandato principal —en la modalidad *in omittendo*—. La primera posición tiene que sostener que ya entonces empieza la tentativa, aunque todavía no se haya dado situación de peligro alguna ni esta sea inminente. Sin embargo,

esta conclusión es insatisfactoria. En efecto, el guardabarrera que no procede a bajarlas en la situación típica —inminencia del tren— comete una tentativa (inidónea o irreal), aunque el tren se haya averiado unos kilómetros antes y no llegue a pasar por el puesto. En cambio, si el guardabarrera está dormido o ebrio por haberse embriagado horas antes, sostener la solución de la tentativa parece problemático. Por lo tanto, en estos casos no es posible afirmar que se ha iniciado el intento en el momento en que el sujeto se embriaga.

119 Como ya se ha indicado, los casos de *omissio libera in causa* describen conductas de autoayuda imprudente o dolosa, mediante intervención activa u omisiva en la fase previa del delito de omisión. Como tales, la infracción de la norma derivada de conducta tiene lugar en este primer momento. Ciertamente, la sanción de tal conducta de autoayuda —como la de cualquier conducta de participación— requiere que se produzca el inicio de la ejecución, constatándose en esta última que al sujeto le falta la capacidad de evitación del resultado. Ahora bien, incluso esto puede ser problemático. Al respecto, es preciso distinguir dos casos de «*omissio*» *libera in causa*, diferenciando entre las conductas previas que eliminan la capacidad de acción y las que eliminan la capacidad de motivación. En ambos casos se trata de actos preparatorios y, en particular, de actos preparatorios de auto-favorecimiento de la posterior (autoría) por omisión. Ahora bien, en la *omissio libera in causa* en sentido estricto se da solo una incapacidad de motivación en el momento de la omisión típica, lo que permite calificar la conducta como una «omisión no libre» —*omissio non libera in se, sed libera in causa sua*—. En cambio, si en el momento de producción del peligro al sujeto le falta incluso la capacidad de evitación *ex ante*—la capacidad de realizar la acción debida—, entonces ya no hay siquiera una omisión. Así pues, en los casos del guardabarrera que, debido a la previa ingesta de alcohol, no baja las barreras en el momento en que un tren va a atravesar la carretera, es preciso distinguir dos variantes. En aquella en la que su embriaguez es letárgica o en todo caso le deja sin capacidad física de bajar las barreras, no existe una *omissio libera in causa* en sentido estricto. En cambio, en la variante en la que su embriaguez le conduce a no bajar las barreras por estar ebrio y, por tanto, desinhibido en cuanto a la norma que obliga a ello, sí cabe hablar de *omissio libera in causa.* El problema de los casos en que llega a faltar la capacidad de acción es que tampoco hay un hecho principal típico en el que participar. La estructura es similar a la de los casos en los que se produce la posterior concurrencia de una causa de ausencia de acción y procede intentar resolverlo del mismo modo, construyendo una autoría directa (*cfr. supra* capítulo 9/53 ss.).

1.3. Los casos de omisión de aseguramiento y de omisión de salvamento

120 Como se ha anticipado, en los casos de comisión por omisión, el *iter criminis* muestra una configuración distinta en función de cuál haya sido el contenido del deber que asume el sujeto como garante. Por lo común, este es un deber

de aseguramiento de riesgos. Sin embargo, también cabe que el sujeto haya asumido el salvamento precisamente con respecto a riesgos descontrolados —por ejemplo, en los casos del socorrista, del médico de urgencias o del bombero—. Además, esto último es lo común en los casos de deberes generales de socorro, que requieren una situación de peligro manifiesto y grave. Pues bien, si el deber asumido por el sujeto garante es de aseguramiento, la tentativa es imperfecta en tanto siga siendo posible la neutralización del riesgo. Ello requiere que exista una posibilidad segura de revocación, es decir, de evitación del resultado.

121 Así, la tentativa comienza cuando el sujeto manifiesta con sus actos exteriores —por ejemplo, mediante su alejamiento físico— el propósito de no neutralizar el riesgo, siendo así que este es neutralizable. Por ejemplo, el garante que no impide una tentativa imperfecta activa, cuando ciertamente la podrá impedir más tarde, comete una tentativa imperfecta por omisión. En estos delitos de omisión no se da la distinción entre tentativa imperfecta inacabada o acabada, de modo que la tentativa es perfecta cuando ya no hay posibilidad segura de evitación. Es decir, cuando el sujeto ha perdido el control del riesgo, de modo que ya no puede cumplir el deber de aseguramiento, sino solo el de salvamento. Ciertamente, el sujeto podrá llevar a cabo conductas de salvamento y, en su caso, incluso llegar a evitar el resultado. Si no las lleva a cabo, responde por el resultado, en virtud de la omisión de aseguramiento y la de salvamento. Esta segunda, sin embargo, es un título subsidiario de responsabilidad, de modo que solo entra en juego cuando la primera —el omitir precedente (art. 11 CP español)— no es punible. Por ejemplo, por razones de concurrencia de inimputabilidad en ese primer momento. En cambio, si el agente lleva a cabo la conducta salvadora, su conducta, de conformidad con el art. 16.2 CP español, es impune. Por lo demás, en cuanto a los casos en que el omitente se encuentra con un curso principal delictivo, es aplicable el art. 16.3 CP español. En cambio, si el deber asumido por el garante es un deber de salvamento y, por tanto, aquel es interpelado por un mandato con tal contenido, ya no cabe distinguir entre tentativa imperfecta y perfecta. En efecto, dado que el riesgo está descontrolado desde el primer momento, la no realización de una conducta de evitación en el primer momento posible ya es una tentativa perfecta. Expresado de otro modo, el comienzo y la perfección de la tentativa no se suceden, sino que coinciden en el tiempo. Esto es lo que sucede de modo general en los delitos «de mera actividad omisiva», como la omisión de socorro.

122 Al igual que en la comisión activa, los casos de inidoneidad *ex post* del objeto suelen dar lugar a que la jurisprudencia rechace la sanción de la correspondiente tentativa inidónea en los delitos de omisión. Un ejemplo especialmente plástico es el de la omisión de socorro a víctima de accidente (art. 195.3 CP español). En efecto, aunque *ex ante* todo permita sostener que el sujeto atropellado todavía estaba vivo y, por tanto, es posible y obligado socorrerlo, si *ex post* se establece pericialmente que falleció en el acto, la jurisprudencia

tiende a absolver no solo de un delito de omisión de socorro consumado, sino también de la tentativa de este delito.[148]

2. LA «TENTATIVA» EN LOS DELITOS IMPRUDENTES

123 El concepto de «tentativa» no está fuera de lugar en el ámbito de los delitos imprudentes,[149] aunque un sector de la doctrina afirme que existe aquí un elemento de contradicción.[150] En efecto, el caso paradigmático de tentativa imprudente es (i) aquel en el que el sujeto, con la intención de alcanzar un resultado concreto, da comienzo a la realización de la conducta para producirlo, desconociendo por un error vencible que precisamente aquel resultado es penalmente típico.[151] En cambio, no son exactamente de tentativa imprudente, sino más bien de «imprudencia cortada» (ii) aquellos en los que el sujeto realiza su conducta persiguiendo un resultado lícito, desconociendo, por un error vencible, que tal conducta puede tener como efecto colateral un resultado penalmente típico. Al final, sucede que tal resultado colateral no se produce. Un caso todavía distinto es (iii) el de quien, mediante una imprudencia, favorece la ejecución de un hecho principal que finalmente queda en tentativa o cuyo resultado, en todo caso, no puede ser imputado al mencionado interviniente imprudente.[152] Ahora bien, estas formas de conducta no son punibles, por lo que, en todo caso, lo que procede discutir es si *de lege ferenda* tendrían que ser objeto de alguna regla especial.

V. EL INTENTO DEL AUTOR EN EL CONTEXTO DEL DELITO PROVOCADO

1. LA FIGURA CONTROVERTIDA

124 La figura jurídica del «delito provocado»,[153] que es la consecuencia de la intervención de un «agente provocador»,[154] tiene incidencia en varias instituciones de la teoría del delito. Así, en la tentativa, en la participación a título de inducción o cooperación, en las causas de justificación y en la exclusión de la punibilidad. Más allá de esto, existen diversas instituciones procesales penales a las que este fenómeno puede dar lugar, como, por ejemplo, los óbices —o bloqueos— y las prohibiciones probatorias. Pues bien, un «agente provocador»

---

[148] SSTS 284/2021, de 30 de marzo; 167/2022, de 24 de febrero.

[149] *Sánchez Lázaro*, EPC XXVI (2006), 313-314; *Montiel*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 755 ss.

[150] *Sola Reche* (1996), 135.

[151] Próximo, *Martínez-Buján*, LH Górriz Royo, 2020, 553-554.

[152] *Sánchez Lázaro*, EPC XXVI (2006), 313; *el mismo*, EPC XXX (2010), 447 ss.

[153] *Ruiz Antón*, ADPCP 1982, 119 ss.; *Castellví Monserrat* (2017).

[154] En el original francés, «*agent provocateur*». *Ruiz Antón* (1982); *Muñoz Sánchez* (1995); *Castellví Monserrat* (2020).

en sentido amplio puede ser cualquier persona que favorece el inicio de la ejecución de un delito en el marco de un plan orientado a la detención del autor. Sin embargo, la doctrina se ha centrado sobre todo en una variante de estos casos. A saber, la caracterizada por la interrelación de un agente de policía —funcionario público— y quien da inicio al delito.

125 En este contexto, la jurisprudencia ha partido de que la provocación delictiva requiere que los agentes de policía inciten a alguien a cometer un delito que «sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso».[155] Ahora bien, en realidad la actuación de un agente provocador no se limita a la realización de actos de inducción, sino que puede consistir en conductas de cooperación e incluso de coautoría. Sentado esto, se plantean dos preguntas fundamentales. Por un lado, si la pretensión de detención del delincuente permite sostener una exención de pena para el agente provocador, que favorece la realización de una tentativa o incluso puede dar lugar la consumación del delito, por ejemplo, en delitos de peligro abstracto. Por otro lado, si la intervención de funcionarios del Estado permite sostener una exención de pena para el delincuente provocado, pese a que este ha intentado o consumado el delito. Esta segunda cuestión se tratará en el marco de la teoría de la punibilidad. En cambio, la primera es objeto de examen a continuación y, luego, en el marco de las doctrinas de la intervención y de las causas de justificación.

126 Se halla bastante asentada la doctrina que sostiene que quien se limita a poner de manifiesto una actividad delictiva latente no realiza la conducta propia de un agente provocador. En realidad, esto último es lo común en el caso de los agentes infiltrados o encubiertos.[156] A este respecto, la jurisprudencia española afirma que en los delitos «de tracto sucesivo» se provoca la ocasión, pero no la comisión del delito. Así, el ejemplo paradigmático viene dado por las actividades de organizaciones delictivas, en las que se registra una constante reiteración de la misma clase de conducta; por ejemplo, el tráfico de drogas. Por tanto, en todos aquellos casos en los que se advierte la existencia de una actividad preparatoria delictiva previa a la intervención de la policía, se tiende a rechazar la existencia de una provocación relevante. La razón de ello se sitúa en que el delincuente es un *omnimodo facturus* (*cfr. infra* capítulo 16/149). Sin embargo, esta solución es problemática. En primer lugar, la existencia de una actividad preparatoria es compatible con una decisión genérica y condicionada de delinquir. Con todo, esta última no puede identificarse necesariamente con la decisión de cometer un delito concreto en un contexto determinado. En segundo lugar, aun cuando exista la decisión concreta de delinquir, ello no obsta a que se produzca una intervención punible de un tercero, a título de cooperación material o motivacional.

---

[155] SSTS 204/2013, de 14 de marzo; 277/2016, de 6 de abril.

[156] *Yacobucci*, LH Mir Puig, 2017, 895: es un «agente revelador».

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL INTENTO DEL SUJETO PROVOCADO

127 Una vez en el marco de la provocación del delito en sentido estricto, ciertamente cabe que no haya riesgo alguno para el bien jurídico, en la medida en que (se supone que) la policía ha adoptado todas las precauciones *ex ante* para excluir la posibilidad de la consumación.[157] Ahora bien, en términos de teoría de la tentativa esto plantea el siguiente dilema. En efecto, si *ex ante* ya no existe riesgo para el bien jurídico, dado el contexto generado por la policía, entonces la conducta del sujeto provocado no constituye una tentativa punible, sino únicamente un intento irreal. De hecho, la jurisprudencia parece sostener algo no lejano de esto cuando afirma que la provocación excluye el «dolo» o la culpabilidad del sujeto provocado. Por tanto, en tales configuraciones fácticas no es posible construir la responsabilidad del agente provocador, pero tampoco la del autor provocado.

128 Sin embargo, parece razonable sostener que no siempre podrá afirmarse que los agentes de policía han conseguido adoptar todas las medidas necesarias *ex ante* para garantizar la imposibilidad de consumación. En tales casos, si se inicia el intento y luego tiene lugar la detención, cabe afirmar la concurrencia de una tentativa *ex ante* peligrosa, aunque *ex post* se aprecie que aquella carecía de objeto, o que los medios empleados por el agente eran inidóneos. Como se ha indicado antes, existe debate sobre el merecimiento y necesidad de pena de tales conductas. Ahora bien, si se acoge la tesis de su punibilidad, entonces hay que concluir que el agente provocador es partícipe en aquella tentativa. Por lo tanto, en estas situaciones, la exención de responsabilidad del agente provocador va unida a la posible apreciación de una causa de justificación o de una exclusión de la punibilidad que no es fácil construir. Lo mismo vale, *a fortiori*, si la detención fracasa y se produce la consumación.

129 En este punto, la posición que asume que las tentativas *ex ante* peligrosas pueden ser sancionadas, aunque *ex post* se revele su ausencia de peligrosidad, puede argumentar como sigue. En primer lugar, que la disposición paralela —por parte del agente provocador— de las medidas para la neutralización de la ejecución iniciada por el sujeto provocado constituye un intento serio, firme y decidido de evitar la consumación. Por lo tanto, que concurren los elementos suficientes para apreciar un desistimiento relevante, ceñido a la conducta del agente policial, que se halla previsto en el art. 16.3 CP español. Ciertamente, de este modo se refleja bien la concurrencia simultánea de un favorecimiento de la ejecución de delito y el simultáneo intento serio de evitar la consumación, que parece ser lo propio de la conducta del agente provocador. Ahora bien, en segundo lugar, que tal desistimiento solo excluye la punibilidad —no el injusto— de la conducta del agente provocador. Por lo tanto, el sujeto provocado comete una tentativa inidónea de delito, por la

[157] STS 589/2015, de 20 de septiembre.

que puede ser castigado. Ello, naturalmente, siempre que no se entienda que el Estado, mediante la provocación, ha perdido la legitimidad para proceder a castigo (*cfr. infra* capítulo 27/110).

VI. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

1. GENERALIDADES

130 La figura del desistimiento voluntario de la tentativa ha generado constantes desencuentros doctrinales.[158] En realidad, de modo general se discute incluso que deba tener un efecto eximente de responsabilidad.[159] Ciertamente, en las legislaciones de nuestro entorno, algunos casos de desistimiento sí gozan de este efecto de exención. Ahora bien, entre quienes aceptan tal efecto no existe consenso ni sobre el fundamento de la exención, ni sobre la ubicación sistemática de tal figura dogmática.[160] Como consecuencia de tal desacuerdo, la doctrina —y las legislaciones— divergen acerca de cuándo debe entenderse que se ha producido un desistimiento relevante y sobre cuándo este debe reputarse voluntario. Desde luego, en el Código penal vigente en España la regulación del desistimiento lo muestra como un elemento negativo de la definición legal de la tentativa. Sin embargo, esto todavía no dice nada acerca de su posición en el sistema de la teoría del delito.

131 A primera vista, el texto legal español contiene dos regímenes diversos sobre la relevancia del desistimiento. Así, el criterio aplicable a los casos de interviniente único —el tradicional en la historia legislativa— requiere la no producción del resultado por causas dependientes de la voluntad del agente. Es decir, exige que el desistimiento resulte eficaz (art. 16.2 CP español). En cambio, en los casos de pluralidad de intervinientes la exención de pena para uno de ellos no se hace depender de que este haya evitado el resultado. Por el contrario, es suficiente un intento «serio, firme y decidido» de impedir su producción (art. 16.3 CP español).[161] Por lo demás, el desistimiento de los actos preparatorios carece de regulación legal en España. Así pues, su apreciación exige recurrir a la aplicación por analogía *in bonam partem* de la regulación legal relativa al desistimiento de la tentativa. Partiendo de esta, la jurisprudencia ha admitido el efecto eximente de un desistimiento de la conspiración, con base en el argumento *a maiore ad minus* (*cfr. supra* capítulo 6/116). A su vez, ese mismo argumento da pie a apreciar la posibilidad de un desistimiento eximente de responsabilidad en los casos en los que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios o ejecutivos como delito en la Parte Especial.

---

[158] *Haas*, ZStW 123 (2011), 228 ss.

[159] *Yaffe* (2011), 291 ss., lo entiende como un factor atenuante; parcialmente crítico, *Brink* (2017), 202 ss. Distinguiendo, *Lippke*, Ohio St. J. C. L. 12 (2015), 613 ss.

[160] *Bustos Rubio*, RECPC 19 (2017), 1 ss.

[161] *Gili Pascual* (2009), 41 ss., 249 ss.

132 En términos temporales, cabe distinguir diversas clases de desistimiento Así, el desistimiento que se produce en el marco de la tentativa imperfecta es «intra-ejecutivo». Este, a su vez, adoptará normalmente la forma pasiva, s la tentativa es inacabada, mientras que, si la tentativa es acabada, pero toda vía no perfecta, lo normal es que sea activo; sin embargo, esta asociación admite excepciones.[162] Por su parte, el desistimiento de la tentativa perfecta ya es «post-ejecutivo». En consecuencia, normalmente será activo. Además la estructura del desistimiento puede considerarse también en el momento «intra-consumativo» e incluso en el «post-consumativo».[163]

2. EL FUNDAMENTO Y LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA

2.1. La discusión entre las doctrinas «político-criminales» y las «jurídicas»

133 Existen dos grandes bloques de posiciones doctrinales sobre el fundamento de la institución del desistimiento. Así, durante el siglo XIX predominaron las denominadas doctrinas «político-criminales». En efecto, estas consideraban que la impunidad de los intentos desistidos responde a consideraciones legislativas de eficiencia o bien de gracia —de indulgencia—.[164] Su fundamentación utilitaria se expresaba de modo especialmente gráfico a través de la doctrina alemana del «puente de oro»,[165] correspondiente a lo que es común afirmar en español: «a enemigo que huye, puente de plata». En definitiva, su criterio rector era que el fundamento de la institución radica en la pretensión de motivar al autor a que desista, ofreciéndole para ello un incentivo —la posible obtención de un premio—. Ciertamente, esto significa que la renuncia a castigar en los casos de desistimiento se reconducía a una cuestión de oportunidad. En este marco, una cuestión concreta objeto de debate es la de si resulta oportuno conceder el beneficio también a quien, habiendo respondido positivamente a la motivación incentivadora, fracasa en la evitación del resultado. Como luego se verá, en realidad ello depende del alcance del incentivo que pretenda ofrecer el legislador. Desde luego, nada se opone a que un desistimiento concebido así se extienda a los casos de delitos formalmente consumados Esto último lo ponen de relieve las «excusas absolutorias» existentes en la legislación española que eximen de pena por delitos ya consumados, siempre que el sujeto impida males mayores.

134 Sin embargo, a lo largo del siglo XX proliferaron las doctrinas denominadas «jurídicas». Por su parte, estas asociaban la impunidad del intento desistido a la ausencia, en caso de desistimiento, de alguno de los elementos del hecho

---

[162] *Gili Pascual*, InDret 3/2021, 38 ss.

[163] *Pastor Muñoz* (2018), 132 ss.

[164] *Roxin*, AT, II, 2003, 30/4 ss.

[165] En alemán, «*goldene Brücke*», doctrina defendida entre otros por Feuerbach y von Liszt. En la actualidad, desde la perspectiva del análisis económico de la figura, *Mungan*, Alabama L. R. 67 (2015), 1 ss.

punible de tentativa. En este segundo marco, la discusión tuvo lugar entre, al menos, cuatro puntos de vista, de un modo que en realidad reflejaba todas las posibilidades sistemáticas. Así, por un lado, un sector doctrinal sostenía que el desistimiento constituye un elemento negativo del tipo de injusto de la tentativa. A su vez, esta conclusión podía ser alcanzada por dos vías, respectivamente objetiva y subjetiva: a saber, porque revierte el peligro creado en la tentativa, o bien porque elimina el dolo del autor. En cambio, otra posición consideraba que el desistimiento es una causa de exclusión de la antijuridicidad, siempre y cuando conduzca a evitar la producción del resultado.[166] Por su parte, un tercer grupo de autores consideraba que el desistimiento constituye un elemento negativo del juicio de culpabilidad. En este ámbito, de nuevo, cabe distinguir entre quienes lo ubicaban entre las causas de exculpación —o de disculpa— y quienes sostenían que excluye la necesidad preventiva de pena.[167] Finalmente, una última posición lo entendía como una causa de exclusión de la punibilidad de la tentativa.[168]

2.2. Un balance

Esta discusión sistemática ha adolecido siempre de múltiples oscuridades.[169] 135
Ahora bien, estas se deben a la falta de claridad y de homogeneidad en el uso de los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad por parte de la doctrina. Así, sucede que posiciones nominalmente divergentes resultan ser materialmente convergentes. Por ejemplo, cuando se alude a que el desistimiento elimina la tipicidad no está claro si la afirmación se refiere al tipo de injusto o al tipo legal penal —o punible—. Algo parecido sucede cuando se afirma que excluye la antijuridicidad.[170] Aquí la cuestión es si esta comprende el desvalor de la conducta, el desvalor del resultado, o ambos. En fin, el contenido de la posición relativa a la exclusión de la «culpabilidad» es muy representativo de esta oscuridad. En efecto, en el planteamiento inicial de Roxin, la culpabilidad se redefinía sencillamente como expresión de la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena. Expresado de otro modo, era una categoría «político-criminal». Esto llevó a un sector doctrinal a sostener que en caso de desistimiento desaparece la «culpabilidad»,[171] pese a que es obvio que el sujeto ha cometido ya un injusto culpable. Posteriormente, Roxin cambió de opinión, pasando a definir la culpabilidad en términos no preventivos. Entonces construyó la categoría compleja de la «responsabilidad», comprensiva de la

---

[166] *Binding*, Die Normen, I, 1877, 251.

[167] *Ulsenheimer* (1976); *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 26/2 ss.; *el mismo* (1997), 325 ss.; *Roxin*, AT, II, 2003, 30/29.

[168] Así ya *M. E. Mayer*, PG, 1915, 456-457; ahora *Mañalich*, RCP 48 (2023), 13 ss.

[169] *Muñoz Conde* (1972), 43 ss.; *Martínez Escamilla* (1994), 45 ss.; *Alcácer Guirao* (2002); *Pozuelo Pérez* (2003), 217 ss.; *Pérez Ferrer* (2008), 111 ss., 142 ss.; *David* (2009), 97 ss.; *A. Schumann*, ZStW 130 (2018), 1 ss.

[170] *Köhler*, AT, 1997, 469.

[171] *Roxin* (1972); *Muñoz Conde* (1972).

culpabilidad, por un lado, y de la necesidad preventiva de pena, por el otro. Consiguientemente, ubicó el desistimiento en esta última subcategoría, de modo relativamente próximo a las antiguas doctrinas político-criminales (*cfr. infra* capítulo 23/59). Sin embargo, de este modo tal planteamiento es similar al de muchos de quienes afirman que el desistimiento excluye la tipicidad (punible). En efecto, estos se refieren con ello a que excluye la «punibilidad», concretándolo en el sentido de que está ausente la necesidad de pena.

136 Desde el punto de vista teleológico, la cuestión fundamental es determinar si quien desiste acaso ya no merece —deontológicamente, conmutativamente— la pena o bien, aunque sí la merezca, se considera que no es equitativo, necesario u oportuno que aquella se le imponga. En efecto, lo uno y lo otro son cosas distintas. Así, son pocos los autores que sostienen que el desistimiento elimina el merecimiento conmutativo de pena del agente por excluir el injusto de la conducta de tentativa. En cambio, sí existe una amplia convergencia en cuanto a que la imposición de pena no es equitativa, necesaria u oportuna, aunque se diverja en los detalles de esta última conclusión.[172] El problema sistemático es que este género de consideraciones un sector doctrinal las ubica en la tipicidad —entendida como tipicidad «penal»—,[173] otro sector, en cambio, las sitúa en la denominada «responsabilidad» y otro, en fin, en la punibilidad.[174] Como luego se verá, esto último es lo más satisfactorio.

2.3. La incidencia de la teoría de las normas

2.3.1. Planteamiento

137 Para abordar la cuestión de la ubicación sistemática del desistimiento es preciso tomar como punto de partida la distinción entre la norma de conducta y la norma de sanción.[175] En el ámbito de esta última se determina si concurren los elementos adicionales al injusto culpable, precisos para la imposición de una pena. Pues bien, el desistimiento se ubica en este segundo ámbito, como una razón para la exclusión de la punibilidad de la tentativa. Sin embargo, sus perfiles son distintos en la tentativa imperfecta y en la perfecta. Por lo demás, esta concepción de la dogmática del desistimiento no se ve afectada por la circunstancia, específica de la legislación española y de otras similares, de que el desistimiento aparezca como un elemento de la definición legal de la tentativa. En efecto, el art. 16 CP español no contiene una definición dogmática del injusto de la conducta de tentativa, sino únicamente la definición legal de la tentativa punible. Por lo tanto, no se opone a sostener que el desistimiento excluye la punibilidad de la tentativa, dejando en pie el injusto típico de la con-

---

[172] *Burkhardt* (1975); *Roxin*, AT, II, 2003, 30/29; *Mañalich*, InDret 3/2020, 11; *Gili Pascual*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 605 ss.

[173] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 13/93 ss.

[174] Como «excusa absolutoria», *Sancinetti* (2004), 134; *Mañalich*, InDret 3/2020, 279 ss.

[175] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 677; *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2017, 848; *Montero*, ADPCP 2021, 735 ss.

ducta. En realidad, si el injusto culpable se entiende como relativo a la conducta de intentar, no cabe sostener que el desistimiento lo hace desaparecer.[176] Así pues, para negar la antijuridicidad de la tentativa desistida es necesario integrar en tal juicio de antijuridicidad algún elemento resultativo —*ex post*—, aunque este se refiera al propio hecho de tentativa.[177] Algo similar ocurre si lo que se pretende excluir es la tipicidad «penal» o la relevancia típica de la conducta.[178]

Desde la perspectiva de la teoría de las normas como directivas de conducta, **138**
el desistimiento no es un acto debido, sino una conducta supererogatoria,[179] que va más allá de los deberes de acción de quien ha llevado a cabo una tentativa. En efecto, una vez iniciada la ejecución, la conducta de desistimiento no puede cumplir la norma de conducta propia de los casos de tentativa imperfecta —«¡no inicies la ejecución!»—, puesto que el agente ya la ha infringido.[180] En cambio, es verdad que quien desiste de un intento todavía imperfecto cumple a la vez el deber derivado de la norma de conducta propia de los casos de tentativa perfecta —«¡no perfecciones el intento!»—. Sin embargo, el cumplimiento de ese deber solo impide que el sujeto incurra en el injusto de la conducta propio de la mencionada tentativa perfecta, que es idéntico al de la consumación. Por lo tanto, la cuestión es cómo explicar que quien desiste de la tentativa imperfecta no solo evite la pena de la consumación, sino que, además, evite también la punibilidad del injusto de la conducta de tentativa imperfecta, que ya ha sido cometido por él.

2.3.2. En el caso de la tentativa imperfecta

A estos efectos es preciso subrayar que el desistimiento de la tentativa imper- **139**
fecta no afecta al injusto de la conducta, aunque sí modifica el hecho correspondiente. Para sostener esto último es preciso afirmar que el concepto de hecho se extiende al significado comunicativo —la tipicidad *ex post*— de una tentativa cuyo injusto de la conducta ya se ha realizado. Así, la comunicación derivada del injusto de la tentativa imperfecta sigue todavía abierta, de modo que su significado lesivo todavía puede ser revocado, bajo determinadas condiciones. Tal significado lesivo es el «resultado» de la tentativa, en tanto que elemento de su tipicidad penal *ex post* o, en fin, de su punibilidad. En definitiva, si se acoge esta perspectiva, puede concluirse que el desistimiento elimina la tipicidad *ex post* de la tentativa imperfecta, es decir, su punibilidad; pero, en todo caso, no su injusto de la conducta.

En virtud de la modificación del significado lesivo de su hecho, el sujeto **140**
tiene «derecho a que no se le sancione» por razones de equidad —en atención

---

[176] Próxima, *Martínez Escamilla* (1994), 47.

[177] Así, *Jakobs* (1997), 325 ss.; *Dold*, (2017), 109. Similar *Köhler*, AT, 1997, 469.

[178] *Pozuelo Pérez* (2003), 243 ss.: se ha cumplido la norma y falta el merecimiento de pena.

[179] *Mañalich*, PolítCrim 15 (2020), 780 ss.

[180] Aparentemente en contra, *Pozuelo Pérez* (2003), 244.

a su esfuerzo revocatorio—.[181] En efecto, aunque su conducta antijurídica mereciera en abstracto la pena, el posterior desistimiento determina que tal castigo resulte excesivo.[182] Ahora bien, para evitar que el injusto de la tentativa imperfecta sea punible, el desistimiento realizado debe aparecer no como cualquier cumplimiento de la norma de conducta propia de la tentativa perfecta, sino como un cumplimiento cualificado por su contenido y por su voluntariedad. Así pues, desde el punto de vista de la conducta, el desistimiento ha de constituir una prestación *ex ante* óptima, es decir, aparecer como la conducta más idónea posible —desde una perspectiva intersubjetiva— para la evitación del resultado.[183] Con todo, el problema específico de la cualificación de la prestación solo se plantea en los casos de tentativa imperfecta acabada, en los que normalmente es preciso llevar a cabo una conducta activa. En efecto, si la tentativa imperfecta es inacabada, en principio la mera abstención de proseguir con el plan constituye *ex ante* una conducta óptima de desistimiento.

141 A propósito de los mencionados casos de tentativa imperfecta, pero acabada, hay que tener presente que la norma prohibitiva del intento activo se complementa con un deber de garante por injerencia —es decir, con una norma de mandato derivada de la prohibición—.[184] El cumplimiento de este último deber puede tener lugar tanto mediante una conducta de aseguramiento, todavía posible, como mediante una de salvamento (*cfr. supra* capítulo 11/70). Ciertamente, ambas evitan el resultado y, consiguientemente, también la punibilidad de la conducta como delito consumado. Ahora bien, solo la conducta de aseguramiento, que impide que la tentativa imperfecta se perfeccione, puede considerarse relevante a los efectos del desistimiento. Así pues, el aseguramiento del riesgo —con todos los demás requisitos del desistimiento— no solo evita la pena del delito consumado, sino también la de la tentativa imperfecta. En cambio, la conducta eficaz de mero salvamento evita obviamente la pena del delito consumado. Sin embargo, de entrada, no impide imponer la pena de la tentativa. En efecto, el intento, en virtud de la omisión de aseguramiento, se ha convertido en una tentativa perfecta, que en principio puede ser castigada. Con todo, a lo anterior es preciso añadir el régimen del desistimiento de la tentativa perfecta.

2.3.3. En la tentativa perfecta

142 El desistimiento de un intento perfecto, por su parte, no puede aportar un significado de revocación con respecto a la infracción de la norma de conducta propia de la consumación.[185] Como se ha indicado, esta última norma y la propia del intento perfecto coinciden. De nuevo —al igual que sucede con la tentativa imperfecta acabada—, la tentativa perfecta genera una posición

---

[181] *Martínez Escamilla* (1994), 64 ss.: por razones de igualdad y equidad.

[182] *Muñoz Conde* (1972), 13 ss., 43 ss.: por falta de necesidad de pena.

[183] *Alcácer Guirao* (2002), 81 ss.; *David* (2009), 163; *Montero*, ADPCP 2021, 735 ss.

[184] *Alcácer Guirao* (2002), 64, 66.

[185] Próximo, *Sancinetti* (1997), 48 ss.; *Montero*, ADPCP 2021, 735 ss.

de garante por injerencia. Así pues, quien incumple el deber que surge de ella infringe una norma de conducta derivada —un mandato de evitación—. Ciertamente, lo ordinario es que esta infracción no sea castigada, en aplicación de las reglas del concurso de leyes o, mejor, del concurso real impropio. Ahora bien, si la vulneración de la prohibición previa no fue culpable —por ejemplo, por trastorno mental—, o en ella concurrió alguna atenuante, cabe que, en dicho concurso de leyes, acabe prevaleciendo la infracción plenamente culpable de la norma de mandato derivada.

El mero cumplimiento del deber de garante de salvamento derivado de la **143**
tentativa perfecta activa —como injerencia dolosa, primero activa y, luego, omisiva— en principio no conlleva la realización de una conducta de desistimiento con relevancia eximente.[186] De entrada, desde luego, cabe que el mandato derivado ni siquiera pueda cumplirse ya —y, en consecuencia, tampoco pueda ser infringido—; sin embargo, obviamente esta situación no equivale a desistir. Ahora bien, lo que aquí interesa es que la conducta de desistimiento eximente requiere, por un lado, menos que la evitación del resultado; en cambio, por otro lado, requiere más.[187] Como se ha indicado, esto es la prestación óptima, que no cabe cuando solo es posible llevar a cabo una conducta de salvamento. Con todo, la literalidad de la legislación española sí abarca el supuesto de mera evitación del resultado —de desistimiento eficaz— sin que previamente se llevara a cabo la prestación óptima de aseguramiento, sino solo una de salvamento.[188] En cambio, la regulación legal de los casos de pluralidad de intervinientes establece que la eficacia no es necesaria. Entonces, debe determinarse por qué.

2.4. La figura legal del «desistimiento voluntario» comprende dos instituciones dogmáticas distintas

En realidad, la denominación «desistimiento voluntario» —e igualmente **144**
la compleja regulación legal de este—, no se refiere a una única institución dogmática, sino a dos claramente distintas entre sí. Precisamente el desconocimiento de esta ausencia de unidad dogmática ha sido fuente de buena parte de los desencuentros doctrinales sobre su fundamento. Ciertamente, las dos figuras dogmáticas de desistimiento tienen en común que el sujeto ha iniciado los actos ejecutivos, que abandona el proceso de producción del resultado y que, como consecuencia de ello, el legislador considera que su intento no debe castigarse. Sin embargo, divergen en aspectos esenciales.

En concreto, la regulación legal española del desistimiento de la tentativa **145**
se hace eco *volens nolens* de la mencionada existencia de dos figuras con naturaleza jurídico-dogmática distinta. La primera de ellas —el desistimiento de la tentativa imperfecta mediante la realización de una prestación óptima de ase-

---

[186] En contra: *Herzberg*, FS Lackner, 1987, 325 ss.

[187] Coincidente, desde otra perspectiva, *Sancinetti* (1995), 140 ss.

[188] *Gili Pascual* (2009), 257; *el mismo*, InDret 2/2012, 30.

guramiento— tiene una naturaleza simbólico-comunicativa de modificación del significado del hecho del sujeto del intento. Por eso su fundamento se halla en la equidad, de modo que se integra en la categoría de la punibilidad en sentido estricto y, con ello, en el sistema del hecho punible (*cfr. supra* capítulo 8/147). Sin embargo, tal modalidad solo constituye una de las dos figuras dogmáticas de desistimiento voluntario. En efecto, existe una segunda figura —el desistimiento de la tentativa perfecta—, que tiene una naturaleza utilitaria, esto es, de incentivo de conductas post-ejecutivas del sujeto. En este caso, el fundamento de la institución es la oportunidad y su ubicación se halla en la categoría de la punibilidad en sentido amplio y, por ello, fuera del sistema del hecho punible. En esta segunda variante, la exención de pena da cuenta del hecho de que el agente ha respondido positivamente al incentivo suscitado por una norma estatal de contenido premial (*cfr. supra* capítulo 8/95; *infra* capítulo 27/44).

2.5. El desistimiento como equivalente funcional de la pena

146 La realización de una conducta de desistimiento relevante constituye un equivalente funcional de la pena de la tentativa.[189] Esto resulta evidente desde el momento en que las legislaciones asocian su concurrencia a la no imposición de esa pena. Es decir, a la renuncia del legislador a su *ius puniendi*, cuyo ejercicio conlleva la generación de la relación jurídica secundaria entre el Estado y el condenado. Ahora bien, esa renuncia puede deberse a dos clases de razones. La primera deriva de que el desistimiento exprese todavía, aunque tarde, una obediencia a la norma de conducta correspondiente. Es decir, que suponga el restablecimiento de la relación jurídica primaria (*cfr. supra* capítulo 1/50). La segunda, en cambio, parte de que, a pesar de haber desobedecido aquella norma, el sujeto realiza una conducta de las que al legislador le interesa incentivar con el fin de proteger los bienes jurídicos. Además, la dualidad de instituciones dogmáticas de desistimiento no es una peculiaridad de esta figura legal. Por el contrario, se puede advertir igualmente en otras instituciones que tienen cierto parentesco con aquel, como la confesión y la reparación. En efecto, como se expondrá más adelante, existe una confesión simbólico-comunicativa y otra utilitaria; igualmente, existe una reparación comunicativa y otra utilitaria (*cfr. infra* capítulo 28/90; 28/94). En estos dos casos se trata de equivalentes funcionales parciales de la pena.

3. LAS CLASES DE DESISTIMIENTO Y SUS RESPECTIVOS EFECTOS

3.1. Los dos fundamentos dogmáticos y las dos figuras legales

147 Así pues, no es posible construir una fundamentación dogmática unitaria de la exención de pena por desistimiento. Por el contrario, cabe distinguir entre

[189] *Silva Sánchez* (2018), 122 ss. Con detalle, *Montero*, ADPCP 2021, 735 ss.; *el mismo* (2023), aunque con una teoría del desistimiento que lo ciñe a la primera variante de las dos identificadas aquí.

los supuestos de desistimiento que tienen un fundamento retrospectivo-expresivo y aquellos otros que responden a razones prospectivas-utilitarias. Así, los primeros solo pueden tener lugar en el marco de la tentativa imperfecta. En cambio, los segundos caben tanto en la tentativa imperfecta como en la perfecta. Por su parte, la legislación española vigente, aunque no facilita la tarea de advertir esta distinción conceptual, es perfectamente compatible con ella. En efecto, en primer lugar, el art. 16 CP español no distingue entre los casos de desistimiento de la tentativa imperfecta y los que tienen lugar en el marco de una tentativa ya perfecta. Por el contrario, su diferencia básica tiene lugar entre el desistimiento del interviniente único y el desistimiento en casos de pluralidad de intervinientes. Así las cosas, en el primer caso, la regulación legal condiciona la impunidad del desistimiento a la evitación del resultado. Aquí el tenor literal no se conforma con la realización de una prestación *ex ante* óptima de aseguramiento —ni siquiera es seguro que la requiera—, sino que se centra en que el «desistimiento» sea eficaz. En cambio, en el segundo, admite que cualquiera de los intervinientes se beneficie de la exención de pena, aunque su desistimiento no sea eficaz, con tal de que se haya dado un esfuerzo serio de salvamento. En definitiva, y por mencionar uno de los límites de la figura legal del desistimiento, en este último caso el tenor literal del texto llega a abarcar conductas de desistimiento mediante el cumplimiento de deberes de salvamento que ni siquiera alcanzan a evitar el resultado.

3.2. La combinatoria

La combinación de la dualidad de conceptos dogmáticos que se ha expuesto 148
con la asimismo dual regulación legal española da lugar a distinguir tres figuras que es necesario separar: (i) el desistimiento de autor único de la tentativa imperfecta; (ii) el desistimiento de autor único de la tentativa perfecta; y (iii) el desistimiento en casos de pluralidad de intervinientes. Como ya se ha indicado, la primera de ellas se ubica en la categoría sistemática de la punibilidad en sentido estricto, de modo que se integra en la teoría del hecho punible. En lo que hace a su fundamento, este se basa en la capacidad de la conducta del sujeto para modificar todavía el significado comunicativo de su hecho, esto es, en razones de equidad. En cambio, tanto el desistimiento de la tentativa perfecta de autor único —con evitación del resultado— como el desistimiento ineficaz en caso de pluralidad de intervinientes se ubican fuera de la teoría del hecho punible. Ambos son reflejo de un diálogo premial entre el legislador y el agente del delito, así que responden a una lógica de utilidad. Como consecuencia de ello, se ubican en la categoría de la punibilidad en sentido amplio, que ya queda fuera de la teoría del hecho punible. En efecto, se trata de una cuestión de teoría de la pena.

El diálogo premial de estas dos últimas modalidades de desistimiento tie- 149
ne lugar del siguiente modo. En la primera de ellas, en la que se trata de un supuesto de interviniente único, el legislador advierte la siguiente disyuntiva.

Por un lado, se corre el riesgo de que se produzca la pérdida de un bien jurídico —en los casos más graves, un bien intrínseco de la persona— con el consiguiente castigo del reo por delito consumado. Por el otro, cabe incentivar al sujeto para que intente salvar el bien jurídico, renunciando en tales casos no solo a la pena de la consumación, sino incluso a la pena de la tentativa. Pues bien, así las cosas, el legislador español parece haber optado por hacer esto último, pero condicionándolo a que se produzca el resultado salvador. En cambio, en la segunda modalidad, el legislador también opta por incentivar la evitación del resultado. Sin embargo, ello tiene lugar en casos en los que puede resultar especialmente difícil la evitación del resultado, como son los de pluralidad de intervinientes. Pues bien, esa especial dificultad, en el marco de un diálogo de utilidad, explica que en el incentivo ya no se exija la eficacia del desistimiento, sino solo un esfuerzo serio. Con todo, esto, que explica la dualidad de regímenes, no justifica necesariamente su respectivo contenido. En concreto, no da cuenta de por qué, en determinados supuestos de interviniente único, no exime el esfuerzo serio por evitar el resultado —el cumplimiento óptimo *ex ante* de un deber de aseguramiento—, sino que demás se exige la evitación del resultado. Si el argumento es la relevancia del desvalor del resultado,[190] no se entiende por qué no se exige la eficacia en el caso de pluralidad de intervinientes.[191]

150 Al ser distintos su fundamento material y su ubicación sistemática, los requisitos dogmáticos de las tres figuras distintas —una simbólica y dos utilitarias— que comprende la regulación legal española —entre ellos, singularmente, el de la voluntariedad— pueden tener alcances distintos. Por ejemplo, un desistimiento oportunista de una tentativa imperfecta, o incluso uno en el marco de una tentativa perfecta, puede ser relevante por la vía del desistimiento utilitario. Por lo demás, esto obliga a efectuar una consideración importante de teoría de la legislación en relación con la dogmática supralegal del desistimiento. En efecto, resulta imperativo que una legislación cuente con un desistimiento simbólico-expresivo, pues lo contrario la hace injusta —inequitativa—. En cambio, el legislador puede decidir acerca de si procede introducir un desistimiento utilitario o no, puesto que ello responde a un criterio de oportunidad. Alternativamente, puede decidir no asignarle un efecto eximente, sino solo atenuante, en la medida que le parezca razonable.

3.3. Las tres situaciones

3.3.1. El desistimiento del autor individual en la tentativa imperfecta

151 Como se indicó, el merecimiento de pena de la tentativa imperfecta es básicamente expresivo. En efecto, en ella la norma de conducta infringida por

---

[190] *Alcácer Guirao* (2002), 48 ss.

[191] *Gili Pascual* (2009), 208 ss., 218, requiere que alguien haya logrado evitar el resultado, aunque este no sea quien muestra el esfuerzo serio.

el agente es distinta de la propia de la tentativa perfecta y de la consumación. Ciertamente, la conducta infractora implica el inicio de la injerencia en una esfera de libertad ajena, pero ello no tiene lugar de forma irrevocablemente significativa. Expresado en términos más tradicionales, aún no ha creado ningún «peligro». Pues bien, en este contexto todavía cabe que el sujeto «se desdiga» de modo plenamente relevante, esto es, que revoque el significado de su conducta.[192] Así, el desistimiento de la tentativa imperfecta inacabada constituye una forma cualificada de cumplir el deber de abstención que impone la norma de la tentativa perfecta —y de la consumación del delito—, a saber, «no termines». Por su parte, el desistimiento de la tentativa imperfecta acabada constituye una forma activa de cumplir ese deber de abstención, mediante aseguramiento del riesgo. En ambos casos, es razonable que el desistimiento tenga efectos eximentes.

En realidad, lo más adecuado es que tenga efectos eximentes, aunque no **152** sea eficaz, siempre que la conducta haya constituido una prestación *ex ante* óptima de aseguramiento.[193] En este punto, por tanto, la legislación española debería ser reformada.[194] *De lege lata* la única solución para el desistimiento óptimo de un interviniente único en una tentativa imperfecta (pero acabada) que no logra evitar el resultado, debe ser la máxima atenuación posible. A este respecto, la única vía en España es la apreciación de la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP, como muy cualificada (art. 66.1.2.ª CP).

3.3.2. El desistimiento del autor individual de la tentativa perfecta

En cambio, el desistimiento de la tentativa perfecta tiene lugar mediante el **153** cumplimiento de un deber de salvamento o amparo derivado de la injerencia dolosa (*cfr. supra* capítulo 11/108 ss.). Tal desistimiento, necesariamente activo —salvo que excepcionalmente la mejor prestación posible sea dejar que otro mejor capacitado evite el resultado— se produce ya fuera de la propia esfera de organización. Pues bien, este no tiene *per se* la capacidad de borrar ni la expresión del intento ni la impresión generada por él.[195] En efecto, en los intentos perfectos la norma de conducta infringida es la misma de la consumación, de modo que su infracción constituye la injerencia en una esfera de libertad ajena de un modo *ex ante* irrevocablemente peligroso.

---

[192] En la terminología jurídica angloamericana, el desistimiento de la tentativa imperfecta se designa con la gráfica expresión latina «*poenitentia*». Por su parte, el momento en el que el sujeto puede desdecirse de cometer el delito antes de que la tentativa sea perfecta recibe el nombre, asimismo gráfico, de «*locus poenitentiae*».

[193] Distinto, *Mañalich*, PolítCrim 15 (2020), 780.

[194] Un caso singular es el del desistimiento impedido por la conducta de terceros: *Schroeder*, FS Küper, 2007, 542. Quien impide el desistimiento incurre en una interrupción de cursos causales salvadores. Ahora bien, dejando esto aparte, estos casos plantean en el contexto que aquí interesa la injusticia del castigo del sujeto que ha intentado desistir no ya a título de consumación, sino incluso a título de tentativa.

[195] *Dold* (2017), 115.

Por su parte, tal peligro descontrolado es ya un fundamento suficiente del merecimiento de pena.

154 Como se ha indicado, conceptualmente ello no tendría por qué producir un efecto de exención de la responsabilidad derivada del intento perfecto. Ahora bien, como se ha adelantado, el Estado puede incentivar que se realicen conductas que intenten evitar el resultado, ofreciendo como incentivos la atenuación o la exención de la pena de la tentativa. Así pues, al desistimiento de intentos perfectos se le podrían asignar —en teoría— tres consecuencias distintas: (i) que fuera absolutamente irrelevante; (ii) que tuviera un efecto de atenuación de responsabilidad; e incluso (iii) que fuera eximente de responsabilidad, con las condiciones adicionales que se establezcan. Con todo, en España, por puras razones de sistemática legal —*a minore ad maius*—, su relevancia jurídica tiene que ser superior a la de la atenuante de reparación, tanto simple como muy cualificada (art. 21.5.ª CP español). En efecto, dado que la reparación post-consumativa da lugar a una atenuación, incluso muy cualificada, parece razonable que la evitación del resultado alcance una atenuación hipercualificada o incluso la exención, como sucede en la legislación española. Por tanto, la exención general de la pena de la tentativa en estos casos se explica por una política premial, así como por razones de coherencia del sistema. Además, dado que aquí se trata de un diálogo premial, el Estado puede formular las condiciones que quiera. Por ejemplo, puede exigir la efectiva evitación del resultado (como hace en su primer modelo la legislación española) o bien exigir solo el esfuerzo serio en este sentido (el art. 16.3 CP español señala: «intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación»).

3.3.3. El desistimiento en caso de pluralidad de intervinientes

155 En los casos de pluralidad de intervinientes, la legislación española señala que el efecto eximente lo puede alcanzar cualquiera de ellos mediante un *«intento serio, firme y decidido»* destinado a impedir la consumación (art. 16.3 CP).[196] Pues bien, como se ha indicado, la única variante de desistimiento comunicativamente relevante es que tiene lugar en el marco de una tentativa imperfecta por no prosecución —en la tentativa imperfecta inacabada— o por cumplimiento del deber de aseguramiento de forma óptima —en la imperfecta acabada—. Sin embargo, como se ha advertido, al autor único que realiza una conducta *ex ante* óptima de desistimiento, la legislación española no se la tiene en cuenta si, al final, por la razón que sea no logra evitar el resultado. Esta exigencia, problemática en el supuesto mencionado,[197] parece en cambio razonable cuando el desistimiento adopta la forma del cumplimiento de un

---

[196] Desde perspectivas distintas parcialmente distintas, *Silva Sánchez* (1997), 148; *Gili Pascual* (2009), 250 ss.; *Gómez Rivero* (2022), 81 ss.

[197] *Martínez Escamilla* (1994), 103 ss., 171-173; *Silva Sánchez* (1997), 145; *Serrano González de Murillo*, CPC 86 (2005), 65 ss.

deber de salvamento, es decir, tiene lugar tras la producción de la tentativa perfecta. En efecto, en este supuesto ya no puede hablarse de una auténtica neutralización de la propia aportación.[198] Pues bien, en los casos de pluralidad de intervinientes —y dejando aparte el caso de algunos coautores— la forma usual de desistimiento es precisamente esta última.[199]

156 En efecto, en el caso de todos los demás intervinientes, su aportación: (i) puede no haber llegado todavía a la esfera del autor; o (ii) puede haber accedido a esta y no haber sido aún eficaz; o (iii) puede haber accedido y haber producido su efecto. Pues bien, en las variantes (i) y (ii), se trata de una participación intentada, de la que es posible desistir impidiendo que produzca su efecto.En el caso (iii), en cambio, la aportación ha sido ya perfecta de modo que su supuesta «neutralización» requiere evitar la consumación. Además, en las variantes (i) y (ii), la dimensión psíquica de la cooperación prestada no se puede neutralizar, salvo que el mismo evite el resultado. Por lo tanto, la suficiencia del «intento serio» para la exención de pena en los casos de pluralidad de intervinientes no responde a razones convincentes. En este punto, tampoco parece suficiente que el esfuerzo serio de uno combinado con la evitación del resultado por parte de otro pueda producir ese efecto de exención.[200] Si aquella no se puede imputar a dicho esfuerzo, no deja de ser una casualidad. Es cierto que, si el incentivo de la exención se condicionara a la efectiva evitación del resultado, tendría poca incidencia, pues para la mayoría de los intervinientes aquella es muy difícil. Sin embargo, seguramente sería más coherente en la sistemática del artículo que la exención se vinculara a dicha evitación y que el intento serio tuviera un efecto de atenuación cualificada.[201] Una vez más se advierte que en el desistimiento de la tentativa imperfecta debería bastar con la realización de la conducta de neutralización de la aportación. En cambio, en el caso de desistir de una tentativa perfecta las mayores razones conducen a requerir la evitación del resultado imputable objetivamente a la conducta.

3.4. El carácter personal del desistimiento

157 El desistimiento del autor —incluso el que tiene lugar en relación con una tentativa imperfecta inacabada— no elimina el injusto culpable de su tentativa. En efecto, tan solo excluye la punibilidad de esta, de modo que tal injusto culpable deja de ser punible en sentido estricto. Ahora bien, esto significa que el injusto culpable propio de la conducta del partícipe, accesorio a la conducta desaprobada del autor de la tentativa, continúa asimismo en pie. Los efectos del desistimiento del autor, que no es ni propio ni voluntario para el partícipe,

---

[198] *Farré Trepat*, ADPCP 1992, 711 ss.; *Martínez Escamilla* (1994), 119 ss., 130; *Requejo Conde*, CPC 83 (2004), 37 ss.

[199] Sobre la discusión acerca del alcance del art. 16.3 CP, *Gili Pascual* (2009), 241 ss.

[200] *Gili Pascual* (2009), 245 ss.; *el mismo*, LH Vives Antón, I, 2009, 717 ss.

[201] Distinta *Gómez Rivero* (2022), 95 ss., con un gran esfuerzo exegético.

no le eximen.[202] Viceversa, el desistimiento de cualquiera de los partícipes tampoco exime ni a los demás ni al autor o coautores. Con todo, en esta materia es preciso efectuar algunas matizaciones (*cfr. infra* capítulos 27 y 28).

3.5. Los desistimientos «favorecedores» de la evitación del resultado

158 El desistimiento de la tentativa perfecta constituye un curso salvador, en el que el sujeto que desiste puede intervenir de distintos modos. En concreto, dado que la relevancia jurídica de esta forma de desistimiento trae causa de consideraciones utilitarias, no es necesario que el sujeto ostente un dominio en términos de una «cuasi-autoría».[203] Por el contrario, el legislador puede conformarse perfectamente con incentivar que el sujeto favorezca la evitación del resultado por parte de un tercero. En cambio, más discutible es que pueda resultar suficiente la no interrupción de un curso salvador iniciado por otra persona o surgido de modo natural. Desde luego, es cierto que, en un contexto dado, la no-interrupción de cursos salvadores puede constituir el mejor desistimiento posible. Sin embargo, carece de sentido que el legislador incentive que el sujeto se abstenga de realizar una nueva conducta antijurídica con un premio de tanta entidad. Por su parte, la jurisprudencia española, que entiende el desistimiento voluntario como una excusa absolutoria fundada en razones de «política criminal», no requiere que el autor de la tentativa sea el que evite de modo directo el resultado. Por el contrario, se conforma con que este «desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen».[204] Por ejemplo, aprecia un desistimiento relevante cuando el autor, tras una tentativa perfecta de homicidio, contribuye a que se efectúe una llamada telefónica al servicio de urgencias, evitándose así la muerte de la víctima.[205]

3.6. El desistimiento en los delitos de omisión

159 En los delitos de omisión el desistimiento de la tentativa es por regla general activo. Sentado esto, puede tener lugar todavía dentro de la propia esfera de organización del sujeto, mediante el cumplimiento del deber de aseguramiento. En este caso, se trata del desistimiento de una tentativa imperfecta. Con todo, en este contexto el desistimiento también tiene que consistir en algo más que el mero cumplimiento del deber.[206] En efecto, debe consistir en una prestación

---

[202] *Roxin*, AT, II, 2003, 30/12, 32; *Pozuelo Pérez* (2003), 270 ss. n. 65; *Mañalich*, RCP 48 (2022), 20. Distinto, *Haas*, ZStW 123 (2011), 256.

[203] Distinto, *Alcácer Guirao* (2002), 105.

[204] Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de febrero de 2002. SSTS 446/2002, de 1 de marzo; 28/2009, de 23 de enero; 804/2010, de 24 de septiembre; 111/2011, de 22 de febrero; 809/2011, de 18 de julio; 585/2012, de 4 de julio. En contra, *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2006, 30.

[205] En el supuesto de hecho de la STS 809/2011, de 18 de julio, el acusado había apuñalado a la víctima, dejándola en el suelo inmóvil y sangrando. Sin embargo, luego, a petición de la propia víctima, el acusado le facilitó un teléfono, desde el cual esta pudo llamar a un médico que la atendió.

[206] *Montero*, ADPCP 2021, 735 ss.

óptima que tenga el significado de comunicar la opción del sujeto por el Derecho. Por lo demás, puede darse asimismo un desistimiento, ya fuera del ámbito de organización del sujeto, mediante el cumplimiento del deber de salvamento o amparo. En este caso es el desistimiento de una tentativa perfecta. *Mutatis mutandis* cabe apreciar aquí todo lo señalado a propósito de la comisión activa.

3.7. El desistimiento en los delitos imprudentes

Como se ha indicado, un sector de la doctrina advierte problemas incluso conceptuales en la noción de un «intento imprudente». Pues bien, incluso para quien comparta esta apreciación, la aplicación de la figura del desistimiento voluntario a los delitos imprudentes debería tener perfecto sentido. En efecto, la realización de una conducta imprudente obliga a que el sujeto impida la producción del resultado, si quiere evitar que este se le impute objetivamente a su imprudencia. Por lo tanto, el mandato de realizar una conducta de evitación del resultado lesivo es complementario de cualquier prohibición de actuación descuidada, porque la evitación del resultado excluye la responsabilidad por la conducta imprudente. La cuestión es si el deber tiene que formularse así, de modo que la producción del resultado, pese a todos los esfuerzos desplegados para desistir, perjudique al infractor del deber de cuidado.[207] **160**

Así pues, cabe desistir en los delitos imprudentes y ciertamente se producen muchos casos de desistimiento de ellos, tanto por la realización de actos de aseguramiento, como por la realización de actos de salvamento posteriores a la finalización de la ejecución de la conducta.[208] Lo que ocurre es que esto no se advierte en muchas ocasiones debido a la irrelevancia de la conducta imprudente cuando esta no produce el resultado lesivo. En efecto, si el desistimiento es eficaz no se plantea problema alguno, pues la conducta ni siquiera llega a ser *ex post* típica como delito imprudente de lesión. Ahora bien, las cosas son distintas cuando el desistimiento resulta ineficaz. En otras palabras, cuando, pese a los esfuerzos e incluso a su idoneidad *ex ante*, el intento de cumplir el deber de aseguramiento o del deber de salvamento no da lugar al efecto pretendido y, en fin, se produce el resultado lesivo. La alternativa es que el desistimiento requiera exclusivamente la realización de una conducta óptima *ex ante* para compensar la previa infracción de cuidado. De este modo, aunque se produzca el resultado, la neutralización del propio descuido debe evitar la imputación de aquel y, con ello, la sanción.[209] **161**

En la legislación española es posible afrontar algunas de las variantes de esta situación. En concreto, cuando —en un supuesto de pluralidad de intervinien- **162**

---

[207] *Lüderssen*, FS Samson, 2010, 93 ss.

[208] Igualmente, cabe el desistimiento de una tentativa realizada con dolo eventual: *Pahlke* (1993), 168, tanto si la finalidad extratípica ya se ha conseguido como si, por el contrario, ha fracasado por completo la pretensión de obtenerla (171).

[209] *Lüderssen*, FS Samson, 2010, 104.

tes— un sujeto que obró imprudentemente desiste de la conducta infractora de la norma mediante un esfuerzo serio de evitación del resultado. En efecto, aunque no consiga evitar la producción de este último, la exención de pena debería derivar de una aplicación analógica *in bonam partem* (y *a fortiori*) de la segunda regla del desistimiento del art. 16 CP español. En este contexto puede advertirse incluso cómo la existencia en una empresa de un programa de cumplimiento idóneo en una empresa, en su dimensión de detección de delitos imprudentes, puede ser entendido como una forma de «desistimiento programado» *relevante*.[210] En cambio, las variantes de desistimiento fallido de un interviniente único imprudente no tienen una fácil exención en el marco legal español, pues ello entra en conflicto con la exigencia legal de eficacia del desistimiento. En este punto sería razonable una reforma.

4. LA VOLUNTARIEDAD DEL DESISTIMIENTO

4.1. Generalidades

163 La valoración de si un desistimiento es voluntario requiere, en primer lugar, que se constate que existe un auténtico desistimiento. Es decir, que no se trate de un fracaso del intento, de modo que al agente le resulte imposible la consumación. En cambio, sí hay desistimiento en los casos en que la consumación sigue siendo posible, aunque el sujeto no prosiga la ejecución porque el hecho ha perdido todo su sentido para él. Por ejemplo, porque, al ir a rematar a la víctima, descubre que se ha equivocado de persona. En estos casos, la cuestión es precisamente si el desistimiento puede calificarse de voluntario. Pues bien, la voluntariedad del desistimiento se construye de modo diverso por las denominadas doctrinas «psicológicas» y las «normativas».[211] La posición mayoritaria se inclina por rechazar la teoría psicológica pura y acoger una cierta normativización del concepto.[212]

4.2. La perspectiva psicológica

164 La caracterización de un desistimiento como voluntario requiere la concurrencia de una conducta intencional de desistir. Así, de entrada, parece que las doctrinas psicológicas afrontan de modo más directo la interpretación de una expresión como «voluntario». Sin embargo, la voluntariedad no es una cuestión empírica, sino que, sobre la base de indicadores fácticos, debe ser objeto de una adscripción jurídica.[213] Así las cosas, es razonable excluir la relevancia de un desistimiento condicionado o eventual y, desde luego, de

---

[210] *Silva Sánchez*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 136 ss.

[211] *Martínez Escamilla* (1994), 4 ss., 29, abiertamente a favor de las primeras; *Roxin*, AT, II, 2003, 30/354 ss., inclinándose por las segundas.

[212] *Muñoz Conde* (1972), 96 ss.; *Martínez Escamilla* (1994), 22 ss.; *Alcácer Guirao*, PJ 63 (2001), 102; *Pozuelo Pérez* (2003), 214; *Roxin*, AT, II, 2003, 30/365-378; *Amelung*, ZStW 120 (2008), 207-208.

[213] *Benlloch Petit* (1998), 427 ss., 431.

un desistimiento por error, pues un desistimiento realizado sin saber que se desiste no puede reputarse voluntario. Por ejemplo, el de quien cree que ha consumado el delito o que su intento ha fracasado definitivamente —ya sea debido a un engaño externo o no—no desiste de modo voluntario.[214] Igualmente, no es voluntario el desistimiento que se debe a la coacción o amenaza de terceros, o a la fuerza de las circunstancias. Por ejemplo, cuando se lleva a cabo en *«estado de necesidad»*, debido a la próxima intervención de la policía, o por el temor razonable a ser descubierto. En fin, la exclusión del desistimiento por error conduce a un sector de la doctrina a descartar asimismo la posibilidad de un desistimiento relevante llevado a cabo por un sujeto inimputable. Sin embargo, aquí la cuestión es si el desistimiento puede desvincularse de su patología o no y, en este segundo caso, qué pone de relieve en orden a un hipotético juicio de peligrosidad.

La naturaleza no estrictamente psicológica del problema se advierte en otros **165**
casos. Así, en particular, cuando se desiste por la coacción moral de un tercero. En efecto, en estos dos casos no existe voluntariedad psicológica, puesto que no se da una situación de «espontaneidad». Sin embargo, parece razonable considerar que el desistimiento es voluntario, aunque ello implique hacer una interpretación extensiva del término a favor del reo.[215] Por tanto, la libertad del sujeto en cuanto a la reafirmación del Derecho es compatible con una coacción moral externa. En efecto, las propias normas jurídicas no dejan de ser un mecanismo de coacción externa. Además, el Derecho cuenta siempre con que la moralidad del agente le apoye en la toma de decisiones conformes con él.

En el desistimiento debido a una situación de coacción interna, como el **166**
miedo no explicable por una amenaza externa, la compasión o el peso de la conciencia, también debe apreciarse la voluntariedad. Así, por ejemplo, cuando el autor desiste por la compasión que le despierta la víctima suplicante. Igualmente, existe consenso en reputar voluntario el desistimiento del sujeto que se debe al arrepentimiento. El ejemplo académico más reiterado es el del delincuente que desiste al oír las campanas de la iglesia cercana, que le hacen acordarse de su anciana madre y le impiden emocionalmente continuar. Por tanto, los motivos internos positivos —morales, altruistas—, por muy intensos que sean, no excluyen la voluntariedad.

4.3. Las doctrinas normativistas

Las doctrinas normativistas sostienen un concepto más restrictivo de la volun- **167**
tariedad del desistimiento, analizando el contenido de la decisión de desistir.

---

[214] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 26/11; *Pozuelo Pérez* (2003), 256 ss.; *Jäger*, ADPCP 2003, 34; *Sancinetti* (2004), 161; *Mañalich*, InDret 3/2020, 5.

[215] Lo voluntario es lo «que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella» o bien, aquello «que se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber» (Diccionario de la Real Academia Española).

Así, tienden a restringir la apreciación del desistimiento con respecto al tenor literal posible del término legal «voluntario». Sin embargo, esto ya suscita un problema. En efecto, una interpretación restrictiva que limita el alcance literal de una regla favorable al reo necesita responder a una justificación fuerte. Por ello, estas doctrinas, que pretenden producir una reducción teleológica del texto legal, se marcan el objetivo de precisar cuál es la finalidad —el *telos*— de la exención de pena por desistimiento. En realidad, lo hacen de forma muy diversa entre sí. Así, un sector doctrinal considera que lo decisivo son los motivos del autor, de modo que procede a la valoración de estos.[216] Si se pueden valorar de modo positivo —el respeto al Derecho, la compasión por la víctima, el arrepentimiento o el miedo— entonces se considera que existe un desistimiento voluntario. En cambio, si son motivos que el Derecho reprueba —la obtención de dinero u otras ventajas, o la preferencia por la comisión de otro delito—, el desistimiento tendría que ser reputado involuntario. Frente a estas distinciones, la jurisprudencia española mayoritariamente admite la impunidad por desistimiento cualesquiera que sean los móviles o motivos del sujeto. Con todo, es cierto que algunas sentencias distinguen entre móviles buenos e interesados.

168 Seguramente la doctrina normativista más difundida es la que orienta la regulación del desistimiento a las doctrinas de los fines preventivos de la pena. Así, puede distinguirse entre las de la falta de necesidad preventivo-general y preventivo-especial y las doctrinas de la estabilización.[217] Una concreción de estas doctrinas es la que sostiene que el desistimiento solo puede ser voluntario cuando la conducta del agente se separa del modelo de comportamiento del «delincuente racional».[218] Desde este punto de vista, un caso difícil es el de quien desiste con base en motivos estratégicos u oportunistas, porque ha surgido la posibilidad obtener lo que busca de forma lícita. Por ejemplo, al agresor sexual se le promete una relación consentida; al asesino a sueldo se le ofrece un importe mayor que el que ha pactado con el inductor. Un sector doctrinal aprecia que en casos así se da voluntariedad, pues entiende que la exención de pena no requiere un regreso a la legalidad en general, es decir, que el agente se muestre como un sujeto sin peligrosidad criminal. En efecto, señala que esto último solo es coherente con una fundamentación preventivo-especial del desistimiento.

169 Otras doctrinas normativistas proceden a distinguir entre razones intrínsecas y extrínsecas; o entre razones preexistentes y sobrevenidas; o, en fin, entre razones derivadas de un cambio de valoración del agente sobre su conducta o procedentes de un mero cambio de circunstancias.[219] Según estas distinciones

---

[216] *Lippke*, Ohio St. J. C. L. 12 (2015), 613 ss. Ya crítico de esta línea, *M. E. Mayer*, PG, 1915, 460-461: la calidad moral de los motivos es irrelevante.

[217] *Mylonopoulos* (2017), 69 ss.; *Dold* (2018).

[218] *Roxin*, RECPC 3 (2001), 1 ss.

[219] *Amelung*, ZStW 120 (2008), 205 ss.; *Haas*, ZStW 123 (2011), 226 ss.; *Wege* (2011); *A. Schumann*, ZStW 130 (2018), 1 ss.

solo serían voluntarios los desistimientos debidos a las razones mencionadas en primer lugar en cada uno de tales pares de conceptos. Ciertamente, tales argumentos pueden ayudar a la atribución de voluntariedad. Ahora bien, lo cierto es que, para ser relevante, la conducta de desistimiento, en sí misma considerada, ha de tener un significado de «regreso al Derecho»; y la motivación jurídica —tanto en lo que hace a las razones del Derecho como en lo relativo a la amenaza de pena— es extrínseca. Así pues, en realidad lo decisivo es que la motivación del desistimiento del sujeto coincida con la lógica del Derecho como sistema de normas.[220] En cambio, cuando el desistimiento tiene que ver con la obtención de ventajas estratégicas alejadas de aquella, no cabe otorgarle relevancia. En efecto, el mensaje que formula quien desiste en un contexto así es que, si no existen esos incentivos extrajurídicos, prosigue su intento. A este respecto, procede no olvidar que quien desiste no se encuentra en la misma situación frente al Derecho que quien no ha iniciado ningún intento. En efecto, él tiene que desmentir el significado de su intento o, como mínimo, hacerse acreedor al premio.

VII. LA CONSUMACIÓN

1. GENERALIDADES

La consumación del delito —en términos formales— se produce con la **170**
realización de los elementos del correspondiente tipo de delito, ubicado en la Parte Especial. En cambio, este concepto no requiere la producción de un resultado lesivo para un bien jurídico. En efecto, un hecho típico consumado puede constituir un delito de lesión o de peligro concreto o abstracto. En última instancia, esta cuestión tiene que ver con el problema de la legitimación material de los tipos de delito, de modo que su relevancia dogmática es indirecta (*cfr. supra* capítulo 14/10 ss.). En definitiva, la relación entre la consumación delictiva y una concreta afectación del bien jurídico de que se trate depende de la redacción que el legislador haya dado a la definición del tipo, pero también de su posterior reconstrucción doctrinal y judicial. Así, por ejemplo, las exigencias de la producción de un resultado lesivo y de su imputación objetiva a la conducta desaprobada del agente son específicas de los tipos de delito de resultado de lesión (*cfr. supra* capítulo 14/14). Además, en ellos ni siquiera basta con esto. En efecto, un delito doloso no puede reputarse consumado cuando el que se realiza en el resultado no es el riesgo abarcado por el dolo del agente, sino otro, igualmente presente en la conducta de este, pero no imputable subjetivamente a título de dolo. Por lo tanto, la consumación del delito doloso requiere que concurra también la correspondiente imputación subjetiva. Como se ha indicado, la solución de la tentativa en los supuestos de *aberratio ictus* y de *dolus generalis* pone de relieve que la definición legal de tentativa es infrainclusiva.

---

[220] Próximo, *Mañalich*, LH Ortiz Quiroga, 2020, 310 ss.

171 La doctrina dominante afirma que la determinación del momento de la consumación tiene tres consecuencias esenciales. En primer lugar, una vez que se consuma el delito ya no es posible desistir de él. En segundo lugar, tras la consumación ya no es posible una intervención que constituya autoría o participación. En tercer lugar, la consumación da inicio al cómputo del plazo de prescripción del delito (constituye el *dies a quo* de dicho cálculo). Ahora bien, nada de ello está exento de controversia. En realidad, tampoco lo está la determinación del propio momento de la consumación, ni siquiera en los delitos de resultado material de lesión, como el homicidio o la apropiación indebida. En efecto, ni siquiera en estos puede afirmarse que se trata de una cuestión empírica, sino que requiere una valoración jurídica. Así, por ejemplo, el momento de la producción de la muerte lo tiene que establecer el Derecho y, ciertamente, lo suelen fijar las leyes de trasplantes de órganos. Por su parte, la consumación de una apropiación indebida no solo requiere hechos físicos externos, sino también otros con relevancia significativa —por ejemplo, que la conducta de autor tenga un sentido de expropiación definitiva y no de mero uso temporal del bien correspondiente—.

2. EL PROBLEMA DE LA PARTICIPACIÓN Y DEL DESISTIMIENTO INTRACONSUMATIVO

2.1. La consumación como «fase» del delito

172 La doctrina dominante parte del razonable axioma de que no cabe desistir de lo que ya se ha hecho, ni tampoco tomar parte en algo que ya ha sido realizado. Sin embargo, tal visión de las cosas no tiene suficientemente en cuenta que, como se ha indicado, existen dos conceptos de consumación. Por un lado, el de consumación formal, que se asocia a la idea de plena realización del tipo y es el único válido para toda clase de delitos. Por otro lado, el concepto de consumación material, que se vincula a la dogmática de los delitos de lesión.[221] Pues bien, el legislador puede hacer coincidir ambos conceptos, o separarlos mediante la tipificación de conductas no lesivas o solo idealmente lesivas. Cuando sucede esto último, es relativamente común hablar de «consumación anticipada», una noción con ejemplos crecientes en la legislación. Así, los delitos de peligro son, con frecuencia, delitos de consumación anticipada con respecto a la producción de la correspondiente lesión. Por otro lado, la idea de consumación anticipada rige asimismo la reconstrucción doctrinal de algunos delitos —por ejemplo, en el delito de estafa un amplio sector de la doctrina sostiene que el peligro de daño patrimonial constituye ya un perjuicio en sí—.

173 Las consecuencias de la anticipación del momento consumativo son: (i) que se abre la posibilidad de plantear un (cuasi-)desistimiento intra- y post-consumativo, —que evite la lesión—; (ii) que puede caber una participación

---

[221] *de Vicente Remesal* (1985), 63 ss.; *Borja Jiménez*, ADPCP 1995, 89 ss.; *Pozuelo Pérez* (2003), 283 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 13/79.

intra- y postconsumativa —que favorezca las conductas de lesión postconsumativa—; y (iii) que el *dies a quo* de la prescripción puede desplazarse hacia un momento posterior, con lo que se rompe la vinculación entre el momento de la consumación y el del inicio del cómputo de aquella. Estas posibilidades, que deben ser objeto de mayor estudio, no son incoherentes con la finalidad de la «anticipación» de la consumación. En efecto, lo que se pretende con esta última es adelantar el momento en el que se asigna al hecho la pena más grave —que se define como la propia de la consumación—. Sin embargo, esto no significa necesariamente que también se tengan que producir las dos consecuencias clásicamente asociadas a la noción de consumación, relativas a la imposibilidad de que prosiga la ejecución —de un tipo cualificado, por ejemplo— y, con ello, de participación y de desistimiento. De hecho, la anticipación de la consumación puede redundar en la configuración de delitos en los que la consumación no tenga lugar en un momento, sino que se prolongue como una etapa o una fase del delito. En efecto, la consumación solo se produce en un momento concreto en el caso de los delitos instantáneos, cuyo paradigma es el homicidio. En cambio, cabe entender que en otros delitos se prolonga durante un período más o menos largo de tiempo, de modo que hay un comienzo y una finalización de aquella. En realidad, ni siquiera es preciso que tal finalización coincida con la lesión material.

2.2. Los delitos permanentes y de estado

En los delitos denominados «permanentes» el autor va realizando la acción típica durante un período de tiempo, de modo que el delito «se sigue ejecutando y consumando».[222] En concreto, se van consumando formas menos graves del delito al tiempo que se van ejecutando formas más graves de este, que —a su vez—se van consumando más tarde, y así sucesivamente. Esto es lo que sucede en las detenciones ilegales (art. 163 CP español), o, incluso con más claridad, en los delitos de «abandono» y en los de «posesión» que existen en todos los ordenamientos legales. En todos estos delitos, en primer lugar, es posible intervenir como partícipe, aun cuando la aportación se preste una vez iniciada la propia fase de consumación. Ahora bien, esto es así únicamente porque, en la medida en que la conducta ejecutiva prosigue, también continúa siendo posible la realización de conductas que la favorezcan. Por ejemplo, en el caso concreto de las detenciones ilegales, una vez cometido el secuestro, cabe que sujetos que no ha intervenido antes en él colaboren vigilando al rehén o realizando labores logísticas. Además, en segundo lugar, durante tal fase de consumación, en la medida en que también prosigue la ejecución —la agresión delictiva—, el secuestrado dispone de la posibilidad de recurrir a la legítima defensa. En tercer lugar, cabe llevar a cabo un desistimiento intraconsumativo, cuya relevancia atenuante no es objeto de discusión. En fin, en cuarto lugar,

174

[222] *Lloria García* (2006), 46-47; *Serrano González de Murillo*, CPC 96 (2008), 129 ss.

dado que el delito se sigue ejecutando y consumando, se va posponiendo el inicio de cómputo del plazo de prescripción.

175 Los denominados «delitos de estado» se caracterizan por que la acción del sujeto ya no prosigue una vez que se ha producido la consumación, que se reputa instantánea.[223] Sin embargo, los efectos de la consumación prosiguen, puesto que genera un estado de cosas antijurídico, que se prolonga en el tiempo. Así, por ejemplo, en los delitos de matrimonios ilegales (arts. 217 ss. CP español). A propósito de estos delitos es común señalar que el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe tener lugar partiendo del momento consumativo. Sin embargo, ello es discutible. Al menos en algunos de estos delitos debería tomarse en consideración que el sujeto puede revertir el estado de cosas antijurídico mediante una conducta activa. Así las cosas, la subsistencia de tal estado antijurídico no se atribuiría solo a la comisión activa inicial, sino también a una omisión posterior. En cierto modo, cabría reconstruir los delitos de estado como delitos permanentes por omisión. A su vez, esto podría tener efectos tanto en el cómputo de la prescripción, como también en la posibilidad de un desistimiento cuyos efectos habría que discutir. En última instancia, se trata de una cuestión de legalidad, es decir, de si la redacción del tipo permite su reconstrucción en este sentido.

VIII. LA FASE POSTCONSUMATIVA

1. CONSUMACIÓN, TERMINACIÓN Y AGOTAMIENTO

176 Ya se ha indicado que la consumación no siempre coincide con la producción del efecto de lesividad material propio del delito. Ciertamente, en algunos casos la una y la otra coinciden.[224] Sin embargo, en no pocos supuestos la consumación puede producirse antes.[225] Así, en aquellos delitos en cuya tipificación se adelanta el momento de la consumación formal —delitos de tentativa, de emprendimiento, o delitos preparatorios—. Ahora bien, sucede igualmente en delitos en los que el legislador ha dejado abierta la cuestión del momento consumativo y este se ha fijado por la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo, en el marco de los delitos contra la propiedad y en los patrimoniales. Para referirse a la situación ulterior a la consumación formal y distinta de ella, en la que se producen o intensifican los efectos de lesividad, la doctrina recurre a la expresión de terminación —o agotamiento— del delito.[226] A su vez, esta puede ser instantánea, pero también prolongarse durante un período de tiempo, en el que prosiguen los efectos lesivos del delito. Esto último

---

[223] *Borja Jiménez*, ADPCP 1995, 158-159.

[224] *de Vicente Remesal* (1985), 42, 63 ss.; *Borja Jiménez*, ADPCP 1995, 89 ss.

[225] En otros —aunque suene extraño—, podría producirse incluso con posterioridad Así, por ejemplo, en el debate español sobre la consumación del delito de defraudación tributaria, tras la reforma del art. 305.1 CP en 2012.

[226] *Borja Jiménez*, ADPCP 1995, 124 ss.

puede ser importante para determinar si las conductas postconsumativas que pretenden intensificar el daño o bien asegurar el beneficio del delito deberían considerarse «copenadas» por el propio delito, es decir, en concurso de leyes con este por consunción.

2. EL COMPORTAMIENTO POSTCONSUMATIVO

2.1. El comportamiento positivo —el (cuasi-)desistimiento de la consumación—

177 Con posterioridad al momento de la consumación formal del delito, o en la fase de su consumación, cuando esta se prolonga en el tiempo, y hasta que tiene lugar la terminación, cabe que se produzcan conductas de desistimiento postconsumativo. Ahora bien, la valoración de este «cuasi-desistimiento» depende del delito con respecto al cual se produzca. En efecto, la evitación de la lesión material del bien jurídico, así como la neutralización de los efectos expresivos propios de la consumación formal, pueden tener un alcance diverso en función del bien jurídico correspondiente. Ciertamente, la relevancia de estas conductas es reconocida en algunos casos por el legislador.[227] Así, por ejemplo, la reparación fáctica y simbólica que conlleva el desistimiento postconsumativo determina que en algunas legislaciones se le atribuyan, a propósito de ciertos grupos de delitos —por ejemplo, los patrimoniales—, efectos de exención de responsabilidad (*cfr. infra* capítulo 27/97). En otras ocasiones, la política premial del legislador se manifiesta en la concesión de atenuantes de la punibilidad por el comportamiento postconsumativo (*cfr. infra* capítulo 28/99). Más allá de los casos explícitamente reconocidos por el legislador, en España es posible recurrir a la atenuante de análoga significación (art. 21.7.ª CP).

2.2. El comportamiento postconsumativo negativo —en relación con el propio hecho y con los de terceros—

178 Entre la terminación de un delito y la eventual decisión de cometer otro, pueden realizarse conductas cuya calificación no siempre es fácil. En efecto, estas pueden calificarse como formas de intervención postconsumativas, en la medida en que (i) agravan los efectos del delito anterior, (ii) facilitan el aprovechamiento de sus réditos o (iii) dificultan su persecución. Un ejemplo de lo primero viene dado por las conductas que infligen un daño adicional a

[227] Así, en España, un ejemplo de desistimiento de un delito ya consumado, en relación con conductas de incendio forestal, es la disposición que establece que «la conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria o positiva de su autor» (art. 354.2 CP). Por lo demás, el caso más relevante sigue siendo el de la regularización en materia de delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social. Una interpretación, con base en el preámbulo de la L.O. 7/2012, llega incluso a sostener que si se regulariza el delito ni siquiera se consuma, puesto que la definición del delito requiere la no regularización.

las víctimas, presuntas —durante el proceso— o reales —una vez finalizado aquel con la condena—. Ahora bien, si tales conductas tienen lugar durante el proceso, su punición puede entrar en colisión con el derecho a no declarar contra uno mismo.[228] En cambio, el ejemplo más reiterado de lo segundo y lo tercero son las conductas de encubrimiento, receptación y de blanqueo de los activos ilícitos obtenidos en el delito anterior, incluido el caso del «auto-encubrimiento» (*cfr. infra* capítulo 26/96 ss.).

179 En efecto, la mayoría de las conductas de «intervención» postconsumativa —el clásico *auxilium post delictum*— se consideran lesivas de un bien jurídico distinto del propio del delito ya cometido. Ciertamente, una de las reconstrucciones dogmáticas del delito de blanqueo lo concibe como un delito contra el bien jurídico protegido en el delito precedente. Sin embargo, las otras dos lo relacionan, respectivamente, con el orden económico y la administración de justicia. Este último es el bien jurídico protegido en el encubrimiento y la receptación, según la legislación española. Adicionalmente, las conductas postconsumativas aparecen en ocasiones como títulos de atribución de responsabilidad por el delito previamente consumado. Por ejemplo, este es el caso, en el Derecho penal internacional, de la omisión del superior jerárquico. Más allá de estos supuestos, tales conductas ya solo tienen un significado predelictivo, esto es, en relación con la comisión de algún delito en el futuro. Así pues, en la medida en que todavía no alcancen la fase preparatoria de ese delito futuro, resultan penalmente irrelevantes.

[228] Así, por ejemplo, ciertas variantes de comisión del delito de «ocultación de cadáver», introducido en España en 2022, que recuerda al antiguo delito de inhumaciones ilegales.

Capítulo 16

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE AUTORÍA Y DE PARTICIPACIÓN (I)

Bibliografía seleccionada: *Aboso*, Los límites de la autoría mediata, 2012; *Acevedo Vega*, ¿Es necesario un acuerdo en la coautoría?, REJ 39 (2023), 1; *Alcácer Guirao*, Tentativa y formas de autoría, 2001; *Ambos*, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, GA 1998, 226; *el mismo*, Joint Criminal Enterprise y responsabilidad del superior, RDPC 19 (2007), 39; *el mismo*, Sobre la organización en el dominio de la organización, InDret 3/2011, 1; *Ambos/Meini* (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010; *Amelung*, Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio de un sujeto no responsable que se autolesiona, LH Roxin, 2005, 323; *Bacigalupo*, La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, LH Figueiredo Dias, 2, 2009, 61; *Baker*, Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences, 2016; *Baldó Lavilla*, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, 1091; *Baldó/Silva*, Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia, PJ 27 (1992), 212; *Balmaceda Quirós*, Delitos conexos y subsiguientes, 2014; *Basile*, Consiglio tecnico e responsabilità penale, 2018; *Bernsmann*, Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht: Überlegungen zur sog. „psychischen Kausalität" im Strafrecht, ARSP 1982, 536; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 3, 1905; *Blanco Cordero*, Límites a la participación delictiva: Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, 2001; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Límites de la autoría en la ejecución del hecho por mano ajena, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 185; *Bolea Bardon*, Autoría mediata en Derecho penal, 2000; *la misma*, La autoría mediata en algunos supuestos de error, RDPC 12 (2003), 11; *la misma*, La cooperación necesaria, 2004; *la misma*, Poder de mando y autor tras el autor, LH Schünemann, I, 2014, 157; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *Bratman*, Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together, 2014; *Brodowski*, Sukzessive Beteiligung und Tätige Reue, ZStW 133 (2021), 913 ss.; *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015; *Buján*, Autoría en el art. 28 del Estatuto de Roma, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 227; *Cadavid Londoño*, Coautoría en aparatos organizados de poder, 2013; *Carbonell Mateu*, Diálogo sobre accesoriedad, LH Górriz Royo, 2020, 165; *Caro John*, La imputación objetiva en la participación delictiva, 2003; *Carrasco Andrino*, Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria, 2002; *Cassese*, Los límites apropiados de la responsabilidad penal individual bajo la doctrina de la empresa criminal común, 2016; *Castellví Monserrat*, Provocar y castigar, 2020; *Cavaliere*, Il concorso eventuale nel reato associativo. Le hipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso, 2003; *Cerezo Mir*, La polémica en torno al concepto finalista de autor, ADPCP 1975, 41; *el mismo*, Autoría y participación en el Código penal, ADPCP 1979, 567; *Civello*, Il principio del sibi imputet nella teoria del reato, 2017; *Costa*, Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em direito penal, 2014; *Couso Salas*, Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno, RCDCP 1 (2012), 91; *el mismo*, Sobre el concepto material de autor, LH Cury, 2013, 619; *Couso/Werle* (eds.), Intervención delictiva en contextos organizados, 2017; *Cruz Palmera*, Delitos instrumentales, 2020; *Cuello Contreras*, La estructura ontológica de la autoría y la participación y su correspondencia axiológica, LH Ruiz Antón, 2003, 275; *el mismo*, Autoría y participación en un sistema lógico-funcional, CPC 97 (2009), 24; *Cuerda Riezu*, Estructura de la

autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español, ADPCP 1992, 491; *el mismo*, Límites temporales de la participación delictiva según el Código Penal: la accesoriedad cuantitativa, LH Mir Puig, 2017, 497; *Kiss*, Autoría mediata: hacia otra expansión en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, FS Sancinetti, 2020, 1053; *Demetrio Crespo*, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa, 2003; *el mismo*, ¿Definición de la categoría "responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados" a partir de sus propios límites?, LH Quintero Olivares, 2018, 329; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996; *Derksen*, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, 163; *Díaz y García Conlledo*, La autoría en Derecho Penal, 1991; *el mismo*, Coautoría alternativa y coautoría aditiva, ¿autoría o participación?, LH Roxin 1997, 295; *el mismo*, ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, LH Cerezo Mir, 2002, 641; *el mismo*, Caso del vigilante-conductor, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 373; *el mismo*, Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría, CPC 123 (2017), 5; *el mismo*, Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?, LH Mir Puig, 2017, 509; *Díez Ripollés*, Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, RDPC 1 (1998), 25; *Donini*, La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, RIDPP 1984, 221; *el mismo*, Il concorso esterno alla vita dell'associazione e il principio di tipicità penale, DPC 2017, 1; *Donna*, La autoría y la participación criminal, 2008; *Dressler*, Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense?, Ohio State J. C. L. 5 (2008), 427; *Dubber*, Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis, JICJ 5 (2007), 977; *Falcone*, El autor detrás del autor en el Derecho penal empresarial, RDP 1 (2015), 9; *el mismo*, La caída del dominio del hecho, 2017; *el mismo*, Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho, InDret 3/2017, 1; *el mismo*, Die Renaissance der strengen – sog. extremen – Akzessorietät, ZIS 2020, 212 (=Renacimiento de la accesoriedad estricta, en: el mismo (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 267; *el mismo* (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho, 2021; *Faraldo Cabana*, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder, 2004; *la misma*, Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte penal internacional, RDPC 16 (2005), 29; *Feijóo Sánchez*, Límites de la participación criminal, 1999; *el mismo*, Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, 2007; *el mismo*, Teoría de los actos neutrales y participación delictiva, en: Demetrio Crespo (ed.), Derecho penal económico y teoría del delito, 2020, 131; *Felip i Saborit*, Caso de los tiradores del muro, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 509; *Fernández Ibáñez*, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2006; *P. French*, Complicity: That Moral Monster, CL&Phil 10 (2016), 575; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *el mismo*, Beihilfe durch neutrale Handlungen, FS Lüderssen, 2002, 539; *Frister*, Zum Strafgrund von Täterschaft und Teilnahme, FS Dencker, 2021, 119; *Fuentes Osorio*, Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el omnimodo facturus, Aletheia 3 (2007), 40; *Galán Muñoz*, La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma, RP 16 (2005), 72; *García del Blanco*, La coautoría en Derecho penal, 2006; *García Cavero*, La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?, FS Kindhäuser, 2019, 131; *Gardner*, Complicity and Causality, CL&Phil 1 (2006), 127; *el mismo*, Moore on Complicity and Causality, U. Pennsylvania L. R. 156 (2007), 432; *Garrocho Salcedo*, La responsabilidad del superior por omisión en Derecho penal internacional, 2016; *Gil Gil*, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, ADPCP 2008, 53; *la misma*, Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata, CPC 109 (2013), 109; *Gil Gil/Maculan* (eds.), Intervención delictiva y Derecho penal internacional, 2012; *Gimbernat Ordeig*, Autor y cómplice en Derecho penal, 1966; *el mismo*, A vueltas con la imputación objetiva, ADPCP 2013, 33; *Gómez Benítez*, El dominio del hecho en la autoría, ADPCP 1984, 103; *Gómez Rivero*, La inducción a cometer el delito, 1995; *la misma*, Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación, LL 3959 (1996), 1; *la*

misma, Límites de la inducción con la autoría mediata y complicidad, DPC 22 (2008), 65; *la misma*, Revueltas, multitudes y Derecho penal, 2019; *la misma*, La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, RP 50 (2022), 130; *Gómez Tomillo*, Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos: tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva, RDPC 10 (2002), 73; *González Lillo*, Autoría y participación como criterios de imputación, 2023; *Górriz Royo*, El concepto de autor en Derecho penal, 2008; *la misma*, Autoría y participación a la luz de la acción significativa, en: González Cussac (ed.), Lenguaje y dogmática penal, 2019,110; *Greco*, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS 2011, 9; *Gutiérrez Rodríguez*, La responsabilidad penal del coautor, 2001; *Haas*, Kritik der Tatherrschaftslehre, ZStW 119 (2007), 519 (=Crítica a la teoría del dominio del hecho, en Falcone -ed.-, ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 71); *el mismo*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008; *Hernández Plasencia*, La autoría mediata en Derecho Penal, 1996; *el mismo*, Imputación objetiva versus dominio del hecho, LH Cerezo Mir, 2002, 735; *el mismo*, La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada, RDPC 17 (2006), 17; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *el mismo*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen, 2000, 33; *el mismo*, Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales, en: Reyes/Orozco (eds.), Aparatos organizados de poder, 2020, 120; *Hruschka*, Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110 (1998), 581; *Hüttemann*, Die Rechtswidrigkeit der Haupttat und der Vorsatz des Teilnehmers — ein ungeklärtes Verhältnis, ZStW 133 (2021), 936; *Husak*, Justifications and the Criminal Liability of Accessories, JCL&Crim 80 (1989), 491; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz und Tatbestimmheit, 1992; *Jain*, Individual Responsibility for Mass Atrocity: In Search of a Concept of Perpetration, Am. J. Comp. L. 61 (2013), 831; *Jakobs*, La prohibición de regreso en el delito de resultado, en: el mismo, Estudios, 1997, 260; *el mismo*, La autoría mediata con instrumentos que actúan por error, 1998; *el mismo*, El ocaso del dominio del hecho, en: el mismo, Injerencia y dominio del hecho, 2001, 63; *el mismo*, Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori, en: Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata, 2010, 105; *el mismo*, Teoría de la intervención, 2016; *el mismo*, Accesoriedad. De los presupuestos de la organización común, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 249; *Jiménez Martínez*, Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder, 2017; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; *Kadish*, Complicity, Cause and Blame: a Study in the Interpretation of Doctrine, California L. R. 73 (1985), 323; *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Kindhäuser*, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, FS Hollerbach, 2001, 627 (=Cuestiones fundamentales de la coautoría, RP 11 -2003-, 53); *el mismo*, Zum Begriff der Beihilfe, FS Otto, 2007, 360 (=Sobre el concepto de complicidad, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 289); *el mismo*, Infracción de deber y autoría — Una crítica a la teoría del dominio del hecho, REJ 14 (2011), 41; *el mismo*, Zur limitierten Akzessorietät der Teilnahme, GS Tröndle, 2019, 295; *el mismo*, Pflichtverletzung bei gemeinschaftlicher Tatbegehung, en: Papathanasiou *et al.* (eds.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, 9; *Klesczewski*, Formas básicas en la configuración del sistema dogmático en la intervención, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 161; *Koriath*, Zum Strafgrund der Anstiftung, FS Maiwald, 2010, 431; *Kramer*, Freedom of Expression as Self-Restraint, 2021; *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019; *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *Kutz*, Complicity: Ethics and Law for a Collective Age, 2000; *Lampe*, Tätersysteme: Spuren und Strukturen, ZStW 119 (2007), 471; *Landa Gorostiza*, La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana, 2002; *Lascano*, Criterios de imputación de autoría en delitos de lesa humanidad a los funcionarios públicos, LH Mir Puig, 2017, 661; *Leite, ¿Complicidad por mera pertenencia a la organización?, LH Luzón Peña, I, 2020, 741; Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992; *el mismo*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, 112; *el mismo*, Intervención delictiva e imputación objetiva, ADPCP 1995, 911; *el mismo, ¿Es la*

determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?, PJ 57 (2000), 83; el mismo, ¿Complicidad a través de un comportamiento adecuado al rol?, en: Falcone (ed.) ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 309; *López Barja de Quiroga*, Autoría y participación, 1996; *López Peregrín*, La complicidad en el delito, 1997; Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *el mismo*, Der Typus des Teilnehmertatbestandes, FS Miyazawa, 1995, 449; *Ludwig/Jankovic* (eds.), The Routledge Handbook of Collective Intentionality, 2018; *Luzón Peña*, La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889; *el mismo*, Bemerkungen zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft, GA 2021, 283; *Luzón/Díaz*, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría, FICP 2/2023, 117; *Manacorda/Meloni*, Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise, JICJ 9 (2011), 159; *Mansdorfer*, Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo, InDret 2/2007, 1; *Mañalich*, La estructura de la autoría mediata, Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) XXXIV (2010), 385 (=en: Falcone -ed.-, ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 205); *el mismo*, Norma, causalidad y acción, 2014; *el mismo*, Intervención organizada en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador, en: Couso/Werle (eds.), Intervención delictiva en contextos organizados, 2017, 23; *Maraver Gómez*, Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 627; *Martínez-Buján*, El contenido de la antijuridicidad, 2013; *el mismo*, Autoría mediata. Un estudio a la luz de la concepción significativa del delito, EPC XXXVIII (2018), 131; *el mismo*, Autoría y realización/ejecución (objetiva y positiva) del significado del hecho, LH Morillas Cueva, 2018, 421; *el mismo*, La autoría en Derecho penal, 2019; *el mismo*, Concepto lógico-gramatical de autor e imputación objetiva en sentido estricto, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 609; *el mismo*, La accesoriedad cualitativa de la participación, EPC XL (2020), 855; *Martínez Sanromà*, Motivación e intervención delictiva, 2023; *el mismo*, La complicidad psíquica, InDret 4/2023, 221; *Meini*, La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización, en: el mismo, Imputación y responsabilidad penal, 2009, 139; *el mismo*, El dominio de la organización de Fujimori, en: Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010, 213; *M.K. Meyer*, Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Miró Llinares*, Conocimiento e imputación en la participación delictiva, 2009; *el mismo*, Responsabilidad penal del partícipe y conductas ¿neutrales?, RDPC 1 (2014), 31; *Molina Fernández*, Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *el mismo*, El razonable regreso del dolo a la culpabilidad, LH Mir Puig, 2017, 735; *Moore*, Act and Crime, 1993; *el mismo*, Causing, Aiding, and the Superfluity of Accomplice Liability, U. Pennsylvania L. R. 156 (2007), 395; *Morillas Cueva*, La difícil ubicación sistemática de los responsables de aparatos organizados de poder, LH Andrés Ibáñez, 2019, 633; *Moura*, A instigação por omissão, en: Prof. Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, 2022, 321; *el mismo*, A conduta prévia e a culpa na comparticipação. A distinção entre autoria mediata e instigação, a partir de um conceito restritivo de facto, 2022; *Muñoz Conde*, Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio, ADPCP 1987, 301; *el mismo*, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?, RP 6 (2000), 104; *el mismo*, Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, RP 9 (2002), 59; *el mismo*, La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, RP 31 (2013) 17; *Muñoz Sánchez*, El agente provocador, 1995; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993; *el mismo*, Tatherrschaft durch Weisungsmacht, GA 1996, 269; *el mismo*, Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal, PJ 53 (1999), 153; *Mylonopoulos*, Inicio de la tentativa y coautoría, en: el mismo, Dogmática penal en un contexto internacional, 2017, 41; *Odriozola Gurrutxaga*, Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata, RECPC 17 (2005), 1; *Olásolo*, Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional, InDret 3/2009, 1; *el mismo*, El desarrollo en Derecho penal internacional de la coautoría mediata, DPC 27 (2009), 71; *Olmedo Cardenete*, La inducción como forma de participación accesoria, 1999; *Orozco López*, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten, 2018; *el mismo*, La graduación de la intervención

delictiva, InDret 2/2021, 150; *Orozco López/ Silva Santaularia*, Reflections on Indirect (Co-) Perpetration through an Organization, Journal of International Criminal Justice 20 (2022), 657; *Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002; *Otto*, Autoría en virtud de aparatos organizados de poder, en: Reyes/Orozco (eds.), Aparatos organizados de poder, 2020, 29; *el mismo*, Encubrimiento adelantado como complicidad mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión, InDret 4/2022, 359; *Palermo*, La participación como delito autónomo. Un análisis crítico, LH Reyes Echandía, 2022, 721; *Pariona Arana*, Autoría mediata por organización, 2009; *el mismo*, La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori, en: Ambos/Meini (eds.), La autoría mediata. El caso Fujimori, 2010, 233, *Peñaranda Ramos*, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990 (2.ª 2015); *el mismo*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *el mismo*, Caso Rose-Rosahl, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 61; *el mismo*, Imputación objetiva del comportamiento, alcance del tipo y concepto restrictivo de autor, LH Luzón Peña, 1, 2020, 887; *Pereira Garmendia*, Responsabilidad por los delitos atroces, 2016; *el mismo*, Joint Criminal Enterprise Revisited, LH Silva Sánchez, 2019, 695; *Pérez Alonso*, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, 1998; *Politoff*, Cometer y hacer cometer. Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, LH Barbero Santos, I, 2001, 1231; *Puppe*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101; *la misma*, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS 2007,234; *la misma*, Die Architektur der Beteiligungsformen, GA 2013, 514; *Quintero Olivares*, Los confines de la inducción, LH Cerezo Mir, 2002, 919; *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *el mismo*, ¿Un retorno a la edad de piedra? Aporías de la teoría del dominio del hecho, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 97; *Requena Juliani*, Delitos de acción y posición de garante, CPC 102 (2010), 91; *el mismo*, Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio, 2010; *Reyes Alvarado*, Intervención delictiva e imputación objetiva, ADPCP 2007, 97; *el mismo* (ed.), Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional, 2018; *el mismo*, La teoría del dominio del hecho: el fin de un ciclo, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 35; *Reyes/ Orozco* (eds.), Aparatos organizados de poder, 2020; *Reyes Romero*, Contra la autoría mediata por dominio de la organización, REJ 28 (2018), 109; *el mismo*, Sistema de intervención delictiva y concepto de autor, EnL 10 (2020), 108; *Riggi*, Interpretación y ley penal, 2010; *Risicato*, La causalità psichica tra determinazione e partecipazione, 2007; *Robinson*, Imputed Criminal Liability, Yale L. J. 93 (1984), 609; *Robles Planas*, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003; *el mismo*, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, 2007; *el mismo*, Las conductas neutrales en Derecho penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais 70 (2008), 190; *el mismo*, Riesgos penales del asesoramiento jurídico, LL 7015 (2008), 1; *el mismo*, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito, InDret 2/2012, 1; *el mismo*, La autoría no ejecutiva, InDret 2/2012, 1; *el mismo*, La estructura de la intervención en el delito, PolítCrim 15 (2020), 993 (=en: Falcone -ed.-, ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 145); *Roca de Agapito*, Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal, 2013; *Rodríguez Mourullo*, El autor mediato en Derecho penal español, ADPCP 1969, 461; *Ronco*, Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico, IP 2004, 815; *del Rosal Blasco*, Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, CPC 40 (1990), 97; *Roso Cañadillas*, Autoría y participación imprudente, 2002; *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternhemen, 1998; *el mismo*, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW 112 (2000), 518 (=¿Dominio del hecho en virtud de dominio de organización?, en: el mismo, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance, 2022, 91); *el mismo*, Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft, 2009; *el mismo*, De Eichmann a Fujimori, en: el mismo, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance, 2022, 147; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; *el mismo*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193; *el mismo*, Zur Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes, FS Salger, 1995, 129; *el mismo*, Was ist Beihilfe?, FS Miyazawa, 1995, 501; *el mismo*, Zur Mittäterschaft beim Versuch, FS Odersky, 1996, 489; *el mismo*, El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, RP 18 (2006), 242; *el*

mismo, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS 2006, 293; *el mismo*, Probleme psychisch vermittelter Kausalität, FS Achenbach, 2011, 421; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Rudolphi*, Die zeitliche Grenzen der sukzessiven Beihilfe, FS Jescheck, 1, 1985, 559; *Rueda Martín*, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP 9 (2002), 122; *Ruiz Antón*, El fundamento material de la pena en la participación, CPC 11 (1980), 47; *el mismo*, El agente provocador en el Derecho Penal, 1982; *Ruiz Rodríguez*, El delito de encubrimiento, 2001; *Rusconi*, Die Anstiftung: eine umstrittene Form der strafbaren Teilnahme, FS Sancinetti, 2020, 653; *Sánchez Lázaro*, Intervención delictiva e imprudencia, 2004; *el mismo*, ¿Qué es la autoría?, RP 20 (2007), 167; *el mismo*, Autoría, imputación y resultado, LH Luzón Peña, I, 2020, 1061; *Sánchez-Vera*, Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica trascendencia, ADPCP 1998, 344; *el mismo*, En los límites de la inducción, InDret 2/2012, 1; *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, 1991; *el mismo*, El ilícito propio de participar en el hecho ajeno, 1996; *el mismo*, Dogmática del hecho punible, 2003; Sánchez-Ostiz, El encubrimiento como delito, 1998; *el mismo*, ¿Encubridores o cómplices?, 2004; *el mismo*, Los delitos de encubrimiento, 2005; *Sarch*, Condoning the Crime: The Elusive Mens Rea for Complicity, Loyola U. Chicago L. J. 47 (2015), 131; *el mismo*, Is Parity of Culpability a Constraint on Accomplice Liability?, Ohio St. J. C. L. 15 (2018), 337; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930/1932; *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994; *el mismo*, Tatherrschaftslehren, 2009; *F.-C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Schünemann*, El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata, RDPC 25 (2004), 27; *el mismo*, El dominio sobre el fundamento del resultado, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981; *el mismo*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, ZIS 2006, 301; *Seminara*, Tecniche normative e concorso di persone nel reato, 1987; *Sereni*, Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale, 2000; *Serrano González de Murillo*, La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente, CPC 96 (2008), 129; *el mismo*, El encargo de contratar un ejecutor, ¿participación en la inducción o participación en el hecho principal?, CPC 99 (2009), 67; *el mismo*, Fundamento del castigo de las formas de participación preejecutivas, LH Morillas Cueva, 2018, 605; *Silva Sánchez*, ¿Pertenencia o intervención?, LH Ruiz Antón, 2003, 1069; *el mismo*, Empresas prevaricadoras. Delitos especiales de funcionarios públicos, sociedades mercantiles y medio ambiente, LH Górriz Royo, 2020, 785; *Simester/von Hirsch*, Crimes, Harms and Wrongs, 2011; *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007; *Sowada*, Die notwendige Teilnahme als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Timpe*, Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung, GA 2013, 145; *Vacchelli*, Implicaciones de un modelo normativo integrador en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva, LH Silva Sánchez, 2019, 551; *el mismo*, Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad, 2020; *el mismo*, La aportación individual a la obra colectiva, InDret 3/2021, 100; *Valdágua*, Início da tentativa do co-autor, 2.ª, 1993; *Villar*, ¿Participación sin modificación del hecho?, LH Silva Sánchez, 2019, 423; *Vives Antón*, Libertad de prensa y responsabilidad criminal, 1977; *Vives/Cuerda*, De nuevo sobre la autoría: algunos problemas metodológicos, LH Quintero Olivares, 2018, 505; *van Weezel*, Coautoría en delitos de organización, LH Jakobs, 2003, 277; *el mismo*, Coautoría, en: el mismo, Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal, 2008, 307; *el mismo*, Intervención delictiva y garantismo penal, ZIS 2009, 435; *el mismo*, Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva, RChDCP 1 (2012), 157; *el mismo*, Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal chileno, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 111; *Weigend*, Consideraciones sobre la responsabilidad del superior, en: Reyes (ed.), Autores, partícipes, 2018, 123; *Weisberg*, Reappraising Complicity, Buffalo C. L. R. 4 (2000), 217; *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011; *la misma*, Organisationsherrschaft und organisationsbezogene Beihilfe, GA 2019, 244; *Werle/Burghardt*, Autoría y participación en el Estatuto de la CPI, en: Reyes (ed.), Autores, partícipes, 2018, 95; *Yacobucci*, Criterios de imputación en el delito flagrante provocado, LH Mir Puig, 2017, 891; *Yaffe*, Intending to Aid, L&Ph 33 (2014), 8.

I. LA CONJUNCIÓN DE CONDUCTAS DESAPROBADAS

1. LA CONDUCTA DESAPROBADA Y SU ARTICULACIÓN CON OTRAS

1.1. Una visión general

La conducta desaprobada de un sujeto puede traducirse en la realización de un hecho *ex post* típico. Sin embargo, también cabe que varias «conductas desaprobadas», realizadas por sujetos distintos, se articulen entre sí y den lugar a un único resultado típico. Ambas posibilidades dan lugar a las afirmaciones respectivas de la existencia de una unidad o de una pluralidad de intervinientes en un «hecho punible». Ahora bien, en este segundo caso caben distintas posibilidades. Una primera es que los elementos de la descripción típica sean realizados por varios sujetos que los llevan a cabo conjuntamente. Por ejemplo, en un robo con intimidación, cuando un ladrón apunta a los empleados del supermercado mientras que otro se apodera del dinero de la caja. En cambio, otra posibilidad es que la intervención en el hecho punible tenga lugar mediante la realización de conductas que no se comprendan en su definición típica. Por ejemplo, mediante actos ejecutivos no típicos o a través de la realización de actos preparatorios que favorezcan la producción del hecho. Así es como interviene en un homicidio quien sujeta a la víctima mientras otro la apuñala; o como lo hace en el delito de robo del banco el empleado que, días antes del asalto, proporcionó a los atracadores la clave de acceso a la caja fuerte. 1

Frente a ello, es común afirmar que no interviene en un delito quien realiza actos posteriores a la ejecución o, más aún, a la consumación —respectivamente, adhesiones post-ejecutivas, actos post-consumativos—. Este último es el caso, por ejemplo, de quien da cobijo a los que huyen tras haber cometido un robo. En efecto, la forma de intervención tradicionalmente denominada encubrimiento —*auxilium post delictum*— ha desaparecido como tal en la mayor parte de los ordenamientos legales.[1] Así, se ha convertido en un tipo de delito contra la administración de justicia, relativamente autónomo (art. 451 CP español). Con todo, es preciso realizar algunas matizaciones a aquella valoración general, un tanto simplista. 2

Las conductas que constituyen formas de intervención en el hecho punible tienen lugar en un marco temporal que se identifica con las fases del *iter criminis*.[2] Sin embargo, la mera coincidencia en el tiempo no genera por sí sola una estructura de intervención de varios en un mismo hecho. Así pues, resulta preciso hallar criterios sustantivos —que pueden ser formales o materiales— para discernir cuándo varias conductas desaprobadas convergen en un hecho único. Por eso se discute sobre el fundamento del vínculo que produce una unidad de sentido entre las conductas de varios agentes. Para un sector 3

---

[1] *Sánchez-Ostiz* (1998); *el mismo* (2004); *el mismo* (2005).

[2] *Cuerda Riezu*, LH Mir Puig, 2017, 497 ss.

doctrinal, hay que buscarlo en la relación existente entre las conductas de quienes consuman el hecho típico y las de los otros agentes. En cambio, otra opinión trata de establecer la relación entre la conducta de cada uno de los intervinientes y un todo, al que cabría denominar «hecho típico conjunto». En realidad, lo que procede es combinarlas. En efecto, el hecho conjunto solo existe en virtud de quien lo lleva adelante, que es el autor, con su conducta ejecutiva. Sin embargo, más allá de esto, hay que subrayar que ambas posiciones adoptan una perspectiva *ex post,* que toma como criterio rector la realización del hecho típico.

4 Es necesario distinguir entre la unidad del hecho *ex post* y las distintas conductas *ex ante* desaprobadas y antinormativas, realizadas respectivamente por cada uno de los coautores y partícipes.[3] En efecto, estas últimas constituyen el fundamento de cada injusto culpable, puesto que cada uno solo puede responder por lo que hace. En cambio, la unidad *ex post* es la que constituye el hecho típico. Solo esta distinción hace inteligible que un único hecho punible —un homicidio, por ejemplo— dé lugar a que respondan por él múltiples personas. En efecto, estas no se distribuyen entre sí la pena de cinco a quince años, sino que cada una puede recibir toda la pena. Por tanto, en los casos de pluralidad de intervinientes inciden varias normas de conducta —una por cada interviniente—, que, al ser respectivamente infringidas, activan las correspondientes normas de sanción.

1.2. La conducta de un solo agente en su relación con un fenómeno natural

5 La teoría clásica del delito se ha construido, en primer lugar, sobre el caso del interviniente único. A su vez, este ha sido identificado automáticamente con la figura legal del autor directo o inmediato (art. 28, I CP español). Sin embargo, esta asociación no es correcta, porque cabe que la conducta de un interviniente único consista exclusivamente en no socorrer a la persona afectada por un riesgo natural —por ejemplo, un incendio—. En tal caso, aunque la víctima muera y el omitente fuera la única persona que la pudiera socorrer, no se afirma que este sea el autor de su muerte. En efecto, dados todos los demás requisitos, solo se le atribuye la infracción de un deber de solidaridad simple o cualificado (art. 195 CP español). Sentado esto, un supuesto de hecho problemático es aquel en el que el interviniente único empeora la situación del bien jurídico afectado, mediante una cierta interacción con la naturaleza. El empeoramiento de la situación del bien jurídico —el incremento del riesgo— constituye un punto de partida razonable de la atribución de responsabilidad penal (*cfr. supra* capítulo 10/25 ss.). Por ello, en los casos de interacción con la naturaleza, es frecuente que quepa apreciar una autoría directa activa del sujeto interviniente. Así, por

[3] Relativamente próximo, *Vacchelli* (2020), 108 ss.; *el mismo,* InDret 3/2021, 100 ss.

ejemplo, quien desata a un perro agresivo que estaba atado debe ser considerado autor directo de las lesiones que cause el animal; igual que quien aviva un incendio producido por un rayo para que alcance —o llegue más rápidamente— a las casas vecinas. Igualmente, en los casos de un garante que no impide un curso principal lesivo de carácter natural es común apreciar autoría directa omisiva del interviniente único. Esto vale también para los casos de interrupción de cursos salvadores que podrían haber evitado un resultado lesivo producido de modo natural (*cfr. supra* capítulo 11/164 ss.). Por ejemplo, cuando el curso de un tronco que iba río abajo, hacia el lugar en que se estaba ahogando una persona, es desviado para que no le llegue. En efecto, también en ellos se instrumentaliza el discurrir ordinario de la naturaleza.

Ahora bien, se dan otros casos de interacción con la naturaleza. Por ejem- 6
plo, el de quien levanta la pernera del pantalón para que las mordeduras de un perro causen más daño a la víctima. Estos parecen responder a la dudosa estructura del «favorecimiento de la producción de un resultado lesivo sin favorecer conducta alguna de autoría». Por ello, algunos autores integran estos casos en una extraña figura de «participación sin autoría» o de «participación sin hecho (humano) principal», dado que lo favorecido es un curso natural lesivo. Sin embargo, ello pone de relieve que no constituyen supuestos de participación. Como se verá, lo propio de la cooperación delictiva —material— es la auto-instrumentalización de un sujeto a favor de la conducta de autoría de un tercero. En cambio, lo que aquí se da es una forma débil de instrumentalización de la naturaleza. En ella, se favorecen procesos naturales, que no se dominan, ni se podrían impedir, pero cuya lesividad se desencadena o incrementa.

En los casos mencionados, el hecho sí debe atribuirse al interviniente 7
a título de autor único y directo. Es cierto que no domina el curso causal, pero, como se verá más adelante, en esta obra no se acoge el dominio del hecho como criterio de autoría. En cambio, su intervención sí tiene un significado de autoría, porque dicho significado es autónomo —no dependiente o accesorio— y directamente lesivo; además, nadie se la puede disputar.[4] Dicho significado consiste en la interrupción de ciertos cursos salvadores que, a su vez, no pueden evitar el hecho, sino solo minimizarlo. Sin embargo, hay que reconocer que esta autoría es cuantitativamente más débil que la ordinaria. Ello obliga aquí a un tratamiento análogo al de otros casos en los que cabe advertir una menor gravedad de la conducta o una mayor laxitud del nexo de imputación objetiva del resultado. En la legislación española, para la individualización de la pena en tales casos es preciso tener en cuenta la atenuante del art. 21.7.ª CP y la regla del art. 66.1.6.ª CP (*cfr. infra* capítulo 28/67).

---

[4] Sobre este criterio de la «pertenencia», *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 14/31 ss. Sobre el criterio del «significado», *Martínez-Buján* (2019), 74 ss., 105.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERACCIÓN DE UNA PLURALIDAD DE AGENTES

8 Los seres humanos no nacen ni viven aislados unos de otros, sino que su humanidad los lleva a relacionarse entre sí. Por tanto, su situación básica desde el nacimiento y a lo largo de toda su vida es la que viene dada por una red de vinculaciones interpersonales.[5] Ahora bien, a partir de este marco natural de convivencia, la interacción de cada persona con las demás se puede regir por uno de los tres principios fundamentales siguientes: (i) confianza, (ii) separación de esferas y (iii) desconfianza (*cfr. supra* capítulo 10/118 ss.). En el entorno más próximo a cada persona, el criterio rector es el principio de confianza. El ejemplo más claro es la familia, pero hay otros que se rigen por él, como el grupo de amigos, la comunidad escolar estrecha o incluso el círculo de compañeros más próximos. A su vez, aquel principio puede regir de modo limitado o máximo, en virtud de si cualquier indicio basta para tener que desconfiar del otro en quien de entrada se confía, o se exige el carácter manifiesto del comportamiento antijurídico del tercero.

9 En cambio, en la relación con los terceros ajenos a ese núcleo interpersonal de convivencia, se dan los dos criterios adicionales: por un lado, el principio de separación de esferas —relacionado con las instituciones de las conductas neutras y la prohibición de regreso—; por el otro, el principio de desconfianza. El criterio que rige de modo general entre sujetos imputables que se relacionan de modo distante y anónimo es el de separación de esferas. En estas interacciones cada agente se encuentra únicamente en posición de garante por sí mismo y carece de tal posición en relación con lo que puedan hacer o padecer los demás. Sin embargo, las personas, que nacen en el seno de la institución familiar, tienden además a conformar otras instituciones. En ellas encuentran seguridad con respecto a su propio comportamiento futuro y al de los demás, es decir, la génesis de nuevas relaciones de confianza sin las que es imposible la vida. Ahora bien, en ocasiones, ello genera relaciones jerárquicas que se tienen que basar en la desconfianza y, coherentemente, en la imposición de deberes de control a unos sobre otros. Con todo, hay que tener presente que la condición humana conduce a establecer permanentemente nuevas redes de confianza.

10 En efecto, a partir del principio de autorresponsabilidad, caben la cooperación y la actuación conjunta. Así, las reglas de interacción se modifican constantemente en virtud de la realización de actos libres de reorganización, de los que surgen deberes de protección de unos con respecto a otros. Normalmente, la cooperación humana tiene lugar para la obtención de bienes particulares para quienes intervienen en ella. Esto, además, contribuye a la realización del bien común político. Sin embargo, el Derecho penal se ocupa de las formas de cooperación para el mal, esto es, en la realización de conductas delictivas.

---

[5] *Renzikowski* (1997), 136.

II. LA INTERVENCIÓN DE VARIAS PERSONAS EN UN HECHO PUNIBLE

1. LOS ELEMENTOS LEGALES Y SUPRALEGALES

1.1. Generalidades

1.1.1. Los conceptos unitarios y diferenciadores

11 El debate básico de la teoría de la intervención en un hecho punible, que se ha prolongado a lo largo del tiempo, versa sobre si debe acogerse un concepto unitario o bien un concepto diferenciador.[6] En efecto, los conceptos unitarios parte de una primera determinación del concepto de interviniente con base en el criterio general que se adopte para la imputación del resultado. Luego, a continuación, establecen diferencias cuantitativas entre los diversos intervinientes en el hecho. Así pues, desde esta perspectiva, todos los intervinientes en el hecho son considerados autores, sin que existan diferencias entre ellos, salvo las propias de la individualización de la pena. En cambio, los conceptos diferenciadores parten de fijar la autoría típica en sentido estricto y luego extienden la responsabilidad mediante el recurso a las formas de participación.

12 En este marco, los conceptos unitarios tradicionales se asociaban a un entendimiento causal de la intervención delictiva —esto es, claramente *ex post*—, en el sentido de la doctrina de la equivalencia de las condiciones del resultado lesivo (*cfr. supra* capítulo 14/29 ss.). Así construidos, fueron acogidos en varios ordenamientos legales, como el italiano (art. 110 CP),[7] el brasileño[8] o, con ciertos límites, el austríaco.[9] Sin embargo, la doctrina dominante los sometió a una intensa crítica desde la lógica del principio de legalidad y, en concreto, de la categoría de la tipicidad. De hecho, en la mayoría de las legislaciones se han adoptado conceptos diferenciadores y, además, restrictivos de la autoría.[10] Con todo, en la doctrina del último medio siglo ha tenido lugar un cierto renacimiento de los conceptos unitarios de interviniente, con base en variantes de la doctrina de la imputación objetiva. Esta construcción unitaria procede mediante la adopción del concepto de un «injusto común», que pertenece a todos los intervinientes, aunque admite el establecimiento de diferencias graduales —cuantitativas— de merecimiento de pena entre unos y otros.[11]

---

[6] *Klesczewski* (2021), 161 ss.

[7] Con criterios de determinación de la pena en los arts. 111 y 112 CP italiano.

[8] Así, el art. 29 CP brasileño.

[9] *Peñaranda Ramos* (1990), 259 ss.; *Díaz y García-Conlledo* (1991), 67 ss.; *Bolea Bardon* (2000), 75 ss.; *Górriz Royo* (2008), 104 ss.; *Rotsch* (2009), 151 ss.

[10] *Bloy* (1985), 149-150; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 14/10; *Reyes Romero*, EnL 10 (2020), 132 ss.

[11] *Jakobs* (2001), 85; *el mismo* (2016), 22 ss., 88 ss.; *Lesch* (1992), 284 ss.; *el mismo*, GA 1994, 119 ss.; *Robles Planas* (2003), 143 ss., 290 ss.; *el mismo*, InDret, 2/2012, 2 ss.; *Reyes Alvarado*, ADPCP 2007, 97 ss.; *van Weezel* (2008), 323; *el mismo*, ZIS 2009, 435 ss., 440-441; *Rotsch* (2009), 296, 422 ss., 450 ss.; *Timpe*, GA 2013, 158 ss.; *Falcone* (2017), 127 ss.; *Orozco López*, InDret 2/2021, 150 ss.

1.1.2. La tradición española

13 El sistema de formas de intervención en el delito propio de la codificación española es el de la tradición romano-canónica —es decir, del *ius commune*—. Así, su punto de partida en el siglo XIX fue un concepto legal de autor de contenido amplio, que comprendía tres figuras dogmáticas: el autor ejecutivo —el que toma parte directa en la ejecución del hecho—; el autor moral o intelectual —el que fuerza o induce a otro a cometerlo—; y el partícipe principal o necesario —el que coopera al hecho con un acto sin el cual no se habría producido—.[12] Ahora bien, en el último tercio del siglo XX se alcanzó un consenso en el sentido de que tal concepto legal de autor no tenía consecuencias dogmáticas directas. Así, se concluyó que solo cumplía la función de establecer la misma penalidad para las conductas de los tres grupos de sujetos que «se consideran autores». Por lo demás, al margen del mencionado concepto legal de autor se hallaba la figura del cómplice, como partícipe secundario. En definitiva, el sistema de intervinientes propio de la tradición española es el que distingue entre autor —por ejecución, por inducción o por cooperación necesaria— y cómplice.[13] Una tercera forma de intervención, que era postdelictiva —el encubrimiento—, desde 1995 pasó a constituir un delito contra la administración de justicia. Por su parte, la legislación vigente desde ese año ha mantenido la equiparación penológica entre autores, inductores y cooperadores necesarios. Sin embargo, ha asumido ya la diferencia dogmática, propia de los conceptos restrictivos de autor, entre quienes «son autores» —el autor directo, el coautor y el autor mediato— y quienes solo «se consideran autores» —el inductor y el cooperador necesario— (art. 28 CP).

1.1.3. Las formas de intervención en el Derecho penal internacional

14 Desde su entrada en vigor, el Estatuto de Roma establece las formas de intervención en los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional. Estas se contienen, por un lado, en su art. 25.3 y son, en concreto, la autoría —art. 25.3.a)—, la inducción —art. 25.3.b)—, la complicidad —art. 25.3.c)— y la contribución de algún otro modo a la comisión de un crimen por un grupo —art. 25.3.d)—.[14] Por otro lado, en el art. 28 del Estatuto se contiene la figura de la denominada «responsabilidad del superior».[15] A su vez, esta comprende dos títulos diversos: el de los jefes militares y otros superiores que no impiden los delitos cometidos por sus subordinados; y el de la infracción por parte de aquellos del deber de promover la persecución de

---

[12] *Cerezo Mir*, ADPCP 1979, 567 ss.; *Peñaranda Ramos* (1990), 106 ss.; *Górriz Royo* (2008), 158 ss.

[13] Esto explica el título de la obra de *Gimbernat Ordeig* (1966).

[14] *Faraldo Cabana*, RDPC 16 (2005), 29 ss.; *Galán Muñoz*, RP 16 (2005), 72; *Gil Gil*, CPC 109 (2013), 109 ss.; *Gil Gil/Maculan* -eds.- (2012); *Werle/Burghardt* (2018), 95 ss.

[15] *Ambos*, RDPC 19 (2007), 39 ss.; *Bülte* (2015); *Garrocho Salcedo* (2016); *Weigend* (2018), 123 ss.; *Buján* (2021), 227 ss. Así, el art. 615 bis CP español.

tales delitos, una vez ya cometidos.[16] Como se advierte, este segundo título tiene su fundamento en un comportamiento postconsumativo del superior jerárquico, de modo que, en puridad, no debería considerarse una forma de intervención en el hecho punible.

15 En este ámbito se está dando un doble fenómeno. En primer lugar, la exportación jurídica del Derecho penal estatal al Derecho penal internacional. Así, por ejemplo, la atribución de responsabilidad con base en una «empresa criminal conjunta»[17] constituye el producto de la traslación al Derecho penal internacional de figuras propias de las legislaciones internas. En concreto, de la legislación antimafia en Italia y en Estados Unidos, llevada a cabo por el iusinternacionalista Antonio Cassese.[18] Igualmente, la figura de la autoría en virtud del dominio de un aparato de poder organizativo ha sido trasladada desde la doctrina alemana del Derecho penal al Derecho internacional.[19] Ahora bien, en segundo lugar, ha tenido lugar la importación de ciertas estructuras del Derecho penal internacional al Derecho penal estatal.[20]

1.1.4. Anticipación de lo que sigue

16 La conducta penalmente desaprobada puede tener un significado de autoría de un delito o de participación en él. Esto quiere decir que tanto el comportamiento del autor como el del partícipe infringen normas de conducta y realizan tipos de delito. Así las cosas, la diferencia entre ellos es significativa y se relaciona con la norma de conducta respectivamente vulnerada —principal o derivada— y con el tipo que se realiza —el de la Parte Especial, tal cual, o uno formado en virtud de la relación del tipo con la regla de la Parte general—. Sobre esta base, el abordaje de la teoría de la intervención delictiva requiere considerar elementos diversos. Al igual que en los demás ámbitos de la dogmática del delito, también aquí es preciso lograr un equilibrio entre las consideraciones estructurales-conceptuales, las teleológico-axiológicas y las de exégesis legal (*cfr. supra* capítulo 7/128 ss.). Para ello, deben considerarse la teoría de las normas y la del sentido de las acciones como elemento estructural-conceptual; las exigencias de merecimiento de pena, como elemento teleológico-axiológico; y la teoría de los tipos y de las reglas de la Parte General relativas a la intervención, como elemento legal.

---

[16] El debate doctrinal versa sobre si el art. 28 del Estatuto de Roma es una forma de atribución en comisión por omisión de los delitos de los subordinados, constituye una omisión pura o bien da lugar a un *tertium genus*. *Demetrio Crespo*, LH Quintero Olivares, 2018, 329 ss.

[17] En inglés, «*joint criminal enterprise*». Sobre su acogida en la costumbre internacional, *Pereira Garmendia*, LH Silva Sánchez, 2019, 700 ss.

[18] *Cassese* (2016). Sobre ello, *Ambos*, RDPC 19 (2007), 39; *Olásolo*, InDret 3/2009, 1 ss.; *Pereira Garmendia* (2016); *Garrocho Salcedo* (2016).

[19] En inglés, «*indirect perpetration*». *Manacorda/Meloni*, JICJ 9 (2011), 159 ss. Críticos *Orozco López/Silva Santaularia*, JICJ 20 (2022), 657 ss.

[20] *Galán Muñoz*, RP 16 (2005), 72.

1.2. La teoría de las normas

1.2.1. La norma de conducta

17 En relación con cada tipo delictivo existe un sistema de normas de conducta, compuesto por unas principales y otras derivadas. Así, las dos normas principales de conducta se refieren a los posibles autores: son la de la tentativa perfecta activa y, en el caso de que el tipo admita la comisión por omisión, la de la tentativa perfecta omisiva. Estas, si las proyectamos por ejemplo sobre el homicidio, rezan, respectivamente: «no hagas lo preciso para matar» o bien «haz lo necesario para evitar la muerte». Sin embargo, junto a ellas existen normas derivadas. Así, algunas de ellas se dirigen al mismo destinatario de la norma principal. Por ejemplo, la norma derivada que prohíbe la tentativa imperfecta; o la norma derivada —el mandato— de evitar el resultado tras la tentativa perfecta (*cfr. supra* capítulo 15/89 ss.). En cambio, otras normas derivadas tienen una configuración distinta. Así, por ejemplo, la que prohíbe conductas auto- o heterofavorecedoras en fase preparatoria; la que prohíbe conductas favorecedoras en fase ejecutiva; y el mandato de conductas de neutralización de riesgos colaterales (en la comisión por omisión) (*cfr. supra* capítulo 8/157 ss.).

18 Esto pone de relieve que a cada sujeto que interviene en un hecho punible se le dirige su propia norma directiva de conducta. Así, existen normas de conducta principales, dirigidas a los autores, y otras derivadas, dirigidas a los partícipes.[21] Por lo tanto, los partícipes que intervienen en la fase previa realizan, ya en el momento en el que actúan, una conducta prohibida —antijurídica, en su caso, antinormativa—, aunque dicha conducta no sea todavía típica. En efecto, esta devendrá en típica tan pronto como tenga lugar la infracción de una norma de conducta principal y, tras ella, el inicio de la tentativa por parte del autor. En definitiva, cada interviniente realiza su injusto culpable *ex ante* —infringe su norma de conducta— y las diversas infracciones solo se vinculan entre sí por la lesividad conjunta del hecho *ex post*. A su vez, esta lesividad solo se produce, como mínimo, con el «desvalor del resultado» de la tentativa imperfecta. A ningún interviniente se le exige responsabilidad por la conducta de otro, sino que cada uno solo responde por la propia conducta. Ahora bien, el sentido de la conducta de cada uno viene dado por el campo de sentido, esto es, por el contexto en el que actúa. Por lo tanto, es la relación con los demás la que determina el preciso significado de los actos de cada uno (por ejemplo, «ayudar a») y su valoración jurídica.[22] Obviamente no es lo mismo ayudar a matar que a robar, aunque la dimensión física de la conducta favorecedora sea la misma —por ejemplo, forzar una puerta—.

---

[21] *Rudolphi*, FS Jescheck, I, 1985, 570-571; *Stein* (1988), 31-32; *Renzikowski* (1997), 123 ss. Críticos, desde perspectivas diferentes, *Timpe*, GA 2013, 157 n. 65; *Mañalich* (2014), 71 ss.

[22] *Kindhäuser* (2021), 19-20.

1.2.2. La norma de sanción

19 Las normas de conducta tienen una configuración personal, que se refiere a la conducta de cada sujeto, contemplada *ex ante*. En cambio, la noción de codelincuencia, al igual que la de intervención, se refiere al hecho *ex post*. En efecto, la afirmación de la existencia de una pluralidad de intervinientes requiere la determinación de algo en lo que intervienen. Es decir, de algo que puede caracterizarse como «hecho del autor o coautores» o bien como «hecho conjunto» de todos los intervinientes. Si el hecho se define como algo propio de los autores, los demás intervinientes —partícipes— intervienen externamente en él. Si, por el contrario, el hecho conjunto es de todos, entonces la intervención es interna. En todo caso, el hecho de que haya varios sujetos cuyas conductas muestren una conexión con el resultado lesivo producido no permite todavía hablar siquiera de «intervinientes» en un delito. Basta pensar en el ejemplo de un accidente de tráfico en el que se ven implicados distintos conductores. Así, hay que distinguir entre (i) la codelincuencia o intervención de varios sujetos en un hecho punible; y (ii) la forma de actuación paralela o convergente que en España se ha denominado tradicionalmente «autoría accesoria», en la que se da más de un hecho punible. Aquí se opta, para designar a esta última, por las expresiones «autoría paralela» e «intervención paralela».[23]

20 El punto de vista *ex post*—el de la lesividad— permite comprender qué es lo que une a todos los intervinientes en el hecho común. Sin embargo, sigue sin entenderse por qué reciben penas de modo acumulativo y no distributivo. En efecto, el sentido de este fenómeno solo se advierte si se tiene en cuenta que, en los casos de pluralidad de intervinientes en un hecho punible, concurre una pluralidad de conductas antinormativas. Ciertamente, estas se acaban integrando en un hecho único desde la perspectiva de la lesividad material. Ahora bien, el modelo de sanción de la intervención no se centra en el hecho conjunto de la lesión —en ese caso, se daría un reparto de la responsabilidad, como en Derecho civil de daños—. Por el contrario, parte de la infracción personal de cada norma de conducta por parte de su destinatario.[24] Además, permite poner de relieve que cabe que un mismo sujeto puede realizar varios injustos culpables en relación con un mismo «hecho punible común». Por ejemplo, puede ser, a la vez, coautor e inductor de otro coautor, o de un partícipe. Pues bien, el que se le castigue por todos esos comportamientos o solo por alguno de ellos depende de la teoría que se acoja acerca del concurso real —propio o impropio (de leyes)— y de sus determinantes. Esto significa que no tiene que ver con los propios injustos culpables, sino con la punibilidad —esto es, con

---

[23] En el original alemán, «*Nebentäterschaft*».

[24] Relativamente próximo, *Vacchelli*, LH Silva Sánchez, 2019, 560 ss.; *el mismo* (2020), 108 ss.; *el mismo*, InDret 3/2021, 100 ss. La diferencia radica en que este autor intenta una síntesis entre la doctrina de las normas directivas de conducta y la de las expectativas institucionalizadas (*cfr. supra* capítulo 8/61 ss.).

la valoración de si es equitativo castigar tantas conductas antinormativas en relación con un único hecho—. En general, a ello se responde negativamente.

1.2.3. Otras posiciones

21 Una posición distinta ha partido de sostener que todos los intervinientes, mediante su hecho conjunto, lesionan *ex post* una misma y única norma, que es la «expectativa institucionalizada» derivada del tipo. Sin embargo, con posterioridad este planteamiento se ha visto obligado a afrontar el problema de la intervención en «fase previa», es decir, la calificación de aquellas conductas realizadas por los intervinientes antes del inicio de la tentativa.[25] Para ello, ha modificado sus premisas distinguiendo entre quienes intervienen en la fase ejecutiva y quienes lo hacen en la mencionada fase preparatoria. Así, finalmente ha pasado a sostener que estos últimos no vulneran la expectativa, sino solo incumbencias —en ocasiones, denominadas deberes secundarios—.[26] Pues bien, el contenido que se asigna a estas es sustancialmente el mismo que el de las normas de conducta derivadas —no favorecer la infracción del deber del autor—. Sin embargo, la consecuencia que se atribuye a su infracción es muy distinta. En efecto, esta doctrina sostiene que quienes infringen incumbencias no obran de modo prohibido. Por el contrario, lo que sucede es que, una vez que el autor ha realizado el tipo, la infracción de sus incumbencias por parte de los partícipes da pie a la imputación de la realización típica a estos. En definitiva, lo que se imputa a cada uno de los intervinientes —a unos, por intervención ejecutiva; a otros por lesión de una incumbencia previa— es el hecho conjunto.

22 Por su parte, una tercera posición sostiene una teoría de las normas distinta de las anteriores (*cfr. supra* capítulo 8/66). En consecuencia, afirma que únicamente el autor directo —o, en su caso los coautores en sentido estricto— lesionan la norma que resulta del tenor del tipo. En cambio, al autor mediato, a los coautores en sentido amplio y a los partícipes se les imputa el hecho del autor, esto es, un hecho ajeno.[27] En efecto, el favorecimiento se considera constitutivo solo de la infracción de un deber, de modo que no está prohibido en sí, sino que constituye un título de imputación de lo que está verdaderamente prohibido —la conducta del autor—. Ciertamente, esta construcción es una consecuencia necesaria de la concepción de las normas como formulación contradictoria de los tipos de la Parte Especial. Sin embargo, conviene advertir que este planteamiento formalista «ontologiza» —es decir, asigna una relevancia estructural (categorial)— a una decisión de técnica legislativa, cuya razón última puede ser de mera economía. Aparentemente, esta posición admitiría que, si en la definición de los delitos en la Parte especial se

---

[25] Sobre el problema, desde una perspectiva diversa, *Vacchelli* (2020), 187 ss.

[26] *Jakobs* (2012); *el mismo* (2016); *Timpe*, GA 2013, 157 n. 65. Crítico, *Robles Planas* InDret 2/2012, 1 ss.; *el mismo*, PolítCrim 15 (2020), 993 ss.

[27] *Mañalich* (2014), 71 ss., 76 ss.; *el mismo* (2017), 27, 36 ss., 38; *González Lillo* (2023).

mencionaran repetidamente todas las formas de intervención, entonces sería posible afirmar que todas ellas infringen normas.

1.3. La teoría de los tipos de la Parte Especial

1.3.1. Las alternativas

A propósito de la teoría de la tipicidad, en lo que aquí interesa cabe sostener 23
dos posiciones básicas. La primera afirma que los tipos describen el conjunto de conductas que se hallan en relación de «imputación objetiva» con el resultado típico. Por su parte, la segunda sostiene que las descripciones típicas excluyen determinadas conductas que, sin embargo, muestran merecimiento de pena en relación con la producción de dicho resultado. Así, la adopción de esta última conduce a la conclusión de que las conductas de los partícipes son *prima facie* atípicas, de modo que su relevancia penal requiere la existencia de reglas legales en cuya virtud se tipifiquen. La primera posición no afronta dificultades decisivas en los delitos puros de resultado, como el homicidio. En realidad, también aquí es discutible, en términos de legalidad, la afirmación de que el que hace surgir la decisión de matar o el que ayuda a matar también matan. Sin embargo, desde luego ello es todavía más problemático en el caso de los delitos de mera actividad, de medios determinados o con elementos disposicionales (*cfr. supra* capítulo 10/52 ss.). En efecto, el que entrega un altavoz al injuriador no injuria; el que proporciona una pistola a los atracadores no roba con intimidación; y el que da una ganzúa al ladrón no se apodera de nada con ánimo de apropiación.

El mencionado punto de vista tropieza, en fin, con las máximas dificultades 24
en el caso de los delitos especiales propios (*cfr. infra* capítulo 17/4). Ciertamente, el particular que ayuda a cometer una malversación no malversa, porque para esto último es preciso ser funcionario. En realidad, una variante de esta posición ha sostenido que las formas de participación en delitos de infracción de un deber —una modalidad especialmente rígida de los delitos especiales— son impunes salvo que sean objeto de tipificación expresa. Sin embargo, ello conduce a una conclusión que tampoco puede ser aceptada en términos político-jurídicos. A saber, la de que existen formas de participación en el delito que *de lege lata* deben reputarse impunes en todos los sistemas jurídico-penales del mundo por un supuesto error de tipificación. Ello se hace especialmente difícil de asumir si se tiene en cuenta, además, que muchas de ellas constituyen supuestos de intervención en hechos graves de corrupción pública.

1.3.2. La solución acogida

De conformidad con lo que se ha venido afirmando (*cfr. supra* capítulos 25
8/157 ss.; 15/18), aquí se sostiene que la conducta de cada uno de los que participan en la consumación y en la tentativa perfecta del autor es antiju-

rídica por infringir una norma derivada. A su vez, esta deriva de la puesta en relación del correspondiente tipo de la Parte Especial y de la regla de la participación contenida en la Parte General del respectivo Código penal. Adicionalmente, quien participa en la tentativa imperfecta del autor obra de forma antijurídica por infringir la norma derivada que surge de la puesta en relación del correspondiente tipo de la Parte Especial con dos reglas legales de la Parte General: la regla de la tentativa y la de la participación. Ahora bien, en todo caso el fundamento de la punibilidad de los intervinientes se halla en la realización del tipo consumado de la Parte Especial o bien del tipo resultante de la puesta en relación del tipo correspondiente con la regla general de la tentativa.

1.4. La teoría de las reglas de la Parte General

1.4.1. Las alternativas

26 En lo relativo a la naturaleza jurídica de las reglas legales contenidas en la Parte General de los códigos penales, relativas a la intervención de varios sujetos en un delito, caben tres posibilidades teóricas. La primera posición, que parte de que todos los intervinientes realizan el tipo —esto es, de la premisa de los conceptos unitarios—, sostiene a su vez que las cláusulas de la Parte General cumplen la función de meras reglas de determinación del marco de pena que rige para cada clase de interviniente. Sin embargo, como se ha indicado, esta posición ha sido corregida por sus principales defensores para abordar el problema del partícipe que actúa en la fase previa al inicio de la ejecución. Ello ha conducido a atribuir una doble función a las reglas de la Parte General. Por un lado, la ya mencionada, para los intervinientes en fase ejecutiva. Por otro lado, la de reglas de imputación *sui generis* en cuya virtud se les atribuye el hecho conjunto a los partícipes no ejecutivos.[28]

27 La segunda posición parte de que solo los autores realizan el tipo.[29] Como se advierte, esta idea conduce a la construcción de conceptos diferenciadores y, en general, restrictivos de autor. Así, las reglas de la Parte General se consideran «cláusulas de extensión de los tipos», en cuya virtud se definen como delictivas las conductas de intervención distintas de la autoría. Por tanto, de cada una de ellas —en su relación con el tipo concreto— se deriva una norma de conducta propia para cada interviniente. Esto, a su vez, determina que a cada uno de ellos se le impute subjetivamente su propia conducta desaprobada.[30] En este punto, la divergencia entre los conceptos restrictivos radicales y limitados se advierte en la disputa acerca si cabe entender que los coautores y los autores

---

[28] Una variante de este planteamiento sostiene que todos los intervinientes realizan el tipo, pero no infringen la misma norma de conducta, sino normas con contenidos distintos: *Vacchelli* (2020), 108 ss.

[29] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 98.

[30] *Renzikowski* (1997), 123 ss., 127; *Gil Gil* (2007), 341-342; *Silva Sánchez*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1123.

mediatos realizan el tipo o son responsables únicamente en virtud de la regla de la Parte General que así lo establece.

En fin, la tercera posición entiende que solo los autores realizan el tipo e infringen la norma que se infiere de este. Sin embargo, a diferencia de la posición anterior, sostiene que los partícipes no realizan ningún tipo ni tampoco infringen norma alguna. En efecto, afirma que las cláusulas legales de la Parte General son reglas de imputación del hecho típico del autor a determinados sujetos —los partícipes—, a los que no se les imputa ni su propio hecho ni tampoco un hecho conjunto. Así pues, al cooperador y al inductor se les imputa un hecho ajeno —el del autor— y su conducta no es antinormativa, sino que solo infringe un deber. A su vez, esta infracción de deber constituye para ellos el título de imputación del hecho del autor.[31] En este último marco se mueven las denominadas «doctrinas de la imputación» norteamericanas,[32] es decir, criterios de atribución de responsabilidad a un sujeto que no ha cometido propiamente un delito —a este género pertenecen la autoría mediata, la complicidad y la comisión por omisión—. Desde esta perspectiva, no es que el autor mediato realice el hecho, sino que simplemente se le imputa la autoría del instrumento. 28

1.4.2. La solución acogida

Existe una única doctrina sobre cuya base cabe construir una teoría de la intervención plenamente aplicable a todos los delitos en el marco de la legislación vigente. Esta, por su parte, ha de asumir que las reglas legales relativas a la codelincuencia tienen carácter constitutivo. Es decir, que son algo más que meras reglas de determinación de la pena. A partir de ahí, cabe discutir si son cláusulas ordenadas a la construcción de tipos derivados para los intervinientes distintos del autor, o bien son reglas de imputación extensiva del hecho típico del autor a otros sujetos. En función de lo uno o de lo otro, tales reglas pueden entenderse como co-constitutivas de la norma de conducta del partícipe, o bien como expresivas de normas de sanción dirigidas al juez —como reglas de imputación—. Sin embargo, incluso esta última posición tiene que aceptar que de ellas se deriva alguna clase de «deber» de conducta para los intervinientes distintos del autor directo. Pues bien, o se entiende que este deber es distinto del que deriva de las normas y de las incumbencias —una tercera entidad— o se acepta lo más sencillo. Esto es, que de esas reglas —en su integración con los tipos— cabe inferir tanto normas de sanción dirigidas al juez como normas de conducta (deberes) dirigidas a tales sujetos. 29

Así pues, las cláusulas de la Parte General relativas a la intervención delictiva cumplen una triple función. Por un lado, permiten la construcción de la norma de conducta individual —derivada— y, con ello, la constitución del 30

[31] *Kindhäuser*, REJ 14 (2011), 41 ss.; *Mañalich* (2017), 27 ss.; *González Lillo* (2023).

[32] En inglés: «*doctrines of imputation*». Sobre ello, *Robinson*, Yale L. J. 93 (1984), 609 ss.

injusto del partícipe. Por otro lado, fundamentan la punibilidad del partícipe a partir de la realización, por parte del autor, del tipo de la consumación, de la tentativa perfecta, o de la imperfecta. En fin, establecen la pena imponible. En todo esto, es importante tener presente que la teoría de la autoría y la participación no se aplica solo al delito consumado. Además, se debe poder aplicar también a la intervención en una tentativa perfecta o imperfecta. Por tanto, la prueba de la corrección de una teoría de la intervención no es solo el tenor de los tipos, sino el tenor de estos en su conjunción con la cláusula de la tentativa. Este es un argumento más que pone de relieve por qué es preferible una consideración limitada de los tipos. En efecto, quien «ayuda a intentar» desde luego tampoco realiza el tenor de la regla de la tentativa.

2. LOS VÍNCULOS ENTRE LOS DIVERSOS INTERVINIENTES

2.1. Las relaciones de coordinación, subordinación y agregación

31 Una determinada acción, entendida como unidad de sentido, puede ser realizada por una persona, o por varias personas que realizan acciones individuales en un contexto de obrar conjunto. Con base en esta idea, en Derecho penal es común distinguir entre autoría única —unidad de sustrato y de sentido— y coautoría —pluralidad de sustratos y unidad de sentido—. Sin embargo, tal posibilidad no es exclusiva de las conductas de autoría. En efecto, también las conductas de inducción o de cooperación pueden ser realizadas por una sola persona o por varias en un contexto de obrar conjunto con unidad de sentido. Por eso puede hablarse asimismo de «co-inducción» y de «cooperación conjunta», aludiendo a una dependencia recíproca de sentido entre las acciones de varios sujetos.

32 Ahora bien, la relación que existe entre dos autores o dos cooperadores que obran conjuntamente no es la misma que existe entre un cooperador y un autor. En efecto, tanto la conducta de cooperación como la de inducción necesitan referirse a otra conducta, principal con respecto a ellas —la conducta de autoría con la que se coopera o a la que se induce—. Sin embargo, ello no impide que, igualmente, otras conductas de terceros pueden referirse a aquellas, por ejemplo, cooperando o induciendo a una inducción, e igualmente induciendo a una cooperación o cooperando con ella. Por eso, puede existir conceptualmente un inductor o un cooperador a la cooperación. En fin, cualquier acción puede llevarse a cabo de forma directa o instrumentalizando a otro. Así pues, cabe tanto una autoría mediata, como una «inducción mediata», como igualmente una «cooperación mediata».

33 Lo anterior puede resumirse indicando que las estructuras de actuación conjunta y de instrumentalización de otro no son específicas de la autoría, sino que pertenecen a la teoría filosófica de la acción. Igualmente pertenecen a tal teoría de la acción las estructuras de cooperación —realizar una acción de ayuda a otra— y de inducción —hacer surgir la decisión de realizar deter-

minada acción—. En definitiva, dado un hecho delictivo, cabe que entre los intervinientes en él existan relaciones de coordinación —en el plano de la autoría o en cualquiera de los otros planos— o bien de subordinación —dependencia—. Así, la relación es de coordinación cuando las prestaciones son recíprocas, de modo que la aportación de cada uno de los que obran se inscribe en una acción conjunta, como unidad de sentido común a todos. Solo esto último permite hablar de coautoría, co-cooperación o co-inducción.

Por su parte, la relación de subordinación se puede producir por autoins- 34
trumentalización o por heteroinstrumentalización. En efecto, la primera tiene lugar cuando un interviniente proporciona un bien o realiza una prestación de los que se sirve otro en la realización de su acción —cooperación material—. En cambio, la segunda se produce cuando un interviniente incide sobre el proceso de acción o de motivación de otro —autoría mediata, inducción, cooperación psíquica o moral—. Desde luego, la combinación de lo anterior puede producir cadenas de relaciones. Así, por ejemplo, es posible que «A» haga surgir la decisión de «B» de determinar, a su vez, la decisión de «C» de cooperar en la acción de «D», consistente en inducir a «E» a matar a «V». La cuestión es determinar qué eslabones de estas cadenas se mueven en el ámbito de lo punible y cuáles no.

En fin, la intervención paralela, que puede tener lugar mediante acumu- 35
lación o mediante otras formas de coincidencia, no constituye una forma de actuación conjunta. En efecto, su especificidad radica en que se trata de una actuación no coordinada ni subordinada, sino tan solo agregada, de dos o más sujetos. Su aptitud para constituir una forma de realización típica es discutible, sobre todo en aquellos casos en que se trata de la actuación agregada de una pluralidad relativamente indeterminada de sujetos y prolongada en el tiempo (*cfr. supra* capítulo 2/146 ss.). Con todo, en algunos casos el legislador lo establece así de modo expreso (por ejemplo, en los arts. 325.1, 325.2 y 326.2 CP español). En todo caso, la actuación paralela, acumulativa o coincidente, no pertenece a la doctrina de la intervención en el delito, puesto que en ella se dan varias conductas típicas separadas —no coordinadas, ni subordinadas entre sí— que dan lugar a diversos hechos punibles (*cfr. infra* capítulo 17/103).[33]

2.2. La conformación del significado de una «conducta conjunta»

Para caracterizar el fenómeno de la realización conjunta del hecho por par- 36
te de los coautores se ha utilizado tradicionalmente la expresión de «imputación recíproca». En efecto, esta pretende subrayar que, en virtud del acuerdo, a cada coautor se le «imputa» la parte del hecho que no realiza. Esto parece querer decir que en la coautoría se da una especie de ficción de autoría única. Sin embargo, tal expresión no da cuenta de la realidad, que consiste precisamente en que los coautores realizan una conducta conjunta. Es decir,

[33] *Murmann* (1993), 130 ss., 139: aunque solo se lesiona un objeto del bien jurídico.

lo que se «imputa» a cada coautor es esa conducta conjunta, en su totalidad; es decir, esa unidad de sentido. Por lo tanto, la noción que mejor expresa la dependencia recíproca que existe entre las conductas de los diferentes coautores no es la de imputación recíproca, sino la de «significado compartido». Sin embargo, esta no alude a una cuestión de imputación, sino precisamente de atribución de un significado. En efecto, es un juicio de significado lo que hace de varias conductas —las de los diversos coautores— una única «acción conjunta».

37 Así pues, la pregunta específica de la coautoría, correctamente formulada, es la relativa a cómo surge tal acción conjunta. Pues bien, esta solo puede surgir a través de los medios ordinarios de producción de una unidad de sentido. Estos son, ante todo, las intenciones convergentes de los sujetos, pero excepcionalmente pueden serlo también otros indicadores de naturaleza objetiva o intersubjetiva. Al final, esto es, una vez constituida la unidad de significado de dos o más conductas, la imputación subjetiva y a título de culpabilidad a cada uno de los diversos sujetos se producen según reglas generales. Ciertamente, a partir de lo anterior podría concluirse que en realidad todos los codelincuentes son, en sentido lato, coautores del hecho en el que convergen sus aportaciones. Sin embargo, el legislador, al optar por un sistema diferenciado de intervención, ha excluido esa posibilidad, salvo en los casos en los que la propia redacción de un tipo delictivo concreto lo abona.

2.3. La accesoriedad como exigencia del significado de la conducta del partícipe

2.3.1. La accesoriedad cuantitativa y cualitativa

38 La pregunta acerca del significado de la conducta de un partícipe exige la consideración de algo que, en principio, es ajeno a dicha conducta vista aisladamente. En efecto, un inductor hace surgir una decisión, mientras que un cooperador ayuda a que una decisión ya adoptada se lleve a cabo. Sin embargo, tanto en la vida ordinaria como en el ámbito de la intervención en el delito, la determinación del significado concreto de la conducta de instigación o de favorecimiento requiere tener presente a «qué» se induce o a qué se ayuda. En efecto, una misma conducta de ayuda —por ejemplo, entregar un veneno a otro— no tiene el mismo significado jurídico si se entrega para combatir una plaga, para producir la inconsciencia de un ser humano, o para matarle. Así las cosas, se discute la razón por la que se castiga a un partícipe.[34] En concreto, si esta viene dada por lo que hace, aisladamente considerado, o por la ayuda que presta a otro para que cometa un delito determinado. En función de lo uno o de lo otro, es común dis-

[34] *Vacchelli* (2020), 35 ss.; *Klesczewski* (2021), 168 ss.

tinguir entre las doctrinas del fundamento autónomo y las del fundamento accesorio —o dependiente— del castigo de la participación, que a su vez muestran diversas variantes. Con todo, estas doctrinas no pueden valorarse de modo idéntico para todas las modalidades de intervención en el delito distintas de la autoría.

En efecto, la expresión «accesoriedad» significa, por un lado, «dependencia 39
significativa». A esto alude la denominada accesoriedad interna o cualitativa.[35] Mediante ella se designa el hecho de que el significado de la conducta desaprobada del partícipe depende del significado de la conducta del autor. Así, la entrega de una cuerda puede significar la ayuda a matar o a cometer unas detenciones ilegales. Sin embargo, esta dependencia significativa no concurre en el caso de la inducción. En efecto, el significado de la conducta del inductor se contiene en la propia conducta de este. Por lo tanto, desde esta perspectiva la conducta de inducción no es accesoria, sino autónoma. Es más, algunas modalidades de cooperación motivacional tampoco son dependientes del significado de la conducta del autor en los mismos términos en el que lo son las conductas de cooperación material. En el marco de la accesoriedad cualitativa se debate acerca de qué niveles categoriales de la teoría del delito deben concurrir en la conducta principal para fundamentar la responsabilidad del partícipe. Como se observa, en esta polémica lo que se discute realmente es si la conducta de participación, además de la dependencia de «sentido» con respecto a la conducta del autor, muestra una dependencia de la concreta «valoración» de esta última —en particular, de su antijuridicidad— e incluso de la «imputación» de ella al propio autor —del dolo o la imprudencia de este, así como de su culpabilidad—.

Ahora bien, existe una segunda dimensión de la accesoriedad: la externa 40
o cuantitativa.[36] En este sentido, la accesoriedad no designa la dependencia de la conducta del partícipe del sentido de la conducta del autor, sino la dependencia de la punibilidad de aquella de la lesividad del hecho de este. La exigencia de una accesoriedad cuantitativa se traduce en dos consecuencias concretas: (i) que la sanción de la conducta de participación requiere que haya comenzado la ejecución del hecho, mediante la realización de una conducta de tentativa; y (ii) que la conducta de participación se sanciona como participación en una tentativa o en un delito consumado en función del grado de ejecución que alcance el hecho del autor. Como se advierte, en este sentido sí es idéntica la accesoriedad de las formas de cooperación y de la inducción. En efecto, tanto unas como otras se sancionan, de modo general, requiriendo que se haya iniciado la ejecución del hecho y en función del grado de ejecución alcanzado. La única excepción viene dada por la existencia, no coincidente en los diversos sistemas legales, de actos preparatorios incondicionadamente punibles que son formas de cooperación

[35] *Peñaranda Ramos* (1990), 326 ss.; *Vacchelli* (2020), 277 ss.

[36] *Peñaranda Ramos* (1990), 327; *Cuerda Riezu*, LH Mir Puig, 2017, 497 ss.; *Vacchelli* (2020), 89 ss.

preparatoria o de inducción no seguidas de la ejecución del delito (*cfr. supra* capítulo 15/19 ss.).

2.3.2. Las doctrinas de la accesoriedad

2.3.2.1. Generalidades

41 En materia de accesoriedad cualitativa, es común distinguir entre doctrinas de la accesoriedad: (i) mínima; (ii) media o limitada objetiva; (iii) media o limitada objetivo-subjetiva; (iv) máxima; y (v) de la hiperaccesoriedad.[37] Sin embargo, conviene subrayar que la opción por un determinado modelo de accesoriedad de la participación, por sí sola, no es todavía suficientemente expresiva de los efectos prácticos del sistema de intervención que se propugna. Ciertamente, para advertir con claridad tales efectos es necesario contemplar de modo conjunto el modelo de accesoriedad y el concepto de autor que se propone. Por poner un ejemplo, (i) un modelo de accesoriedad máxima de la participación combinado con un concepto amplio —tendencialmente unitario— de autor produce un sistema de intervención que, en términos prácticos, no es muy distinto del derivado de (ii) un modelo de accesoriedad mínima combinado con un concepto restrictivo de autor y con una legislación en la que ciertas formas cualificadas de cooperación se castigan con la misma pena que la autoría.

2.3.2.2. La doctrina de la accesoriedad máxima

42 La doctrina de la accesoriedad máxima o extrema requiere, para sancionar al partícipe, que el autor realice una conducta antijurídica y culpable. Es decir, que vulnere la norma de determinación en el sentido que ello tenía en la sistemática neokantiana. Visto así, no es casual que esta concepción de la accesoriedad fuera dominante en la doctrina alemana en el período 1871-1943.[38] En la actualidad, un sector doctrinal ha vuelto a proponerla con fuerza, aunque a partir de otras premisas.[39] En concreto, su premisa fundamental es que las conductas de los sujetos no culpables no expresan sentido delictivo alguno, sino que constituyen meros factores causales —son «naturaleza»—. Ahora bien, como se ha indicado, hay que tener en cuenta que en estas últimas propuestas la doctrina de la accesoriedad máxima se combina con un concepto amplio tanto de coautoría como de autoría mediata. Ello es inevitable. En efecto, la doctrina de la accesoriedad máxima, para evitar lagunas de punibi-

---

[37] Esta última requiere para la sanción de la participación que el hecho principal sea punible. De modo extenso sobre todas ellas, *Vacchelli* (2020), 278 ss.

[38] Primero, porque el único criterio de delimitación del hecho era el dolo, dada la incapacidad para hacerlo de la teoría de la equivalencia de las condiciones; luego, por la vinculación del modelo con la teoría de la norma de determinación. Crítico, sin embargo, *Binding* (1919), 161.

[39] *Jakobs* (2016), 63 ss.; *el mismo* (2021), 249 ss.; *Pawlik* (2012), 272 ss.; *van Weezel* (2006), 204 ss., 360 ss.; *el mismo* (2008), 322 ss.; *Falcone* (2017); *el mismo*, InDret 3/2017, 1 ss.; *el mismo*, ZIS 2020, 212 ss.; *el mismo* (2021), 267 ss.; *Orozco López* (2018); *Vacchelli* (2020), 314 ss.; *el mismo*, InDret 3/2021, 107.

lidad, obliga —por ejemplo— a convertir a todo el que favorece la conducta de un inimputable en autor mediato, aunque tal favorecimiento sea mínimo.[40]

2.3.2.3. Las doctrinas de la accesoriedad media

43 La doctrina de la accesoriedad media o limitada, en su versión clásica —u objetiva—, rigió en la legislación alemana en el período 1943-1975. Sin embargo, ya había sido previamente propuesta por varios autores en el marco doctrinal del sistema neokantiano del delito.[41] En efecto, su base teórica es la consideración de que el injusto objetivo —el desvalor del resultado no compensado por un valor (justificante) del resultado— es común a todos los intervinientes. Por tanto, estos lesionan la misma norma de valoración, que opera de modo objetivo *ex post*. En cambio, cada uno de ellos infringe su propia norma de determinación, que actúa como directiva subjetiva *ex ante*. En definitiva, la sanción del partícipe requiere que la conducta del autor sea objetivamente antijurídica —es decir, no justificada—. En cambio, el juicio de culpabilidad —comprensivo del dolo o la imprudencia— es individual para cada interviniente.[42] Esta posición fue dominante en España durante muchas décadas del siglo XX y es probable que no haya desaparecido todavía.

44 Distinta de esta doctrina de la accesoriedad en relación con la antijuridicidad objetiva es la doctrina de la accesoriedad media o limitada, en su versión objetivo-subjetiva —procedente de la doctrina finalista—. Tal modelo es el vigente desde 1975 en la legislación alemana, debido a la intensa influencia en esta última de la obra de Welzel.[43] Pues bien, con base en él se requiere para la sanción del partícipe la realización por parte del autor de una conducta antijurídica en términos objetivo-subjetivos —dolosa—. Es decir, la vulneración por este de la norma de determinación del delito doloso entendida en los términos propuestos en su día por Armin Kaufmann.[44] Se entiende que solo así puede afirmarse que el partícipe toma parte en el injusto personal del autor. Además, a ello se añade que no cabe participar, ya por razones legales, en el delito imprudente. Sin embargo, esto no obsta a que conductas imprudentes concurrentes con otras dolosas se califiquen como conductas de autoría imprudente paralelas a la autoría dolosa. Ciertamente, tal subjetivización de la doctrina de la accesoriedad media pretende dar cuenta de una supuesta estructura lógico-material, es decir, preexistente al Derecho. Según esta, solo tiene sentido hablar de participación en relación con conductas principales dolosas. Ahora bien, esto es discutible tanto en términos lingüísticos como desde una perspectiva axiológica-teleológica. Pese a ello, esta posición parece ser la dominante en la doctrina de habla hispana, por la larga influencia del finalismo.

---

[40] Ya crítico *M. E. Mayer*, PG, 1915, 468-469.

[41] *Molina Fernández* (2001), 457 ss.

[42] Sobre el problema en el ámbito angloamericano, *Husak*, JCL&Crim 80 (1989), 491 ss.

[43] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 112 ss.

[44] *Arm. Kaufmann* (1954), 139-140.

2.3.2.4. La accesoriedad mínima objetiva

2.3.2.4.1. Generalidades

45 La posición que se adopta aquí trae causa de la teoría de las normas acogida en esta obra, así como de la regulación legal española de las formas de intervención. En efecto, según esto, cada interviniente vulnera el contenido de su propia norma de conducta.[45] Ahora bien, la conducta del autor tiene sentido por sí sola, sin necesidad de recurrir para ello a la de ninguno de los partícipes. En cambio, las conductas de los partícipes carecen de sentido por sí solas, puesto que es la conducta del autor la que les proporciona a aquellas el sentido que precisan. Por eso, la infringida por cada partícipe es una norma de conducta derivada, significativamente dependiente, de la norma del autor —«¡no ayudes...a matar!»—.

46 Esa dependencia significativa *ex ante* de la norma de conducta del partícipe —accesoriedad cualitativa— tiene luego un paralelismo *ex post*. En efecto, este viene constituido por la relación de accesoriedad de la participación con respecto a la realización del tipo objetivo *ex post* por parte del autor —accesoriedad con la medida de la lesividad de la conducta de este—. En efecto, es esto último lo que activa la norma de sanción tanto del autor como del partícipe. En definitiva, si no se inicia la tentativa del autor, no se activa la norma de sanción del partícipe. Igualmente, esta última tampoco se activa si la conducta principal no es punible por razones objetivas.[46] Sin embargo, sería incorrecto describir el modelo que se sostiene aquí como un modelo de «accesoriedad al hecho típico» o, si se quiere, «a la puesta en peligro o lesión del bien jurídico»,[47] incluidos los elementos objetivos de la punibilidad que determinan dicha tipicidad. En efecto, el modelo acogido es, en primer lugar, de accesoriedad cualitativa de la conducta del partícipe con respecto a la conducta *ex ante* intersubjetivamente típica del autor. Tras esto, en segundo lugar, se produce *ex post* la accesoriedad cuantitativa con respecto a la realización del tipo objetivo por el autor.

2.3.2.4.2. La justificación de la conducta de cada interviniente por separado

47 Ni la antijuridicidad ni la antinormatividad de la conducta del autor son condiciones necesarias del castigo del partícipe. Así, ciertamente cabe que la concurrencia de una causa de justificación en la conducta del autor tenga efectos justificantes sobre la conducta del partícipe. Incluso puede afirmarse que esto es lo más frecuente. Sin embargo, también es posible que no los tenga, como sucede cuando la situación justificante del autor se ha conformado en

---

[45] *Renzikowski* (1997), 125 ss., 127; *Sancinetti* (1997), 61-62.

[46] Próximos, *Vives Antón* (2.ª, 2011), 791 ss., 796; *Martínez-Buján* (2013), 90 ss.; *el mismo* (2019), 26 ss., 54 ss., 63 ss., 107 ss.; *el mismo*, EPC XL (2020), 855 ss.; *Silva Sánchez*, LH Górriz Royo, 2020, 798. También, aunque por referencia a la antijuridicidad objetiva, *Molina Fernández* (2001), 457 ss.; *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 735 ss.; *Robles Planas* (2003), 220 ss.; *el mismo*, PolítCrim 15 (2020), 1001.

[47] *Roxin*, AT, II, 2003, 26/1 ss.

virtud de una conducta provocadora realizada por el partícipe.[48] Así, por ejemplo, cuando un sujeto «A» provoca a «B» para que agreda a «C», la posterior ayuda de «A» a que «C» se defienda contra «B» no está justificada, aunque «C» actúe en legítima defensa.[49] Por lo tanto, la conducta de cada interviniente puede estar justificada o no, con independencia de si lo están las demás.

2.3.2.4.3. La imputación subjetiva y de la culpabilidad de cada interviniente por separado

48 Para la sanción del partícipe no es preciso que el autor haya infringido dolosamente, ni de modo culpable, su norma principal. En efecto, la imputación subjetiva y a título de culpabilidad del injusto de cada partícipe tiene lugar de modo autónomo con respecto a la propia del autor. Así pues, cabe que la conducta principal no le sea imputable al autor a título de dolo —por haber obrado en error vencible o invencible— y, sin embargo, el partícipe sea castigado por una participación dolosa. Lo mismo cabe si el autor obra sin culpabilidad, así que el partícipe en un hecho no culpable puede ser castigado como partícipe doloso y culpable. En definitiva, la antinormatividad de la conducta de cada interviniente —su injusto culpable— se establece por separado.

2.3.2.4.4. La situación legal española

49 El Código penal español no ha adoptado ninguna solución concreta en materia de accesoriedad de la participación. Por su parte, el Tribunal Supremo español asume en términos prácticos el modelo de la accesoriedad objetiva, sin requerir para la punibilidad de la participación la existencia de una conducta principal dolosa, ni siquiera imprudente. Esta doctrina de la accesoriedad objetiva ha sido desarrollada por la jurisprudencia a partir de los problemas que plantean los delitos especiales (*cfr. infra* capítulo 17/43). Ahora bien, de modo adicional permite fundamentar con relativa facilidad los supuestos de participación imprudente en delitos dolosos y en delitos imprudentes, así como los de participación dolosa en delitos imprudentes (*cfr. infra* capítulo 17/83).

2.3.3. Consideraciones finales

2.3.3.1. La accesoriedad cualitativa ex ante *y la doctrina del fundamento autónomo de la participación*

50 Como puede advertirse, el modelo que se propone es próximo a la doctrina del fundamento autónomo del castigo de la participación,[50] pues al partícipe

---

[48] Próximos, desde perspectivas distintas, *Sancinetti* (1991), 684 ss.; *Martínez-Buján* (2013), 97 ss.

[49] *Husak*, J. C. L. & Crim. 80 (1989), 491; *Sancinetti* (1996); *el mismo* (2003), 79 ss.

[50] *Lüderssen* (1967); *el mismo*, FS Miyazawa, 1995, 449 ss.; *Sancinetti* (1996); *el mismo*, 2003, 87 ss. Crítico, *Palermo*, LH Reyes Echandía, 2022, 727 ss.

se le castiga por la infracción de su propia norma de conducta. Sin embargo, para determinar si la conducta del partícipe vulnera una norma es necesario fijar previamente su sentido. En efecto, la conducta del partícipe no es principal, puesto que carece de sentido concreto por sí misma. Por el contrario, es accesoria o auxiliar, lo que significa que depende del sentido de otra conducta.[51] Esto se observa con claridad en la conducta de «ayudar». En efecto, para conocer el sentido de esa conducta es preciso saber «a qué» se está ayudando. Por eso, la infringida por el partícipe es una norma de conducta propia, pero derivada de la principal, que es la infringida por el autor.

2.3.3.2. La accesoriedad cuantitativa o dependencia ex post*: la punibilidad de la conducta del partícipe*

51 La infracción de la norma de conducta por parte del partícipe no se castiga si no concurre la condición de su punibilidad *ex post*. En efecto, la punibilidad de la conducta antinormativa del inductor o del cooperador es accesoria de la punibilidad objetiva —tipicidad— de la conducta principal.[52] Solo cuando esta puede calificarse, como mínimo, de conducta punible de tentativa imperfecta, aquella deviene a su vez punible. Pues bien, esta accesoriedad respecto de la punibilidad tiene que ver con razones de lesividad y constituye la diferencia esencial entre las tesis del fundamento autónomo y las del modelo que se propone, que parte del fundamento dependiente del castigo de la participación. Ciertamente, el partícipe no puede nunca lesionar un bien jurídico —realizar un tipo— con su conducta de participación, sino que para ello se requiere que otro sujeto realice una conducta de autoría. En definitiva, lo común a los intervinientes es la lesión típica —el hecho *ex post*—, mientras que lo individual es la antinormatividad de la respectiva conducta —su carácter desaprobado, no justificado y subjetivamente imputable—. En fin, la accesoriedad opera en relación con aquellos presupuestos de la norma de sanción que van más allá de la infracción imputable de la norma de conducta y de otras excusas personales.

2.3.3.3. Consecuencias de la ubicación sistemática del problema

52 La doctrina de la autoría y de la participación se ubica en el ámbito de la tipicidad objetiva. Más en concreto, constituye una cuestión relativa al juicio de desaprobación intersubjetiva del comportamiento de cada sujeto, por lo que viene determinada por la doctrina de la norma de conducta.[53] Esto significa que, de entrada, no se interviene en un «hecho». En efecto, la condición de autor o de partícipe no es algo que se atribuye *ex post* con respecto a un hecho —algo ya sucedido—. Por el contrario, aquella doctrina tiene por objeto la relación entre las conductas de diversos sujetos. Por eso no cabe una «partici-

---

[51] *Kindhäuser*, FS Otto, 2007, 360 ss.; *Mañalich* (2014), 71 ss., 75 ss.

[52] Próximos, *Renzikowski* (1997); con terminología distinta, *Kreuzberg* (2019), 533.

[53] En contra, *Bloy* (1985); *el mismo* (2021), 185-186; *Mañalich* (2021), 205 ss.; *González Lillo* (2023).

pación sucesiva» en relación con la conducta de otro, sino solo una anterior o simultánea.[54] Así pues, una forma de intervención «sucesiva» a la conducta del autor: (i) o se ha comprometido antes, de modo que es este compromiso lo constitutivo de participación; o (ii) constituye una conducta que genera un título autónomo de atribución de responsabilidad —y entonces es una intervención paralela—; o (iii) tendría que quedar impune.

III. GENERALIDADES SOBRE LA AUTORÍA

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE AUTOR

Un punto de partida para abordar el concepto de autor es entender que este no sirve a ninguna distinción cualitativa dentro del sistema de intervención. Como ya se ha indicado, desde esta perspectiva, todos los intervinientes son (co-)autores, por mucho que puedan establecerse diferencias cuantitativas —de merecimiento de pena— entre ellos. En realidad, estas últimas, cuando han sido explicitadas por el sector doctrinal que promueve esta construcción, suelen reproducir los criterios de la diferencia tradicional entre autoría y participación. En concreto, se trata de criterios de dominio fáctico (conceptual), de significado (legal) y de importancia relativa de la aportación (axiológico).[55] En cambio, el modelo alternativo seguido aquí parte de que el concepto de autor sirve a una distinción cualitativa en el seno de los intervinientes. Así pues, el autor es la figura central del hecho —su conducta es la que conjuga el verbo típico—, porque controla la relevancia típica del riesgo.[56] 53

2. LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA

2.1. Los distintos métodos

Para llevar a cabo la distinción cualitativa entre autoría y participación es posible partir de un criterio legal-formal, de uno de carácter conceptual-estructural (lógico-material o lógico-analítico) o bien de uno axiológico-material. Desde una perspectiva formal-legal es autor el que realiza el tipo de delito, así como cualquier otra persona a la que la legislación de un país determinado defina como tal. En cambio, desde un punto de vista estructural-conceptual, es autor, en contraposición al partícipe, todo sujeto que realiza una conducta que tiene significado por sí sola. En fin, para un enfoque axiológico-material, incluidos aquí los funcionales o teleológicos, es autor el que merece la máxima pena en relación con el hecho.[57] 54

---

[54] Próximo, *Gómez Tomillo*, RDPC 10 (2002), 73 ss.

[55] *Orozco López*, InDret 2/2021, 150 ss.

[56] Crítica, sosteniendo la imposibilidad de construir un concepto general de autor, *Górriz Royo* (2008), 417 ss.

[57] Otras perspectivas en *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 ss.

55 Conforme a tal diversidad de puntos de partida, la construcción de la autoría puede adoptar una de las cinco formas siguientes. La primera vía es la de sostener (i) que la autoría es formalmente distinta de la participación, puesto que el autor realiza el tipo legal del delito y el partícipe, no. Esta es la perspectiva de las doctrinas denominadas objetivo-formales. La adopción de una perspectiva formal-legal sobre la autoría tiene su origen en el pensamiento positivista-formalista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.[58] En efecto, esta corriente doctrinal considera autor, en primer lugar, a quien realiza de forma inmediata la totalidad de los elementos de la definición típica. Más allá de esta situación, también extiende tal condición a aquellos que se distribuyen entre sí la realización de elementos expresamente referidos en la definición legal del delito. Así pues, considera a estos sujetos coautores en sentido estricto.[59] Sin embargo, admite asimismo que el legislador pueda definir explícitamente como autores a sujetos que no lo son en sentido típico. Esto sucede en aquellos sistemas legales que definen las figuras del coautor y del autor mediato, estableciendo con más o menos precisión su campo conceptual.

56 Una segunda vía (ii) es la que parte de que la autoría muestra una estructura lógico-real diversa, materialmente distinta de la propia de la participación. Esto es lo que han sostenido las doctrinas ontológicas objetivo-materiales, cuya máxima expresión es la teoría del dominio del hecho, a la que se hace alusión detallada más adelante.[60] En cambio, la tercera vía consiste en afirmar (iii) que la autoría es subjetivamente distinta de la participación —en función de si el sujeto tiene *animus auctoris* o *animus socii*—,[61] lo que ha sido defendido por las doctrinas subjetivo-materiales. A su vez, la cuarta vía patrocina (iv) que la autoría es una estructura lógico-analíticamente distinta de la participación. Esto es lo que defienden las doctrinas lingüísticas o analíticas, que parten de una diferencia entre acciones principales y acciones de ayuda.[62] En fin, la quinta vía consiste sencillamente en sostener (v) que la autoría es una conducta cuantitativamente más grave y, por ello, merece o precisa más pena que la participación. Este es el postulado de las doctrinas normativo-teleológicas o funcionales.[63]

57 Como se ha señalado reiteradamente, aquí se parte de que la mejor solución es la que logra una consideración equilibrada de los criterios formal-legal, estructural-conceptual y axiológico-material. Desde esta perspectiva, no ofrece dudas la calificación de la *condicio per quam* —la condición última suficiente— como conducta de autoría. En efecto, en virtud de dicha conducta se decide

---

[58] Ya *Beling* (1906), 246 ss., 408 ss.

[59] *Merkel*, PG, s/f., 138-139.

[60] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 99-100; próximos, *Cerezo Mir*, ADPCP 1975, 41 ss.; *el mismo*, PG, 2008, 928 ss.; *Hernández Plasencia* (1996), 33; *Pérez Alonso* (1998), 143.

[61] Es decir, la «voluntad» de ser autor o cooperador, o si el «interés» satisfecho a través del delito es el suyo o bien uno ajeno.

[62] *Mañalich* (2014), 76.

[63] *Sánchez Lázaro* (2004), 102, 107; *Feijóo Sánchez* (2007), 211 ss.

el sí o el no del delito. Ahora bien, el problema no es la determinación del núcleo de la autoría, sino el establecimiento de sus márgenes conceptuales.

2.2. Las doctrinas del dominio del hecho

2.2.1. Planteamiento

58 La más importante de las doctrinas lógico-materiales ha sido la del «dominio del hecho», que se fue imponiendo a lo largo del último tercio del siglo XX, tanto en la doctrina como, después, en la jurisprudencia.[64] Esta había surgido en Alemania a principios del mismo siglo XX como expresión de una toma de postura antiformalista, antinormativista y antisubjetivista en cuanto a la autoría. En cuanto a lo primero, pretendía efectivamente oponerse a las doctrinas objetivo-formales. En cuanto a lo segundo y tercero, trataba de desacreditar a la teoría subjetiva, muy difundida en Alemania, que tomaba como criterio de normativización del concepto de autor el interés o la voluntad concretos de cada interviniente. Así, en su planteamiento original, la noción de dominio del hecho pretendía dar cuenta de la estructura lógico-material propia de la autoría. En concreto, tal realidad propia de la autoría sería que el autor lleva «las riendas del suceder típico». En efecto, como se indicó en su momento, el dominio del hecho es una de las tres estructuras lógico-reales del actuar humano de un autor, junto con la finalidad de la acción y la libertad de voluntad (*cfr. supra* capítulo 7/52).[65] Por lo tanto, este concepto parte de entender que lo ontológicamente propio del autor directo único —supuestamente, el caso más claro de autoría— es precisamente el dominio (de la acción).

59 La variante de la doctrina del dominio del hecho que sigue siendo más influyente en nuestros días partió de establecer, a mediados del siglo XX, un concepto normativo-material de autor que viene definido como «protagonista central del acontecer» típico. A continuación, este fue subdividido en tres subconceptos: el concepto de autor en los llamados delitos de dominio, en los denominados de infracción de un deber y en los de propia mano (*cfr. infra* capítulo 17). Para dar contenido a los delitos de dominio, el método seguido fue la normativización de la noción ontológica de dominio del hecho. Para ello, se siguió un razonamiento analógico crecientemente normativista que tomó como punto de partida el «dominio de la acción» característico de la autoría directa del autor único. Este procedimiento condujo a identificar el dominio del hecho supuestamente propio de la coautoría —el denominado «dominio funcional»— y de la autoría mediata —el llamado «dominio de la voluntad»—.[66]

---

[64] *Roxin* (1963); *el mismo*, AT, II, 2003, 25/1 ss.; *Gómez Benítez*, ADPCP 1984, 103 ss.; *Hernández Plasencia*, LH Cerezo Mir, 2002, 749 ss.; *Bacigalupo*, LH Figueiredo Dias, 2, 2009, 61. En la variante del «dominio sobre el fundamento del resultado», *Schünemann*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss.

[65] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 98 ss.

[66] *Roxin*, AT, II, 2003, 25/38 ss.

2.2.2. *Un sumario de críticas*

60 La teoría del dominio del hecho es probablemente la posición dominante en la doctrina de habla hispana. En efecto, constituye la doctrina material más difundida y es el punto de partida de otros criterios que se han sostenido en nuestro ámbito lingüístico. Estos llevan a cabo importantes correcciones de los aspectos más criticables de dicha doctrina. Así lo han hecho, por ejemplo, las doctrinas españolas de la «determinación objetiva y positiva»[67] y la de la «pertenencia del hecho».[68] Sin embargo, adicionalmente conviene tener presente que la teoría del dominio del hecho sostiene un concepto de autor que no es válido para todos los delitos, puesto que deja fuera *a priori* los delitos de infracción de un deber y los delitos de propia mano. Por ello, en el planteamiento de no pocos autores su defensa ha sido compatible con el mantenimiento de un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes y de omisión —por infracción de un deber respectivamente de cuidado o de garante— (*cfr. infra* capítulo 17).

61 Lo cierto es que el dominio del hecho del autor directo único consiste en algo muy concreto: es un dominio configurativo del proceso causal. En cambio, su traslación a las figuras del coautor y del autor mediato resulta problemática. Así, las críticas han coincidido en que este método de analogía normativizadora conduce a un debilitamiento de las bases tanto ontológicas como formales de la autoría, en aras de una correspondencia entre distintas formas de intervención que es fundamentalmente axiológico-teleológica. En esa misma línea se le ha criticado que, de modo general, incurre en oscilaciones entre lo fáctico y lo normativo. Por ello, a esta posición se le han dirigido objeciones tanto desde perspectivas legales-formales y lógico-materiales,[69] como lógico-analíticas[70] y, en fin, incluso desde las teleológicas (funcionales).[71]

62 En la actualidad la doctrina del dominio del hecho es criticada desde dos perspectivas fundamentales. Por un lado, desde las doctrinas que enlazan con matices con la clásica posición objetivo-formal, siempre influyente en España e Iberoamérica. Por otro lado, desde las diversas variantes de las doctrinas unitarias de la intervención. Así, por mencionar solo una de ellas, la que adopta la noción de infracción de un deber de garante como criterio determinante de la autoría en todo caso. Según esta última, la cuestión decisiva es que, si no existe una vulneración del deber específico, la intervención en el hecho,

---

[67] *Luzón Peña*, ADPCP 1989, 892, 907; *Luzón/Díaz*, FICP 2/2023, 117 ss.; *Díaz y García-Conlledo* (1991), 508 ss., 530 ss., 680 ss.; *Roso Cañadillas* (2002), 361 ss. Crítica, *Górriz Royo* (2008), 392 ss.

[68] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 14/31 ss.

[69] *Díaz y García-Conlledo* (1991), 411 ss.

[70] *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 ss.; *el mismo* (2008), 21 ss.; *el mismo* (2021), 71 ss.; *Kindhäuser*, REJ 14 (2011), 41 ss.; *Renzikowski* (2021), 97 ss.

[71] *Jakobs* (2001), 63; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 ss.; *el mismo* (2009); *van Weezel*, ZIS 2009, 435 ss.; *el mismo*, RChDCP 1 (2012), 157 ss.; *Falcone* (2017), 16 ss., 40 ss.; *el mismo*, InDret 3/2017, 1 ss.; *Reyes Alvarado* (2021), 59 ss.

incluso mediante la realización de actos ejecutivos, no es penalmente relevante. Por el contrario, existiendo infracción de tal deber, cabe fundamentar la responsabilidad, incluso a título de autor, con independencia de cuándo y cómo actúe el sujeto en cuestión.[72]

63 En realidad, en algunos casos que el modelo del dominio del hecho califica como supuestos de coautoría no cabe afirmar que el coautor domine efectivamente el hecho. Del mismo modo, tampoco puede sostenerse que en todos los casos que se califican de autoría mediata concurra un dominio por instrumentalización del ejecutor directo. Por ejemplo, no existe tal dominio en los casos en que alguien simplemente aprovecha un error o una situación de coacción padecidos por un tercero sin injerirse en su motivación. En fin, tampoco puede advertirse auténtico dominio del hecho concreto en el supuesto del denominado «dominio de aparatos organizados de poder». Entonces, la cuestión es cómo abordar estos supuestos de extrema gravedad de la conducta del sujeto, si se descarta la concurrencia en ellos de una autoría. Ciertamente, la solución de muchos casos es la construcción de la figura de un interviniente en el delito cuya pena sea la misma del autor, aunque no pueda ser considerado ni coautor ni autor mediato; es decir, de un interviniente cualificado que puede obrar tanto en la fase ejecutiva como en la preparatoria. Pues bien, esa figura dogmática existe en la legislación de muchos países, entre ellos España, y es la del «cooperador necesario» o «cómplice principal». Ciertamente, la viabilidad de este enfoque requiere una reconstrucción del principio de accesoriedad y, de modo general, de la relación entre intervinientes. Ahora bien, si se acoge un modelo de accesoriedad mínima objetiva como el que se ha propuesto aquí, cabe obtener resultados razonables.

2.3. El marco de la discusión tradicional española

64 La tradición legal española consideraba (co-)autores a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho» (art. 14.1 del Código penal derogado en 1995). Sin embargo, la doctrina discutía si este concepto legal era el único o, más bien, se trataba de uno complementario con respecto a los casos en que un agente ya realiza de modo directo el tipo de la Parte especial. Esto último pone de relieve que la teoría objetivo-formal había ejercido una intensa influencia en la bibliografía. En la actualidad, dicha teoría subsiste en dos variantes: una más rígida, que requiere la subsunción de la conducta del autor en el tipo;[73] y otra, más laxa, que asocia la autoría a una actuación en el marco de la ejecución típica.[74] Pues bien, tan pronto como se adopta en este punto una concepción laxa, el problema fundamental es distinguir entre la intervención a título de

---

[72] *Requena Giuliani* (2010); *el mismo*, CPC 102 (2010), 91 ss.

[73] Ya, con matices, *Gimbernat Ordeig* (1966); *Rodríguez Mourullo*, ADPCP 1969, 476.

[74] En esta línea, de nuevo con matices, *Vives Antón* (1977), 179 ss.; *Olmedo Cardenete* (1999), 179 ss.; *Martínez-Buján* (2019), 26 ss., 54 ss.

coautor y la de aquel cooperador necesario que, además de contribuir al hecho de modo imprescindible, toma parte directa en su ejecución. Esta discusión sigue constituyendo parte del contexto interpretativo del art. 28 CP español vigente. En este marco, la crítica a la teoría objetivo-formal ha argumentado básicamente esgrimiendo su dificultad para construir las figuras de la autoría mediata y de la coautoría.[75] Precisamente ello ha dado lugar a que se haya extendido la aceptación doctrinal de la doctrina del dominio del hecho, o de otras próximas a esta.[76]

65 Sin embargo, como se ha adelantado, desde el cambio de siglo se sostienen también en España variantes de las doctrinas unitarias de la intervención.[77] La coexistencia de esos tres grupos de doctrinas —formalistas, mixtas y teleológicas— puede afirmarse también para los países de Iberoamérica. Por lo que hace al marco legal español, este es ampliamente compatible con diversas construcciones dogmáticas. Por un lado, lo es con la concepción objetivo-formal de la coautoría. Por otro, asimismo lo es con la doctrina del dominio del hecho (ontológica-normativa). En fin, por las mismas razones, es compatible con fórmulas que se mueven entre ambas, como la de la determinación objetiva y positiva del hecho. En cambio, plantea dudas la compatibilidad del marco legal español con los conceptos radicalmente funcionales de la coautoría, que amplían esta última a conductas realizadas en la fase preparatoria, incluso de modo unilateral, siempre que sean esenciales. En efecto, desde una perspectiva exegética, es dudosa su subsunción en el tenor literal de la expresión «realizan el hecho» (art. 28 CP). Además, plantean el inconveniente de que privan de contenido a la figura legal —decisiva en términos jurídico-políticos— de la cooperación necesaria, cuya derogación tienen que proponer.[78] Ello los hace discutibles desde la perspectiva del «principio de conservación de los preceptos legales» —esto es, la radical excepcionalidad del recurso a formas de *interpretatio abrogans* en la dogmática *de lege lata*—.

3. LAS CLASES DE AUTORÍA

3.1. Generalidades

66 Como se ha apuntado, los conceptos restrictivos de autor se caracterizan por la consideración de algún criterio adicional al del merecimiento de pena —al elemento teleológico-axiológico— para caracterizar la autoría. En efecto, ese elemento puede ser de naturaleza formal-legal (realización del tipo, ejecución del hecho), de contenido ontológico-material (dominio del hecho en sentido finalista) o, en fin, lógico-estructural (autoría en sentido lingüístico, o de teo-

---

[75] *Díaz y García-Conlledo* (1991), 464 ss.; *Bolea Bardon* (2000), 52 ss.; *Sánchez Lázaro* (2004), 38.

[76] *Cerezo Mir*, PG, 2008, 932 ss.; *Hernández Plasencia* (1996), 67 ss.; *Alcácer Guirao* (2001), 135 ss.

[77] Así, *Sánchez-Vera*, ADPCP 1998, 344 ss.; *Robles Planas* (2003); *el mismo* (2007), 15; *el mismo*, InDret 2/2012, 1 ss.; *el mismo*, PolítCrim 15 (2020), 993 ss.

[78] *Díaz y García-Conlledo*, LH Cerezo Mir, 2002, 654.

ría de las normas). Pues bien, con base en la propuesta efectuada de alcanzar un equilibrio reflexivo entre unas y otras consideraciones, aquí se adopta un concepto restrictivo que atiende en primer lugar al significado respectivo de la conducta de autores y partícipes. Así pues, autor es aquel sujeto que infringe una norma principal con su conducta, que a su vez realiza por sí misma el sentido del tipo, sin necesitar para ello que nadie le preste significado con su conducta. En efecto, lo propio de la autoría es, en primer lugar, la independencia significativa de la conducta del sujeto.[79] Ahora bien, esto implica que el alcance de la autoría típica es variable —relativo al tipo—. En efecto, depende del modo en que el legislador haya caracterizado el sujeto, el verbo y el objeto de la acción típica en la correspondiente definición de delito. Si el verbo se refiere a una acción muy ampliamente configurada, entonces pasan a ser autores muchos sujetos cuyas conductas, en relación con otros tipos de delito, serían de participación. Sentado esto, el que infringe con su comportamiento la norma de conducta principal y realiza de modo autónomo el sentido del tipo merece por ello mismo *ope legis* la máxima pena por el hecho.

3.2. La autoría directa única

67 La calificación de un único interviniente en el hecho como autor directo no plantea problema alguno cuando su conducta realiza la totalidad de los elementos que describen la figura típica de delito. Por tanto, el concepto de autor directo único no puede separarse de la descripción típica. Como se ha indicado, la opción del legislador por una redacción típica determinada puede transformar conductas de favorecimiento en conductas típicas de autoría. Para ello le basta con definir de modo más amplio la conducta típica, caracterizándola, por ejemplo, como la de quienes «favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, favoreciere el consumo ilegal de drogas» (art. 368 CP español). Sin embargo, esto no significa que el legislador haya asumido un concepto unitario o extensivo de autor. Lo que sucede, simplemente, es que ha descrito la acción típica en términos de favorecimiento, con lo que la cualidad de autor surge precisamente por la realización de un acto con ese contenido. Este acto favorecedor pasa a tener autonomía significativa desde la perspectiva del tipo. Por eso, la jurisprudencia española ha podido apreciar en estos delitos la figura de la complicidad, concretamente en casos de «conductas de favorecimiento del favorecedor del tráfico» de drogas, que no favorecen directamente el consumo ilegal.

68 La discrepancia doctrinal fundamental entre los conceptos de autor único directo radica en si lo decisivo de este es el dominio del hecho, en su forma de dominio de la acción, o bien la realización de la totalidad de los elementos del tipo, o incluso de solo algunos de ellos. En realidad, el problema se suscita ante todo en el caso, ya mencionado, de un interviniente único que

[79] Próximo en la conclusión, aunque desde una perspectiva distinta, *Martínez-Buján* (2019), 26 ss.

interacciona con la naturaleza sin dominarla. En efecto, en este caso no se domina el proceso lesivo, sino que solo se puede incrementar su lesividad, sin poder reconducirlo, ni ponerle fin. Aun así, su conducta tiene un significado de autoría, porque esta es lo único que atribuye un sentido al acontecer. Por lo tanto, cabe afirmar también que el hecho le pertenece al sujeto, porque nadie se lo puede disputar. Sin embargo, debe ser calificado como un «autor» materialmente débil, de modo que procede aplicar una atenuación de la pena que, en España puede venir dada por la vía de la atenuante analógica (art. 21.7.ª CP)

69 También puede generarse un problema en los casos en los que: (i) concurren de modo independiente varios intervinientes en la ejecución; (ii) ninguno de ellos puede ser reputado autor en sentido estricto —pues cada uno solo realiza uno (o varios) elementos típicos, pero no todos, o bien todos ellos realizan aportaciones aisladamente insuficientes—; y, además (iii), no existe un significado conjunto ni de dependencia entre sus respectivas intervenciones, sino simplemente un efecto agregado o acumulado. Como se advierte, estos casos de «agregación de conductas con resultado único delictivo», no dan lugar a una «autoría paralela», sino a una mera «intervención paralela», por llamarla así. A su vez, esta última no puede ser calificada de autoría pues ninguno de los intervinientes paralelos realiza una conducta suficiente para tal atribución, ni tampoco de cooperación por falta de una conducta principal con respecto a las demás. Como en el caso anterior, quizá sea posible calificar de autoría la conducta de quien pone «la gota que colma el vaso». Sin embargo, esto, que puede plantear problemas axiológicos y, por supuesto, de imputación subjetiva, además no es viable en muchos delitos que requieren la realización de modalidades determinadas de conducta. Estos casos deben seguir siendo objeto de estudio.

3.3. La coautoría y la autoría mediata. Anticipación de lo que sigue

70 Son coautores aquellos sujetos cuyas conductas realizan conjuntamente el significado del hecho, en tanto que típico (art. 28 CP español). Así pues, en sentido estricto, solo tiene sentido calificar de coautor al sujeto cuya conducta por sí sola realiza parte del significado del tipo, pero no todo. Expresado de otro modo, a aquel cuya conducta no le habilita para ser autor por sí solo, de modo que necesita la aportación de otra persona para que la «conducta común» pueda realizar el tipo. Esta necesidad recíproca es precisamente lo propio de la coautoría. Con todo, este concepto estricto de coautoría admite ampliaciones en virtud de decisiones del legislador, que se han producido en España, entre otros países. Así, amparada por el reconocimiento legal de la coautoría, la doctrina dominante ha acogido un concepto más amplio, que no se limita a conductas de realización del hecho en tanto que típico, sino que alcanza también a otras conductas de intervención en la fase ejecutiva del hecho. Ahora bien, estas últimas, más

que de coautoría, son de «autoría adjunta», pues el delito ya tiene un autor directo cuya conducta realiza de modo autónomo el significado del tipo. En España esta ampliación se vinculó con una cláusula legal tradicional, según la cual son autores todos «los que toman parte directa en la ejecución del hecho» (art. 14.1 CP derogado en 1995). En definitiva, existen conductas que, aunque no tienen el significado propio de la autoría, han sido equiparadas a esta por el legislador, probablemente con base en una idea de equivalencia axiológica y simbólica. El caso de quien sujeta a otro, mientras un tercero le clava un cuchillo, fue seguramente el punto de partida de la discusión. Sin embargo, no está claro que ello responda a una estructura conceptual clara. Pese al esfuerzo de Roxin, y la capacidad expresiva de la construcción del «dominio del hecho», esta no lo comprende; por su parte, otras, como «pertenencia del hecho» (más normativa) o «determinación —objetiva y positiva— del hecho» (más fáctica) siguen siendo ambiguas en cuanto a tal pretensión. De ahí que un sector doctrinal propusiera calificarlas como «actos de cooperación ejecutiva».[80]

Por su parte, el concepto de autor mediato es un producto de la academia alemana, derivado de las lagunas de punibilidad generadas por la acogida del principio de accesoriedad máxima durante un largo período de la historia de aquel país. Ciertamente, ese modelo fue sucedido por un criterio de accesoriedad entendida en sentido únicamente objetivo. Sin embargo, muy poco después, el éxito del sistema finalista del delito condujo a acoger una modalidad de accesoriedad media que exigía el carácter doloso de la conducta del autor para la sanción del partícipe. Ello hacía imprescindible el recurso a la autoría mediata para remediar conductas de participación que, de otro modo, no serían punibles. Con todo, progresivamente se ha impuesto la idea de que el concepto de autoría mediata no es únicamente un remedio para las lagunas de punición derivadas de la acogida de un determinado modelo de accesoriedad de la participación. En definitiva, se ha reconstruido la autoría mediata como «auténtica» autoría, sobre la base de criterios de dominio (o determinación) del hecho o bien de significado de la conducta (o pertenencia del hecho). Pues bien, en el marco del modelo de accesoriedad acogido aquí, la mayoría de las conductas de autoría mediata son «también» formas de participación en el delito del sujeto «instrumentalizado». De hecho, cuando la estructura del delito impide la autoría mediata —por ejemplo, porque es un delito especial o de modalidades determinadas de acción—, no existe dificultad alguna para castigar al «autor mediato» como cooperador. Ciertamente, eso es lo que hacen sin vacilaciones la doctrina y la jurisprudencia. Ahora bien, sigue siendo necesario construir un concepto de autoría mediata, seguramente sobre la base de criterios de equivalencia significativa.

71

[80] *Díaz y García-Conlledo* (1991), 458, para el Código penal español derogado en 1995; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2013, 67-68, todavía para el vigente. Críticos, *Díez Ripollés*, RDPC 1 (1998), 30 ss.; *Martínez-Buján* (2019), 313 ss.

IV. LA COAUTORÍA

1. LOS CONCEPTOS DE COAUTORÍA

1.1. Generalidades

72 La coautoría es una forma de acción conjunta que tiene lugar con base en la división del trabajo.[81] Como tal, pertenece al mismo género que las situaciones que pueden calificarse de co-inducción y de co-cooperación (o co-favorecimiento). En efecto, como ya se ha indicado, la división del trabajo no es un fenómeno exclusivo de la coautoría, sino que puede darse igualmente en esas otras dos figuras. Así, todas ellas pueden calificarse como formas de realización conjunta de una acción —de un significado compartido—, que se distinguen de las formas de realización paralela —de acciones, de significados—. En su concepción estricta, la coautoría —como realización conjunta del hecho típico— exige que la mencionada división del trabajo redunde en que cada uno de los coautores —o todos en conjunto— realicen una conducta expresamente típica. Así, en el robo con intimidación, que, de los dos coautores, uno intimide y otro se apodere del dinero. O, en un homicidio, que cada uno inyecte el 50% del veneno letal en el cuerpo de la víctima.

73 En todo caso, este concepto restrictivo —objetivo-formal, de la subsunción típica— de coautoría solo se sostiene por parte de la doctrina, mientras que otros sectores tienden a ampliarlo. En unos casos, ello se debe a razones materiales derivadas del respectivo concepto de autor; en cambio, en otros casos parece responder a razones exegético-legales. En efecto, varias legislaciones han incluido una cláusula en la Parte General —«realización conjunta del hecho con otros»— que puede conducir a adoptar un concepto de coautoría que ya no coincida con el más estricto.[82] Así, por ejemplo, quien sujeta a la víctima para que otro la apuñale no realiza una conducta de coautoría en sentido estricto. En efecto, la determinación del sentido intersubjetivo de la conducta de quien la apuñala —y la consiguiente calificación del sujeto como autor— no requiere que se considere la aportación de quien la agarra.[83] Ciertamente, lo que les vincula es un plan delictivo y un contexto fáctico, pero esto tiene una trascendencia distinta. En efecto, debe distinguirse la división del «actuar típico» —propia de la coautoría— de la división de tareas en la fase de ejecución o de la propia del «plan delictivo», propia de los casos de codelincuencia. De lo contrario, sería imposible distinguir entre aquella y esta. En el texto legal español, la clave es determinar qué se quiere decir con el término «hecho», cuya realización conjunta convierte a los que la llevan a cabo en autores.

74 El interviniente que sujeta a la víctima mientras otro le clava la daga es, de entrada, un cooperador necesario. En efecto, su intervención no tiene

---

[81] Ya *M. E. Mayer*, PG, 1915, 472.

[82] *García del Blanco* (2006), 275.

[83] Distinta, *Bolea Bardon* (2004), 50 ss., 54, 59-60.

un contenido de sentido autónomo penalmente relevante; quien agarra a la víctima puede contribuir con ello a delitos muy diversos. Por lo tanto, es, en términos significativos, accesoria —esto es, depende del significado de la conducta principal—.[84] Ahora bien, en algunas de las variantes de esta estructura, el sujeto asimismo «toma parte directa en la ejecución del hecho», según la literalidad de la legislación española tradicional, que condujo a un sector doctrinal a calificar estos supuestos como de coautoría; aunque ciertamente la posición opuesta consideró que designaba una forma de participación —la propia del «partícipe ejecutivo»—. En cambio, es más discutible en términos exegéticos afirmar que «realiza el hecho» de modo conjunto con quien clava el cuchillo, en los términos del texto legal vigente en España. En definitiva, se trata de casos claros de cooperación, mientras que su calificación adicional como supuestos de coautoría —en sentido amplio o impropio— no es clara.

Mucho más amplio es el concepto de coautoría que la entiende como «expre- 75
sión mancomunada de sentido».[85] En efecto, con base en esta construcción se acaba alcanzando la conclusión de que, en realidad, todos los codelincuentes son coautores, de modo que la única frontera jurídica relevante es la relativa al perímetro externo de la intervención. Una vez dentro de ese perímetro, solo caben diferencias cuantitativas. Ciertamente, esta construcción, en términos axiológicos (i), puede ser tan correcta como cualquier otra. Además, en términos conceptuales abstractos (ii) puede ser defendida como representativa de una opción radicalmente funcional. Sin embargo, este modelo (iii) es dudosamente compatible con el texto legal español. En efecto, la noción legal de realización conjunta del hecho como característica de la autoría no parece admitir la calificación de conductas preparatorias como supuestos de coautoría.

1.2. La ampliación en la doctrina dominante

La doctrina dominante ha acogido la ampliación del concepto de coautor. 76
Ello se debe, en unos casos, a la asunción de la doctrina del dominio del hecho y, en otros, simplemente a la definición legal ampliatoria. Así, extiende la calificación de coautor a todo aquel que realice una aportación esencial —típica o no— en la fase ejecutiva, con dolo respecto al significado de la propia conducta en su relación con el conjunto de las demás aportaciones.[86] Con todo, esta perspectiva excluye del ámbito de la coautoría los casos de mera adopción de un acuerdo previo, tanto si luego no se interviene en absoluto en el hecho, como si solo se hace en fase preparatoria. Por lo tanto, para esta perspectiva son decisivos tanto el acuerdo inicial o sobrevenido —expreso o tácito—, que fundamenta la «imputación recíproca» de las conductas de los coautores,

---

[84] Similares, *Díaz y García-Conlledo* (1991), 679 ss.; *Gutiérrez Rodríguez* (2001), 471 ss.

[85] *Lesch*, PJ 57 (2000), 83; *Falcone*, InDret 3/2017, 1 ss.

[86] *Roxin*, AT, II, 2003, 25/188 ss.

como el denominado «dominio funcional» del hecho por parte de cada uno de ellos. En efecto, se entiende que este último requiere la intervención en la fase ejecutiva. En particular, ello da lugar a rechazar la condición de coautores de los siguientes sujetos: (i) quien interviene solo en la fase preparatoria del hecho, incluso de modo decisivo —el caso del «jefe de la banda»—; (ii) quien, interviniendo en fase ejecutiva, realiza una aportación no esencial —lo que vale para algunos casos de «vigilantes»—;[87] y (iii) quien, aun interviniendo de modo esencial en fase ejecutiva, lo hace de modo unilateral sin conocimiento de los demás intervinientes —por ejemplo, el paseante que, observando que llega la policía al lugar del atraco, bloquea su acceso—.

77 A finales del siglo XX, el Tribunal Supremo español empezó a extender la condición de coautor a aquellos sujetos que organizan el hecho delictivo, aunque no tomen parte directa en su ejecución. Sin embargo, ha seguido requiriendo la realización de alguna intervención esencial en la fase ejecutiva, en cuya virtud se «controle» de alguna forma la propia ejecución. Por ejemplo, dirigiéndola, aunque sea a distancia.[88] De lo contrario, opta por la calificación de cooperación necesaria. Ahora bien, cuando la cooperación tiene lugar en fase ejecutiva, la jurisprudencia concluye que, si es necesaria y se lleva a cabo de modo acordado con los demás intervinientes, entonces debe calificarse como coautoría. En cambio, si la aportación, aun realizada en fase ejecutiva y de modo acordado, no es esencial, entonces cabe que se califique de complicidad.

1.3. La hiper-ampliación del concepto de coautor

1.3.1. La doctrina de la «coautoría no ejecutiva»

78 En las últimas décadas un sector doctrinal ha abogado por una ampliación todavía mayor del concepto de coautoría. A su vez, esto ha tenido lugar en una doble línea. Por un lado, sosteniendo la posibilidad de apreciar una coautoría sin acuerdo, en virtud de la realización de aportaciones unilaterales al hecho.[89] Por otro, atribuyendo la condición de coautor incluso a quien realiza una aportación esencial al hecho en fase preparatoria. Así, por ejemplo, se postula la calificación de coautor para el jefe de la banda que no interviene de forma directa ni indirecta en la fase ejecutiva. Adicionalmente, una variante muy relevante de esta propuesta de coautoría no ejecutiva es la llamada «coautoría vertical», propia de estructuras jerárquicas.[90] En efecto, esta última construcción pretende subvenir a las necesidades del Derecho penal económico

---

[87] *Díaz y García-Conlledo* (2011), 384; con matices, *Baldó/Silva* (1992), 213.

[88] Para el caso del «cerebro de la banda»: STS 1179/1998, de 14 de diciembre; STS 2052/2001, de 7 de noviembre; STS 1022/2012, de 19 de diciembre.

[89] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 21/44 ss., 21/48 y 49; *Lesch* (1992), 275; *el mismo* (1995), 961 ss.; *Derksen*, GA 1993, 171 ss.; *Sánchez Lázaro* (2004), 171 ss.; *Robles Planas*, InDret 2/2012, 3 ss.; *el mismo*, PolítCrim 30 (2020), 993 ss.; *Falcone*, InDret 3/2017, 20 ss.

[90] *Muñoz Conde*, RP 9 (2002), 66; *Robles Planas* (2003), 271; *Galán Muñoz*, RP 16 (2005), 78; *Bolea Bardon*, LH Schünemann, I, 2014, 172 ss.

y, en particular, a las derivadas de la intervención de superiores jerárquicos en hechos realizados de modo directo por sus subordinados. Por ejemplo, en casos en los que el superior dicta una orden antijurídica y el inferior, aun reconociéndola como antijurídica, la cumple. Sin embargo, según ya se ha subrayado, la consideración de toda aportación esencial como coautoría priva de contenido a la figura legal española de la cooperación necesaria.

1.3.2. Los problemas de la coautoría no ejecutiva

1.3.2.1. El significado de la inexistencia de la «cooperación necesaria» en la legislación penal alemana

La expansión de la coautoría se ha pretendido caracterizar como su «nor- 79
mativización». Sin embargo, esta denominación es parcialmente inexacta. En realidad, lo que implica es la reducción de la cuestión jurídico-normativa a consideraciones axiológicas-teleológicas, de merecimiento de pena. Desde luego, estas son relevantes, pero también lo son las aproximaciones conceptual-estructural y exegético-legal al problema. En efecto, para una perspectiva centrada solo en el merecimiento de pena, cualquier interviniente puede ser coautor. Se trata únicamente de distinguir entre los intervinientes que infringen «deberes» cuantitativamente más o menos intensos en relación con un determinado tipo delictivo.[91] Así, el criterio cuantitativo-gradual de diferenciación, que además tiene que admitir una zona gris entre autoría y participación, redunda en una radical ampliación de la autoría. Sin embargo, la asociación ineludible de merecimiento de pena y autoría, que ciertamente puede predicarse del modelo legal alemán, no considera la situación de la legislación española. En esta ha existido desde siempre una figura de intervención que se estima merecedora de la misma pena que la autoría y que, sin embargo, constituye una forma de participación: la cooperación necesaria. Por tanto, quien realiza actos decisivos en fase ejecutiva o preparatoria puede merecer la misma pena que los autores de la conducta típica. Ahora bien, eso no conlleva que sea un coautor. Ciertamente, esta consideración genera un serio problema práctico en los sistemas legales que prevén una atenuación obligatoria de la pena para todos los intervinientes que no son autores. Esto explica que el sistema doctrinal-legal alemán experimente una constante tensión ampliatoria de la coautoría. Sin embargo, esa tensión no tiene por qué existir en el marco de la legislación española, ni de otras legislaciones análogas, porque la neutraliza la figura de la cooperación necesaria.[92]

---

[91] Los presupuestos normológicos de estas doctrinas son diversos. Así, *Jakobs* (2016), 36, 59, 84: la lesión de la norma entendida como expectativa, salvo en las conductas de intervención en fase previa, que vulneran una incumbencia. Como se advierte, esto ya conduce a una tesis diferenciadora, aunque no adopte la forma de la doctrina dominante. Distinto, *Robles Planas*, InDret 2/2012, 4 ss.; *el mismo*, PolítCrim 15 (2020), 1000 ss.: todos los intervinientes infringen una, y la misma, norma directiva de conducta.

[92] Así, *Vives/Cuerda*, LH Quintero Olivares, 2018, 511-512.

80 La propuesta de hiper-ampliación de la coautoría discurre paralela con la afirmación de la posibilidad de que el único interviniente ejecutivo sea reputado cómplice. Así, en un ejemplo cinematográfico, se afirma que quienes fabrican una máquina terrorífica de enorme capacidad lesiva son autores. En cambio, por su parte, el sujeto que finalmente aprieta el botón que la activa es un mero cómplice. Sin embargo, este argumento desde luego no resulta convincente en los delitos contra la vida, pues el freno inhibitorio es experimentado de forma mucho más intensa por el sujeto que sabe que no hay marcha atrás. Expresado de otro modo, la relevancia axiológica de la ejecución y, sobre todo, del paso a la tentativa perfecta —la realización de una conducta que constituya la denominada *condicio per quam*— es, al menos en el núcleo de los delitos *mala in se*, determinante. Aquí no se pretende discutir que los intervinientes previos puedan ser gravemente responsables. Sin embargo, el sujeto que descontrola el riesgo tiene una importancia jurídica decisiva, pues impide de forma plena el desistimiento seguro. Por lo demás, el hecho de que su aportación no sea técnicamente muy difícil resulta irrelevante, pues el Derecho no se pronuncia sobre dificultades técnicas sino sobre la gravedad ético-social de las conductas. Cuestión distinta es que en el caso puedan concurrir atenuantes de signo diverso, extremo que no permite cuestionar todo lo anterior.

1.3.2.2. Los casos de jerarquía

81 La coautoría no es incompatible con una relación vertical entre los dos (o más) coautores —con una jerarquía entre los intervinientes—. Sin embargo, adicionalmente, requiere que exista una interacción de sus conductas de modo que estas adquieran un sentido conjunto. Pues bien, esto no se da en virtud de la mera mecánica organizativa de una empresa.[93] En efecto, la acogida en estos casos de una coautoría «mecánica» conduce a sostener que, realizado un hecho en una organización humana, todos los integrantes de esta son coautores de aquel. Sin embargo, una ampliación de este calado no se compadece ni con el sentido del lenguaje, ni con la visión social. Para comprobarlo, basta contemplar el hecho en cuestión no como algo delictivo, sino meritorio. Entonces se advierte que el sujeto que transporta los instrumentos de la orquesta no es coautor del concierto. Igualmente, tampoco lo es el director de los ensayos que, al enfermar, es sustituido por un suplente el día del estreno.

1.3.2.3. Sobre la «coautoría» en fase preparatoria

82 Así pues, el interviniente preparatorio no puede ser reputado coautor. En primer lugar, se encuentra en relación de accesoriedad cuantitativa con respecto a la actuación del primer interviniente ejecutivo. En efecto, dado que

[93] Aparentemente distinto, *Palermo*, LH Reyes Echandía, 2022, 725 ss.

su conducta no puede considerarse una tentativa —un inicio de ejecución— por razones puramente lógicas, su punibilidad depende de que otro inicie la ejecución. En segundo lugar, su conducta no tiene sentido en sí misma. Por el contrario, lo adquiere como aportación a la propia de quien ejecuta. Por tanto, depende significativamente de esta última, que sí tiene tal sentido por sí sola. Esta cuestión debe verse con más detenimiento a propósito del problema del comienzo de la tentativa en casos de coautoría.

1.3.2.4. El comienzo de la tentativa en los casos de coautoría

1.3.2.4.1. Un planteamiento distintivo

83 Existe discusión acerca del comienzo de la tentativa en los casos de coautoría. Así, a propósito de esta cuestión se hallan enfrentados los partidarios de la denominada «solución global»[94] y los de la «solución individual».[95] Para los primeros, la tentativa se inicia en el mismo momento para todos los coautores, a saber, cuando cualquiera de ellos inicia la ejecución. En cambio, para los partidarios de la solución individual, la tentativa empieza para cada uno de los coautores de modo independiente, a saber, en el momento en que respectivamente inician su actuación ejecutiva.[96] Pues bien, en realidad en este punto no cabe adoptar una solución única para todos los casos de coautoría, sino que la solución depende de la amplitud del círculo respectivo del concepto de coautor.

84 Así, para los casos de coautoría en sentido estricto es preciso asumir la solución global. En efecto, si se toma en serio la idea de que la coautoría en sentido estricto constituye una forma de «acción conjunta», no existe alternativa a esta posición. En cambio, en el caso de la coautoría amplia o impropia —en realidad, una autoría adjunta—, ello no puede admitirse. En efecto, el inicio de la ejecución por parte de un coautor en sentido amplio, es decir, la realización de una aportación esencial en fase ejecutiva —sujetar a la víctima— no implica inicio de la ejecución más que para el sujeto que la realiza. De hecho, en algunas variantes de tal estructura, el «sujetar a la víctima» ni siquiera puede reputarse una conducta ejecutiva, de modo que quien lo lleve a cabo no será ni siquiera coautor en sentido amplio, sino un cooperador necesario en fase preparatoria. En definitiva, es preciso asumir la «solución individual».[97]

85 En fin, quien admita la existencia de una coautoría «en sentido hiper-amplio» de intervinientes no ejecutivos —que aquí se rechaza—, no tiene muchas opciones. En efecto, en este caso hay supuestos «coautores» que nunca van a iniciar la ejecución por sí mismos. Por lo tanto, o acoge una «solución glo-

---

[94] *Küper* (1978), 69 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 21/61; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 15/17.

[95] *Valdágua* (2.ª, 1993), 57 ss.; *Alcácer Guirao* (2001), 210 ss., 256 ss.; *Luzón Peña*, GA 2021, 285 ss.

[96] Una variante de la «solución individual» en *Roxin*, AT II, 2003, 25/200, 29/297 ss., tras abandonar su anterior planteamiento favorable a la solución global.

[97] Distinto, *Mylonopoulos* (2017), 57 ss., favorable con matices a la solución conjunta.

bal» con base en la conducta del único sujeto que luego inicie la ejecución o tiene que afirmar que quien «prepara» a la vez «inicia la ejecución», lo que constituye una *contradictio in terminis*—. Ahora bien, así se pone de relieve que en este contexto la expresión «solución global» significa otra cosa distinta. En efecto, lo que denota es sencillamente la aplicación de una «accesoriedad cuantitativa», porque el inicio de la tentativa del «coautor ejecutivo» determina es que el supuesto «coautor no ejecutivo» pase a responder de modo accesorio.

1.3.2.4.2. La incidencia en el tratamiento de la coautoría no ejecutiva

86 La caracterización efectuada permite observar, en primer lugar, que resulta imposible afirmar que un «coautor en sentido hiper-amplio» —no ejecutivo— dé comienzo en algún momento a la tentativa. En efecto, afirmar tal cosa sería auto-contradictorio: sostener que la realización de actos preparatorios es inicio de la ejecución. Por lo tanto, el «coautor no ejecutivo» —incluso para quienes admiten su existencia— nunca puede dar comienzo a la tentativa con su actuación preparatoria. Su conducta antinormativa solo pasa a ser punible —en virtud de la accesoriedad cuantitativa— cuando un autor inicie efectivamente la ejecución. Así pues, como se advierte, desde el punto de vista de la teoría de la tentativa, el «coautor no ejecutivo» no sigue el régimen jurídico de un coautor, sino el propio de un cooperador. En efecto, al igual que cualquier cooperador en fase preparatoria, su conducta pasa a ser punible solo desde el momento en que el autor auténtico inicie la ejecución.

87 La acogida de la solución individual para el comienzo de la tentativa en el caso de la autoría adjunta —coautoría en sentido amplio o impropio— plantea el problema de en qué momento pasan a responder los inductores y los cooperadores —cómplices o cooperadores necesarios— preparatorios. En concreto, si lo hacen con la tentativa del primer coautor ejecutivo, o con la del segundo o ulteriores. A este respecto, lo razonable es que la tentativa del primer coautor ejecutivo dé comienzo a la tentativa para todos los partícipes que han intervenido ya en fase preparatoria. Así las cosas, estos sujetos devienen punibles ya a título de cooperadores materiales o psíquicos. Con todo, esto no excluye que, luego, a lo largo de la ejecución, ellos mismos puedan realizar intervenciones ejecutivas, y pasen a ser coautores. En cambio, en el caso de quienes no han intervenido en fase preparatoria, sino que se incorporan en fase ejecutiva, la tentativa se inicia en este último momento y hasta entonces no pueden reputarse punibles por ningún concepto.[98]

1.4. Las posiciones restrictivas

88 Como se ha indicado, frente a toda esta tendencia a la ampliación de la coautoría, un sector importante de la doctrina española acoge un concepto

[98] Próxima, *Valdágua* (2.ª, 1993), 175 ss.

de (co-)autor más restringido incluso que el propio de la teoría del dominio del hecho. Como se ha indicado, este concepto restrictivo procede de la acogida de la doctrina objetivo-formal, de modo que parte de entender que solo son coautores en sentido estricto quienes realizan actos típicos. Sin embargo, a partir de aquí, un sector amplía el concepto de coautor recurriendo a diversos criterios materiales.[99] Otro, en cambio, propone ulteriores criterios restrictivos.[100] El resto de las conductas que la teoría del dominio del hecho o, más aún, las tesis ultra-ampliatorias, consideran constitutivas de coautoría son trasladadas por esta posición a la figura de la cooperación necesaria.[101]

2. LOS REQUISITOS DE LA COAUTORÍA

2.1. La conducta desaprobada

2.1.1. Generalidades

El concepto estricto de coautoría requiere la realización de un elemento del tipo. Así pues, quien realiza un elemento del tipo, de acuerdo con quienes realizan otros elementos típicos, y produciendo un significado conjunto,[102] es coautor en sentido estricto. Pues bien, la división del trabajo —entendida como división de la realización típica— constituye la base de la asignación de un significado conjunto a las aportaciones de los coautores.[103] Ciertamente, solo tiene sentido llamar coautor en sentido estricto a quien no puede ser autor por sí solo y, por otro lado, realiza una parte del hecho típico de modo que tampoco puede ser autor nadie más. De este modo, dos sujetos que no pueden ser autores exclusivos de una acción típica pueden ser reputados coautores de esta cuando, en virtud del significado conjunto adquirido por sus aportaciones, tiene sentido afirmar que han realizado conjuntamente el hecho. Los coautores en sentido estricto infringen una única norma y solo la pueden infringir en virtud de la relación significativa trabada entre sus conductas, que hace de estas, a la vez, una unidad de sentido. Ello diferencia esta situación de lo que ocurre en la coautoría en sentido amplio. **89**

En este último caso los (pseudo-)coautores infringen normas distintas: el (co-)autor estricto, que realiza el tipo, infringe la norma que deriva de este; el (co-)autor adjunto, que, sin realizarlo, interviene de modo directo en la **90**

---

[99] *Díaz y García-Conlledo* (1991), 670; *el mismo*, LH Roxin, 1997, 322 ss.: el criterio de la determinación objetiva y positiva; *Gutiérrez Rodríguez* (2001), 461 ss.: la lesividad directa; *García del Blanco* (2006), 344 ss., 636 ss.: la imputación objetiva.

[100] *Martínez-Buján* (2019), 261 ss.

[101] *Díaz y García-Conlledo* (1991), 693; *el mismo*, LH Cerezo Mir, 2002, 654.

[102] Esto no significa que solo el acuerdo o la intención común pueda producir un significado conjunto. Sin embargo, tampoco cabe sostener que el significado conjunto puede ser atribuido desde fuera con base en articulaciones externas a la actuación de los sujetos, como la división de funciones en una empresa.

[103] Críticos: *Olmedo Cardenete* (1999), 387 ss.; *Puppe*, GA 2013, 521; *Kreuzberg* (2019), 274 ss.

ejecución, vulnera la norma derivada que resulta de la puesta en relación del tipo y de la regla extensiva de la coautoría de la Parte General del Código penal. Desde luego, la doctrina dominante afirma que el que realiza una aportación esencial en fase ejecutiva tiene dominio funcional del hecho y debe ser calificado de coautor. Sin embargo, la realidad es que ese sujeto puede impedir que el hecho se produzca, pero no siempre determinar positivamente su producción.[104] Por tanto, no ostenta un dominio del hecho positivo sino, en su caso, negativo. Expresado en términos causales, puede aportar (y omitir) una condición necesaria, pero no decidir sobre el carácter suficiente de su aportación. En definitiva, este sujeto pone su aportación al servicio de los coautores en sentido estricto, pero no sucede lo mismo a la inversa.

2.1.2. Las formas «especiales» de coautoría: sucesiva o adhesiva, aditiva y alternativa

91 La conducta constitutiva de una «coautoría sucesiva» o «adhesiva» se produce sin acuerdo previo y cuando otro u otros sujetos ya han realizado una parte de la ejecución. La regla general en la que se enmarca esta figura reza: cuando un sujeto realiza un acto a sabiendas de que un sujeto distinto ha realizado, realiza o realizará otro, responde del significado conjunto que uno y otro acto puedan tener como si hubiera sido realizado por los dos. Pues bien, estas situaciones plantean demasiados problemas distintos como para ser sometidas a una regla general. En efecto, en algunos casos pueden ser de autoría paralela o de intervención paralela, incluso de acumulación; en otros, en cambio, de cooperación; en fin, en otros de coautoría en el sentido amplio o impropio mencionado.[105]

92 Un supuesto particular es aquel en el que varios sujetos, obrando de acuerdo, realizan conductas con idoneidad lesiva, pero, al producirse el resultado, se desconoce quién lo ha producido.[106] En realidad, esta «coautoría aditiva» muestra dos variantes, que se pueden advertir en el caso de un fugitivo que es tiroteado por dos o más guardias. La primera es (i) que no se sepa quién le ha matado; y la segunda (ii) que sí se sepa. Pues bien, el supuesto (i) plantea ante todo un problema de prueba, que debería conducir a condenar a todos los intervinientes a título de cooperación necesaria —tanto material como motivacional— en relación con una conducta de autoría, cuyo sujeto activo se desconoce, de modo que no puede ser castigado como tal. En cambio, el segundo debe dar lugar a apreciar la autoría de quien mató al fugitivo, y la cooperación necesaria de los demás.[107]

---

[104] *Luzón Peña*, ADPCP 1989, 889 ss.; *Díaz y García-Conlledo* (1991), 30-32; *Martínez-Buján* (2019), 319 ss.

[105] Próximo, *Gómez Tomillo*, RDPC 10 (2002), 73 ss.

[106] *Herzberg* (1977), 56.

[107] Una variante de este caso es el de la denominada «ronda de conciencia», que se da en algunos fusilamientos. En concreto, que, de un pelotón de cinco miembros, cuatro disparen con fuego real

En la llamada «coautoría alternativa» se da, en primer lugar, una coordinación 93
preparatoria mediante un acuerdo horizontal, o bien a través de la división de funciones establecida por un superior jerárquico. En segundo lugar, aquella coordinación redunda en la ideación de planes de ejecución alternativos —es decir, que se excluyen recíprocamente— con intervinientes distintos para cada variante hipotética. Por ejemplo, para asesinar a un enemigo cuyo itinerario no se conoce con seguridad, se acuerda que en cada uno de los itinerarios posibles quede apostado un tirador, de modo que solo uno de ellos llevará a cabo la ejecución del delito. Una variante de esta construcción es que, dado un único itinerario, se eche a suertes entre los conjurados la determinación de quién disparará.

La doctrina que acepta estas variantes de la coautoría[108] se sitúa muy cer- 94
ca de la antigua doctrina jurisprudencial española del «acuerdo previo».[109] Esta, a su vez, es próxima a la clásica doctrina *Pinkerton* del Tribunal Supremo norteamericano, así como al modelo angloamericano de la empresa criminal conjunta, aplicado en Derecho penal internacional. En efecto, la consecuencia común de las doctrinas de la coautoría aditiva y la alternativa es que los conspiradores se reputan coautores del hecho en el que se concreta su conspiración, tanto si intervienen en su ejecución como si no. Sin embargo, esta solución no es de recibo.[110] En su caso, la intervención en el acuerdo —y el pacto de planes alternativos excluyentes entre sí— puede dar lugar a una cooperación necesaria moral (o psíquica) de cada uno en relación con la conducta de quien ejecuta realmente el delito. Sin embargo, no admite la responsabilidad a título de coautoría.

2.2. La imputación subjetiva

El dolo del coautor tiene como objeto el significado de su conducta, en tanto 95
que aportación integrante de la actuación conjunta que redunda en un riesgo desaprobado de lesión de bienes jurídicos.[111] Por lo tanto, la decisión de actuar de modo conjunto —previa o sobrevenida— no se integra en el dolo, sino que es un elemento que precisamente debe ser tenido en cuenta para construir el significado intersubjetivo de actuación conjunta en el que se enmarca la conducta individual. Es decir, se integra en el tipo objetivo de la conducta de coautoría. Así pues, esta no requiere necesariamente un plan criminal conjunto, sino solo el acuerdo expreso o implícito en la realización de ciertas conductas, que adquieren un sentido común.[112] Por lo demás, ciertamente puede exis-

---

y uno con una bala de fogueo, sin que se sepa quién es este último. El fenómeno se puede dar igual en ejecuciones por inyección letal.

[108] Por ejemplo, *Binding* (1919), 163-164.

[109] Críticamente, *Díaz y García Conlledo* (1991), 349 ss.

[110] *Díaz y García Conlledo*, LH Roxin, 1997, 328; *Roso Cañadillas* (2002), 570 ss.; *Martínez-Buján* (2019), 282 ss., 286.

[111] *M. E. Mayer*, PG, 1915, 473.

[112] Próximo, *Martínez-Buján* (2019), 277 ss.; *el mismo* (2021), 111 ss.

tir una coautoría sin acuerdo,[113] pero solo si se da un criterio alternativo de construcción del sentido conjunto que permita presumir tal acuerdo —por ejemplo, la votación convergente en un órgano colegiado—. De lo contrario, el supuesto de hecho debe reconducirse a las figuras de la autoría paralela y de la acumulación de conductas (*cfr. infra* capítulo 17/103). En fin, las conductas acordadas constituyen el objeto de la imputación subjetiva a cada coautor e igualmente fijan la frontera a partir de la cual puede darse el posible exceso de uno de ellos. Así pues, es necesario que cada uno se represente la contribución de todos los demás a la realización conjunta. Sin embargo, es posible que, en lo que hace a la calificación de la conducta común como riesgo desaprobado, concurran formas diversas de imputación subjetiva. En efecto, un coautor puede obrar con dolo directo y otro con dolo eventual; igualmente, uno puede obrar con dolo eventual y otro con culpa consciente o incluso inconsciente.

2.3. El problema de la imputación objetiva del resultado

96 No existe consenso acerca de si el vínculo de causalidad e imputación objetiva con el resultado tiene que darse en relación con la conducta común, con la de cada uno de los coautores, o es suficiente que se dé en relación con la conducta de uno cualquiera de ellos. Este problema se ha advertido de manera especialmente patente en los casos de coautor «excedente», es decir, de sobrecondicionamiento (*cfr. supra* capítulo 14/39). En efecto, en estos casos un interviniente directo puede alegar en su defensa que el resultado se habría producido también sin su intervención. En particular, al respecto se han defendido dos grandes clases de soluciones: las que afirman, pese a ello, el carácter causal de la aportación —ya sea individualmente o integrando el conjunto—; y las que, en cambio, recurren a la coautoría para eludir el problema de causalidad que se suscita. Pues bien, lo cierto es que, si se acoge el concepto estricto de coautoría, tiene sentido establecer el vínculo de imputación objetiva con la conducta conjunta objetivamente desaprobada. En cambio, ello ofrece más dificultades en los casos de coautoría ampliada. Por razones prácticas, se abunda en ello más adelante (*cfr. infra* capítulo 17).

V. LA AUTORÍA MEDIATA

1. GENERALIDADES

1.1. Aproximación a la conducta de «instrumentalización»

1.1.1. El problema de las lagunas de punición

97 La doctrina y las legislaciones coinciden en presentar la autoría mediata como una forma de comisión del delito —una forma de autoría—, en la que una persona «realiza el hecho» a través de otra de la que se sirve como instru-

[113] *Acevedo Vega*, REJ 39 (2023), 1 ss.

mento (art. 28 CP español).[114] Ahora bien, el origen histórico de la figura se halla en la necesidad de hacer frente a las lagunas de punición existentes en los casos de conductas de «instrumentalización de otro». A su vez, tales lagunas derivaban de la acogida de determinados modelos teóricos de accesoriedad de la participación. Estos últimos, de progenie alemana, fueron, en primer lugar, el de la accesoriedad máxima de la participación; luego, el de la accesoriedad media objetiva; y, ahora, el actualmente vigente en aquel país, esto es, el de la accesoriedad media objetivo-subjetiva.[115] Así, el primero de ellos generaba el dilema de que las conductas consistentes en ejercer influencia sobre un inimputable, o en causar cualquier error en otra persona, o se calificaban de autoría o devenían impunes. En efecto, la participación en un hecho inculpable no era posible, porque lo impedía el modelo de accesoriedad máxima. Por su parte, el modelo de accesoriedad media genera el mismo dilema en los casos de provocación de una situación justificante en otro. En fin, el modelo de accesoriedad limitada objetivo-subjetiva añade a esto último el supuesto de la provocación de un error de tipo en el autor. Así, de conformidad con ellos, la participación en un hecho justificado o no doloso se reputa impune.

Ahora bien, en Alemania la autoría mediata no solo ha tenido que colmar **98**
las lagunas de punición derivadas de la imposibilidad de construir, en los casos de instrumentalización por coacción o por error, una inducción. Asimismo, lo ha tenido que hacer con las lagunas surgidas de la imposibilidad de construir una cooperación accesoria, con el elemento adicional de que, en estos casos, aunque se pudiera castigar, la pena tendría que ser inferior a la de la autoría. De esta doble misión deriva la discusión sobre si la autoría mediata requiere que el autor mediato instrumentalice en sentido estricto a otro sujeto, o se le puede atribuir también la condición de autor mediato a quien se aprovecha de una «auto-instrumentalización» del ejecutor —o de su «hetero-instrumentalización» (por parte de un tercero)—. Así, por ejemplo, a quien se aprovecha de un error ajeno, surgido espontáneamente o provocado por otro.[116]

1.1.2. La autonomía conceptual de la autoría mediata

Pese a todo lo anterior, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de **99**
construir un concepto de autor mediato que se justifique por sí mismo y no por la mera imposibilidad de sancionar al sujeto instrumentalizador por la vía de la participación punible. En efecto, la autoría mediata no puede ser simplemente un «remedio» conceptual para castigar ciertas conductas que, en realidad, son de participación por «instrumentalización» psíquica. Ahora bien, esto conduce a que, incluso en situaciones en las que resulta perfectamente posible castigar a alguien por una conducta de participación, deba discernirse

---

[114] *Bolea Bardon* (2000), 139 ss. En la terminología angloamericana: «*causing crime by an innocent*»; en la propia del Derecho penal internacional: «*indirect perpetration*».

[115] *Riggi* (2010), 120 ss.

[116] Crítica, *Bolea Bardon*, RDPC 12 (2003), 25 ss.

si, además, tal conducta constituye una autoría mediata o no. Ciertamente, esta decisión puede tener repercusión, como mínimo, en: (i) la cuestión simbólica de llamar a ese sujeto «autor»; (ii) la cuestión del comienzo de la tentativa; y (iii) la posibilidad de apreciar la participación punible de un tercero en relación con la conducta del «autor mediato», con independencia de si participa o no en la conducta del instrumento.[117]

1.2. La perspectiva de la teoría de las normas

100 Desde la perspectiva de la teoría de las normas, el significado de la conducta del autor mediato es problemático. En efecto, al respecto caben diversas construcciones. Así, se puede sostener que dicho sujeto infringe la norma de conducta principal y realiza efectivamente la conducta típicamente desaprobada. Por el contrario, cabe afirmar que quien vulnera el contenido de la norma de conducta principal y realiza la conducta típica es el «instrumento», al menos en algunos casos. Desde esta segunda perspectiva, un sector doctrinal sostiene que el autor mediato puede ser vinculado, en virtud de una regla de imputación, con la conducta típica realizada por el mencionado instrumento. Como se advierte, en ambos modelos la regla de la autoría mediata constituye una causa de extensión de la responsabilidad. Así, ello puede deberse bien (i) a que amplía el ámbito de las conductas típicas; o bien (ii) a que configura una regla de imputación de una realización típica que únicamente lleva a cabo el instrumento. Frente a tales posiciones, una opinión minoritaria sostiene que la autoría mediata es —en el plano «nouménico»— una autoría directa, aunque bajo una apariencia «fenomenológica» —naturalística— distinta.[118]

101 La asunción de la teoría de las normas de conducta (*cfr. supra* capítulo 8/74 ss.) y de la doctrina de la accesoriedad mínima objetiva conduce a distanciarse de las tres opciones mencionadas. De entrada, quien lesiona el contenido de la norma de conducta principal es ciertamente el instrumento. En efecto, este es quien realiza el tipo de modo directo, salvo en casos muy concretos que luego se verán. Así pues, en principio el llamado autor mediato infringe una norma derivada, que prohíbe precisamente determinadas conductas relevantes de instrumentalización de otro —no todas—, realizadas con el fin de que este último vulnere la norma de conducta principal. La naturaleza derivada de tal norma se advierte porque una misma conducta de instrumentalización adquiere un sentido distinto en función de cuál sea la conducta realizada por el instrumento.

1.3. Los textos legales

102 Ahora bien, en la concepción de los legisladores de nuestro entorno, esta es una norma derivada *sui generis*, porque su infracción determina la asimilación

---

[117] Salvo que se admita de modo general la posibilidad de una «participación en la participación».

[118] *Jakobs* (2016), 68; Sánchez-Vera, ADPCP 1998, 344 ss.; *Robles Planas*, PolítCrim 15 (2020), 1003.

legal del autor mediato al autor directo. En efecto, en virtud de la cláusula legal relativa a las formas de autoría (en España, art. 28 CP), la infracción de esta norma derivada *sui generis* es equiparada a la infracción de una norma principal.[119] Ello tiene lugar de modo independiente de la conducta del instrumento, pero tomando «prestado», en todo o en parte, el significado de la conducta de este último. En realidad, con base en esta idea, algunos sujetos instrumentalizadores ya fueron reputados autores en la tradición legislativa española. Por ejemplo, eran considerados autores los que «fuerzan a otro» a realizar el hecho (art. 14.2° del Código derogado en 1995). De algún modo, la mención a la autoría mediata en el art. 28, I CP español se sitúa en la misma tradición de aquel precepto, aunque ampliando aquella mención a todos los casos de instrumentalización. En todo caso, en virtud del principio general de autorresponsabilidad, el «instrumentalizador» no responde por lo que hace el instrumento, sino por lo que realiza él mismo

1.4. La estructura

Las razones axiológicas del tratamiento de ciertas conductas de instrumen- **103**
talización como autoría están bastante claras. Asimismo, dicha atribución de la condición de autor al sujeto instrumentalizador resulta perfectamente compatible con la exégesis legal. Ahora bien, se hace más oscura la aproximación conceptual-estructural al problema. En efecto, en la doctrina no está del todo claro qué quiere decir «instrumentalizar». En concreto, el debate versa sobre si significa: (i) privar al ejecutor de la cualidad de autor; (ii) privarle de un requisito de su responsabilidad; o, en fin (iii), convertir la conducta del hombre de detrás en una conducta de autoría, sin que se dé ninguna de las situaciones anteriores.[120]

En esta obra el concepto de autor se vincula a la realización del tipo objetivo **104**
del delito. Así pues, no es una cuestión de imputación subjetiva, ni tampoco de antijuridicidad o de imputación a título de culpabilidad. La opción acogida aquí se corresponde con el uso del lenguaje. En efecto, tiene sentido afirmar que «el autor del delito actuó en error», o que «el autor obró justificadamente» o de modo inculpable.[121] En suma, en el planteamiento que se defiende aquí la «persona de detrás» se convierte circunstancialmente en autor, con independencia de que la de delante lo sea o no. En cambio, lo específico de la autoría mediata es la concurrencia de dos elementos en el sujeto de detrás: (a)

---

[119] Subrayan el fundamento legal, *Hernández Plasencia* (1996), 60; *Bolea Bardon*, RDPC 12 (2003), 13, 21 ss.

[120] Próximos, *Bolea Bardon* (2000), 158 ss.; *la misma*, RDPC 12 (2003), 24; *Freund/Rostalski*, AT, 3.ª, 2019, 10/56,

[121] Distintos, *Díez Ripollés*, RDPCP 1 (1998), 47 ss., que relaciona el concepto de autor con el injusto, de forma coherente con el principio de accesoriedad limitada objetivo-subjetiva —de la doctrina finalista—; *Bolea Bardon*, RDPC 12 (2003), 22 ss., que requiere «tipicidad subjetiva», de conformidad con el modelo que integra el dolo en el tipo.

la realización de una conducta de «instrumentalización»; y (b) la realización de la conducta típica sirviéndose para ello del sujeto instrumentalizado. Por regla general, ello requiere que el de delante no obre de modo antijurídico, o que el hecho no le sea imputable subjetivamente o a título de culpabilidad.[122] Sin embargo, no se puede descartar categóricamente la instrumentalización de sujetos que obran de modo típicamente antijurídico y a quienes la conducta les es plenamente imputable.

105 En realidad, aunque la frontera conceptual entre la autoría mediata y la inducción sea clara, su aplicación a los casos concretos resulta difusa y, una vez acogida la accesoriedad mínima objetiva, cualquier instrumentalización puede ser calificada de uno u otro modo.[123] Es más, en algunos casos de instrumentalización crasa se recurre a construir la responsabilidad del sujeto de atrás sobre la base de la infracción de la norma derivada de la inducción o de la cooperación. Ello sucede porque, debido a la redacción del tipo, no cabe afirmar que dicho sujeto haya infringido la norma de conducta principal y, con ello, haya obrado típicamente.[124] Así, por ejemplo, en los delitos especiales, la conducta del *extraneus* que engaña o coacciona a un *intraneus* solo puede infringir dicha norma derivada. En definitiva, aquel solo puede ser reputado inductor o cooperador (*cfr. infra* capítulo 17/29). Igualmente, en los delitos de medios determinados, en los que el instrumentalizador tampoco puede ser calificado de autor mediato, la sanción de su conducta solo es posible con base en la infracción de una norma derivada y la realización de una conducta típica de participación.

1.5. El comienzo y la perfección de la tentativa

106 El comienzo de la tentativa en la autoría mediata, por comparación con la autoría directa, es objeto de discusión. A este respecto, se sostienen tres posiciones. Por un lado, la llamada «solución global» sostiene que la tentativa del autor mediato solo da comienzo en el momento en el que el instrumento inicia la ejecución del delito.[125] En cambio, por otro lado, se sostiene la denominada «solución individual», según la cual la ejecución se inicia antes para el autor mediato. En concreto cuando este ejerce su influencia sobre el instrumento, con independencia de cuándo inicie este último su ejecución, es más, de si la inicia realmente.[126] Esta solución tiende a reconstruir la autoría mediata como una mera variante fenoménica de la autoría directa, de modo que la actuación del instrumento resulta equiparable a un proceso causal —se contempla como «naturaleza», pese a que tiene pleno sentido y se le dirigen

---

[122] *Martínez-Buján* (2019), 170 ss.; *Mañalich* (2021), 211 ss., 226.

[123] Ya *Bierling* (1905), 54 ss., 57.

[124] *Martínez-Buján* (2019), 226 ss.

[125] *Mañalich* (2021), 210; *el mismo*, RCP 3 (2022), 41 ss.

[126] *Puppe*, GA 2013, 514 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 13/65, 14/72 ss.; *Falcone* (2017), 112 ss.; *Martínez-Buján* (2019), 149 ss., 153.

las normas—. En fin, algunas soluciones intermedias sostienen que la tentativa del autor mediato empieza tan pronto como este pierde el control del riesgo generado por el instrumento.[127]

107 La conducta de «instrumentalización» no puede estimarse ya conformadora de una tentativa. Por el contrario, constituye un acto preparatorio que permitirá que, tras ella, con mayor o menor inmediatez —en ocasiones, días o semanas después—, el sujeto de detrás pueda realizar el hecho a través de sujeto de delante, del que se sirve como instrumento. Por tanto, la tentativa requiere empezar a «realizar el hecho» sirviéndose del otro como instrumento, lo que ciertamente exige que este último haya sido instrumentalizado antes. La doctrina que sostiene lo contrario pone ejemplos que reducen al instrumento a una pura cadena causal. Así, por ejemplo, el de la víctima a la que se le prepara una sopa envenenada que consume de modo inmediato. Pero basta pensar en casos en los que el instrumento obra en estado de necesidad coactivo para advertir que no cabe calificar de tentativa la conducta de amenaza, ni tampoco indicar que aquella empieza en el momento en que se pierde el control sobre si el sujeto amenazado sucumbirá a la amenaza o no. Por ejemplo, la tentativa de una autoría mediata de tráfico de drogas no puede comenzar cuando se amenaza al propietario de un barco con matar a su familia si días o semanas después no procede a realizar el acto de tráfico que se le exige.

108 Así pues, el comienzo de la tentativa del autor mediato debe coincidir con el comienzo de la tentativa del instrumento. Ello es coherente con lo que sucede en la tentativa en los casos de *actio libera in causa* (*cfr. infra* capítulo 24/86). Igualmente, con el hecho de que en algunos casos de autoría mediata la doctrina discute sobre si esta debe tratarse como autoría directa. En tercer lugar, también es coherente con la práctica doctrinal y jurisprudencial según la cual, cuando el sujeto instrumentalizador no puede ser autor mediato del delito —en delitos especiales o de medios determinados—, se le trata como partícipe. En efecto, estos vaivenes de la figura casan mal con la anticipación del momento del comienzo de la tentativa, situándolo en el inicio de la injerencia del instrumentalizador sobre el instrumentalizado. Por lo tanto, en los casos de autoría mediata se da una fase de preparación, incluso larga, en la que ciertamente pueden intervenir terceros. Entonces, su conducta infringe una norma de conducta derivada —de participación—.

109 Por lo demás, tampoco la pérdida del control sobre el instrumento puede equipararse con una tentativa perfecta —es decir, con la pérdida del control sobre el curso causal por un ejecutor directo—. La razón es obvia: ningún instrumento —salvo el inconsciente o el sometido a fuerza irresistible— conforma un puro curso causal, sino que es un sujeto libre. En los casos de coacción, el instrumento sigue siendo accesible a las razones (y a la coacción) de las normas jurídicas; en los casos de error, su racionalidad le puede permitir salir de

---

[127] *Roxin*, AT, II, 2003, 29/226 ss., 29/244 ss.; *Alcácer Guirao* (2001), 168 ss.; *Demetrio Crespo* (2003), 119 ss. Con matices *Hernández Plasencia* (1996), 104 ss.,115 ss.

este; y, en los casos de instrumento inimputable, la propia patología de este impide una instrumentalización como la que tiene lugar con los cursos causales elementales. Todo ello se hace mucho más evidente si, en lugar de delitos violentos, se toma como ámbito de análisis el de otros delitos —falsedades o delitos patrimoniales—.

110 Así las cosas, la conducta del sujeto instrumentalizador solo llega a vulnerar la norma de la tentativa imperfecta —la norma derivada propia de esta figura—, cuando no impide que el instrumento inicie la ejecución. Esto significa que el inicio de la tentativa en la autoría mediata tiene lugar por omisión. A su vez, esta conducta da lugar a la infracción de la norma de la tentativa perfecta —la norma principal— cuando tanto el ejecutor como el instrumentalizador pierden el control del curso lesivo. En definitiva, si el instrumento no llega a iniciar la tentativa, la conducta del instrumentalizador todavía no es punible, salvo por otros delitos —que califiquen la instrumentalización en sí— distintos del que pretende que se cometa. Ahora bien, instrumentalizar a otro para que cometa un delito es más grave que «proponerle» que lo cometa. Por eso, aunque el instrumento no dé comienzo a la ejecución, la conducta (preparatoria) de instrumentalización debería castigarse, como mínimo, en los mismos casos en los que se castiga la proposición para delinquir. Sin embargo, es problemático que todas las formas de instrumentalización sean subsumibles en el art. 17.2 CP español. Por eso, en este punto sería deseable una reforma legal.

1.6. La participación en relación con la conducta del autor mediato y con la del instrumento

111 La figura de la «coautoría mediata» es perfectamente admisible, en los mismos términos en los que se admita la autoría mediata.[128] El recurso a ella es frecuente en la práctica del Derecho penal internacional, en relación con la estructura de la discutida autoría «mediata» por dominio de los aparatos organizados de poder.[129] Así, lo específico de tal coautoría es que lo realizado conjuntamente —en sentido estricto o amplio— es la conducta de instrumentalización. Por lo demás, igualmente pueden existir co-instrumentos de un único autor mediato, o co-instrumentos de coautores mediatos. En fin, la conducta de instrumentalización puede ser obviamente objeto de una inducción y favorecida por actos de cooperación tanto material como psíquica. A su vez, estas últimas conductas pueden y deben distinguirse con claridad de las de favorecimiento material —o motivacional— de la conducta del instrumento. Como se advierte, las conductas del instrumento y del autor mediato son distintas. Por ello, cabe que en relación con cada una de ellas existan cooperadores distintos.

---

[128] *García del Blanco* (2006), 356; *Díaz y García-Conlledo*, REJ 10 (2008), 33.

[129] *Odriozola Gurrutxaga*, RECPC 17 (2005), 1 ss.; *Olásolo*, DPC 27 (2009), 71; *Gil Gil*, CPC 109 (2013), 109 ss.; *Cadavid Londoño* (2013); *Orozco López/Silva Santaularia*, JICJ 20 (2022), 657 ss.

2. LAS VARIANTES DE LA CONDUCTA DESAPROBADA DE AUTORÍA MEDIATA

2.1. Las formas de instrumentalización

112 La conducta de servirse de otra persona como instrumento puede discurrir por dos vías fundamentales. En primer lugar, por la vía del engaño.[130] Este, en la medida en que impide el conocimiento por parte del engañado del significado de lo que realiza o de su carácter antijurídico, pretende anular la propia posibilidad de una motivación jurídica del instrumento. En segundo lugar, la instrumentalización puede discurrir por la vía de la coacción o de la amenaza —violencia o intimidación—.[131] En este caso, aunque el sujeto instrumentalizado conoce el significado de lo que hace e incluso su antijuridicidad, el efecto de la motivación jurídica sobre él se pretende contrarrestar mediante una intensa hetero-motivación antijurídica. En cuanto a sus efectos, las mencionadas vías pueden excluir, por un lado, la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta del instrumento; por otro, la imputación subjetiva o a título de culpabilidad; en fin, la punibilidad del hecho. En este contexto, el discutido supuesto de la provocación de un «error sobre los motivos» constituye una forma de desencadenar, mediante engaño, una motivación antijurídica que el propio sujeto instrumentalizado ya tiene previamente.

2.2. Las características de la conducta del ejecutor instrumentalizado

2.2.1. El instrumento que no realiza una conducta típicamente desaprobada de autor

113 En los casos en los que el instrumento obra en ausencia de acción —por ejemplo, bajo fuerza irresistible o en situación de inconsciencia—, el que provoca lo uno o lo otro es autor directo del hecho.[132] Es decir, infringe ya de entrada la norma de conducta principal y su conducta es la única que realiza el sentido del tipo. Por su parte, tal instrumentalización puede tener lugar a través de la aplicación de *vis physica absoluta*, o mediante la provocación de la inconsciencia (*cfr. supra* capítulo 9/40 ss.). En cambio, plantean más dificultades los supuestos en los que el instrumento lleva a cabo una conducta con sentido, pero que no realiza el tipo objetivo del delito. Ciertamente, un sector doctrinal entiende que en ellos el sujeto instrumentalizador debe ser considerado autor directo. Sin embargo, la conducta de este tampoco realiza el tipo de modo directo y activo, sino que su intervención directa tiene lugar en la fase preparatoria del hecho.

114 En particular, esto sucede en cuatro grupos de casos. Por un lado, en el de instrumentalización del sujeto pasivo del delito, pues este último obra atípica-

---

[130] *Bolea Bardon* (2000), 175 ss.

[131] *Bolea Bardon* (2000), 253 ss.

[132] *Hernández Plasencia* (1996), 93 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 14/55.

mente, sin lesionar el contenido de norma de conducta alguna. Por ejemplo, cuando es víctima de un engaño o de una amenaza, para que se produzca una autolesión o cometa un acto sexual sobre el propio cuerpo.[133] Por otro lado, en el de los delitos especiales, cuando un *intraneus* se sirve de un *extraneus*, que actúa como «instrumento doloso no cualificado», sin poder impedir luego la conducta de este último (*cfr. infra* capítulo 17/26). En tercer lugar, en el de aquellos supuestos en los que la conducta del ejecutor directo, al carecer del elemento subjetivo correspondiente, tampoco realiza el tipo —conocidos como de «instrumento doloso sin intención»—.[134] En fin, en cuarto lugar, en el de los casos de instrumentalización de una conducta neutra o de otras situaciones que excluyen la concurrencia de un riesgo típicamente desaprobado en la conducta del sujeto de delante. En todas estas situaciones el sujeto que instrumentaliza al otro debe ser calificado de autor mediato. Ciertamente, en algunos de ellos puede ser reputado también autor directo en comisión por omisión. Sin embargo, esto requiere que disponga de la capacidad de evitar el resultado en la fase ejecutiva, lo cual puede darse o no. Lo que no cabe es considerarle partícipe, pues no existe un hecho principal objetivamente típico.

2.2.2. El instrumento que realiza una conducta típicamente desaprobada —como autor directo—

2.2.2.1. Los casos de errores sobre circunstancias típicas y extratípicas

115 En este grupo de casos el sujeto que realiza el tipo de modo directo es autor en sentido estricto, aunque carezca de dolo y de imprudencia por actuar en un error de tipo personalmente invencible. Ciertamente, con respecto a ellos las doctrinas máxima y media de la accesoriedad conducen a calificar a quien provoca tal error como autor mediato. En cambio, desde la perspectiva de un concepto de accesoriedad mínima cabe optar entre la calificación de inducción y la de autoría mediata. Sin embargo, en casos de auténtica instrumentalización, parece preferible esta última calificación. Ahora bien, la sanción a título de autoría mediata requiere que esta se pueda imputar subjetivamente a quien realiza la conducta que posee el significado instrumentalizador, a título de dolo o de imprudencia.

116 Se discute la solución de los casos de provocación de un *error in persona*[135] y, por otro lado, de un error en los motivos en el autor directo. Así, por ejemplo, cuando se le miente a una persona dispuesta a vengar la muerte de su padre, diciéndole que un tercero «X» ha sido el causante de esta. La presencia de dolo típico y de conocimiento de la antijuridicidad en el sujeto engañado ha sido entendida por la doctrina como excluyente de la relación de autoría mediata. En consecuencia, se tiende a calificar al mentiroso como inductor o coopera-

[133] Por eso se afirma que la estafa es una «autoría mediata tipificada».

[134] Similar, *Martínez-Buján* (2019), 218 ss.; *el mismo* (2021), 101 ss.

[135] *Hernández Plasencia* (1996), 200 ss.

dor psíquico.[136] Ciertamente, el hecho ya tiene un autor responsable incluso para quienes asocian esta condición con la concurrencia de culpabilidad. Sin embargo, es innegable que una mentira así produce una instrumentalización motivacional muy intensa. Por lo tanto, no es irrazonable calificar esta situación como una estructura de «autor tras el autor responsable».

2.2.2.2. El caso del ejecutor que obra justificadamente

117 En los casos de provocación de una situación justificante para el ejecutor directo, las doctrinas de la accesoriedad máxima y media obligan de nuevo a construir una autoría mediata, pues resulta imposible sostener la concurrencia de una inducción. Sin embargo, un modelo de accesoriedad mínima, como el acogido aquí, puede construir perfectamente la participación por inducción. Si se provoca una situación de plena justificación en el sujeto de delante mediante error o coacción, debe optarse por la solución de la autoría mediata.

2.2.2.3. El instrumento sin culpabilidad o sin punibilidad

118 En el caso de los inimputables —sujetos en situación de anomalía o alteración psíquica—, de quienes obran en error de prohibición invencible o de quienes lo hacen en una situación de exculpación el ejecutor directo es autor. Por tanto, el sujeto que hace surgir en ellos una decisión delictiva de entrada puede ser reputado inductor. A partir de ahí, cabe discutir si el hecho de hacer surgir en un inimputable una decisión delictiva constituye únicamente una inducción o, además, una auténtica instrumentalización del déficit cognitivo o volitivo de este. De optarse por esto último, la calificación debe ser de autoría mediata con instrumento que obra sin culpabilidad. Por su parte, la provocación de un trastorno mental transitorio, de un error de prohibición invencible o de una situación de exculpación también constituye en principio una conducta de participación. Sin embargo, tal provocación, por regla general, debe dar lugar asimismo a apreciar una instrumentalización que conduzca a la calificación de autoría mediata.

119 En España, las conductas delictivas de los menores de edad, aunque estos sean materialmente imputables, están exentas de toda pena —hasta los catorce años— o de las penas de los adultos —en la franja entre los catorce y los dieciocho años— por razones de punibilidad. Ciertamente, en casos así, la jurisprudencia tiende a calificar la conducta del sujeto de detrás como autoría mediata.[137] Sin embargo, estos casos deben ser calificados como de participación.[138]

---

[136] *Hernández Plasencia*, 1996, 250 ss.; *Roxin*, AT, II, 2003, 25/94.

[137] Así, en el caso de una niña de once años que ayudaba a sus padres a transportar droga: si el organizador «domina la voluntad del ejecutor directo, aun cuando sea un dominio aceptado por el propio ejecutor», la jurisprudencia estima que se trata de un supuesto de autoría mediata (STS 1022/2012, de 19 de diciembre).

[138] *Martínez-Buján* (2019), 214 ss.

2.3. Los casos límite

2.3.1. El ejecutor inmediato parcialmente responsable

120 Cuando el sujeto de detrás provoca en el ejecutor inmediato un error vencible de tipo o de prohibición, o una situación de exención incompleta, cabe apreciar una participación a título de inducción o de cooperación. Sin embargo, asimismo es posible advertir la concurrencia de una instrumentalización mayor o menor. En este punto se advierte una gradación que se observa con cierta claridad en los casos en los que concurren eximentes incompletas. Así, entre la provocación de un miedo insuperable, uno difícilmente superable o, en fin, uno superable con mayor o menor facilidad. Pues bien, cuando el ejecutor obra en un error vencible de tipo, provocado por un tercero de modo doloso, la autoría imprudente del ejecutor directo no obsta a la autoría mediata dolosa del instrumentalizador.[139] Sin embargo, desde la perspectiva de la accesoriedad mínima, este último también puede ser calificado de inductor o cooperador —doloso— a un hecho imprudente, con lo que la pena es la misma.

121 Ciertamente, un sector doctrinal opta por excluir la autoría mediata tan pronto como el ejecutor inmediato obra de modo antijurídico y culpable. Así, en los casos de errores vencibles y de exención incompleta del sujeto de delante aquel opta por calificar la conducta de la persona de detrás como participación. Sin embargo, en casos de esta factura la calificación de inducción y la de autoría mediata depende de cuestiones de grado, de contexto y de características del delito. La frontera entre la autoría mediata y la mera inducción o cooperación discurre por esta zona gris.

2.3.2. La instrumentalización por omisión

122 Existe una instrumentalización por omisión en los supuestos en los que un garante de información omite proporcionar a otro sujeto los datos que este último precisa para obrar en evitación de un resultado lesivo. En tal caso la inacción del sujeto privado de información no es típica, pues carece del conocimiento preciso para actuar idóneamente en el mencionado sentido de evitación. Por su parte, el sujeto de detrás puede ser calificado de autor sobre la base de una posición de garante derivada de omitir precedente. Sin embargo, esto requiere que disponga de la capacidad de evitar el resultado en la fase ejecutiva, lo cual puede darse o no. En caso negativo, la estructura responde al modelo de la *omissio libera (in causa) in omittendo*. En efecto, la previa omisión de información genera un triple efecto: por un lado (i), impide que el sujeto privado de ella pueda actuar en evitación del resultado; por otro (ii), convierte al garante de información en garante de evitación en virtud de un omitir precedente; ahora bien, en muchos casos (iii) la propia omisión de

[139] STS 920/2023, de 14 de diciembre.

información supone privar al sujeto omitente de la única forma que tiene de evitar el resultado.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR «DOMINIO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER»

3.1. El contenido de la doctrina

123 La doctrina de la autoría «mediata» por dominio de aparatos de poder organizativo —o aparatos organizados de poder—[140] fue elaborada por Claus Roxin para afrontar los delitos contra la humanidad cometidos desde la estructura estatal nacionalsocialista en Alemania (1933-1945).[141] En efecto, dicha doctrina sostiene que a quien domina un «aparato de poder» se le imputan, a título de autor mediato, los delitos contra los derechos humanos cometidos por los integrantes de la organización, aunque estos obren de modo plenamente responsable. Al respecto, hay que tener presente que la configuración de esta estructura presupone tres requisitos: (i) la existencia de una organización compleja, intensamente jerarquizada y dominada plenamente por quienes se hallan en la cúspide; (ii) que la organización se encuentre alejada del Derecho; y (iii) la fungibilidad de sus integrantes. En tales situaciones, la supuesta autoría mediata de los superiores se pretende basar en el dominio de los medios, del modo de configurarse el hecho típico y de la propia estructura jerárquica. Ciertamente, se entiende que ello proporciona a la comisión del delito una cierta automaticidad a partir de la decisión del superior.[142]

3.2. Las críticas parciales

124 La doctrina de la autoría con base en el dominio de aparatos organizados de poder es una construcción *ad hoc* que pretende proporcionar base dogmática a la intuición de que, en tales casos, parece justo calificar de «autores» a los superiores. Con esta finalidad, sobre todo simbólica, fue aplicada luego en casos vinculados a las dictaduras argentina y chilena, al régimen peruano,[143] y a la extinta República Democrática Alemana.[144] También ha tenido éxito en

---

[140] U «organizatorio». La expresión alemana es «*organisatorische Machtapparate*»: *Roxin*, GA 1963, 193 ss. Pero en español se ha difundido la expresión de «aparatos organizados de poder».

[141] *Muñoz Conde*, RP 31 (2013) 17 ss.

[142] *Roxin*, GA 1963, 200 ss.; *Bolea Bardon* (2000), 337.

[143] Respectivamente, en los juicios a los integrantes de las Juntas militares y en el caso Fujimori.

[144] La sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 26 de julio de 1994 («caso de los tiradores del muro» = «*Mauerschützen-Fall*») admitió la posibilidad de construir una autoría mediata en casos de plena responsabilidad del instrumento. Así, se afirmó la responsabilidad de los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana por la muerte de fugitivos, dolosamente producida por la guardia fronteriza de este país. El fundamento de tal atribución de responsabilidad fue la orden de que las fugas habían de ser evitadas a cualquier precio. En efecto, la estimación, en una resolución anterior, de que los soldados eran autores —en error de

el Derecho penal internacional y en la jurisprudencia española.[145] Con todo, incluso en aquellos casos, su procedencia nunca ha dejado de discutirse. Ello ha tenido lugar, por un lado, mediante críticas parciales. Así, en primer lugar, se ha objetado que los inferiores que median entre quienes se hallan en la cúspide y los ejecutores materiales no se pueden reputar fungibles. Además, tampoco dominan el aparato, sino que, en su caso, forman parte de él. Sin embargo, son considerados asimismo autores mediatos.[146] En segundo lugar, se ha añadido que la exigencia de fungibilidad es discutible. Más bien, lo decisivo debería ser la «predisposición» —o disposición incondicionada— del agente inmediato a cometer el hecho.[147] Pues bien, este criterio, en realidad alternativo, ha pasado a ser exigido, de modo general, para la autoría por dominio de organización. Como mínimo, se ha admitido la posibilidad de que unos, los no fungibles —mandos intermedios—, posean una elevada disposición a cometer el delito y que otros —los subalternos—, aunque no tengan tal disposición, sean fungibles.[148] En tercer lugar, también se ha argüido que la aplicación de la estructura no debería requerir la plena desvinculación de la organización con respecto al Derecho. En este punto, sigue existiendo discusión sobre si la doctrina de los aparatos organizados de poder puede aplicarse: (i) a organizaciones criminales no estatales; y (ii) a empresas que de modo general operan lícitamente. Lo primero tiende a responderse positivamente.[149] En cambio, a propósito de las empresas lícitas, mayoritariamente se considera que en estas se hallan ausentes los requisitos de dicha figura.[150] Sin embargo, también existen opiniones matizadas favorables a su aplicación a ellas.[151]

3.3. Las críticas radicales

125 Las críticas radicales al modelo de la autoría mediata en los casos de aparatos organizados de poder sostienen, de entrada, que la autorresponsabilidad de los inferiores jerárquicos impide apreciar una autoría (mediata) de los superiores. En efecto, se afirma que si los ejecutores inmediatos son plenamente responsables no puede afirmarse que, a la vez, son dominados o instrumenta-

---

prohibición vencible— y no partícipes, no obstó a la apreciación de la autoría mediata. Esta sentencia es comentada por *Felip i Saborit* (2011), 509 ss.

[145] Así, en España, SSTS 480/2009, de 22 de mayo; 708/2010, de 14 de julio; 1022/2012, de 19 de diciembre; 467/2018, de 15 de octubre; 560/2020, de 29 de octubre. Sobre ello, *Gil Gil,* ADPCP 2008, 53 ss.; *Bacigalupo,* LH Figueiredo Dias, II, 2009, 61 ss.

[146] *Fernández Ibáñez* (2006), 169-170. Parcialmente distinta, *Jiménez Martínez* (2017), 139, distinguiendo entre quienes tienen el dominio total y quienes solo tienen un dominio parcial. En contra de la atribución de dominio a los mandos intermedios, *Ambos,* InDret 3/2011,17.

[147] *F.-Chr. Schroeder* (1965); *Fernández Ibáñez* (2006), 204.

[148] *Roxin,* ZIS 2006, 297-298.

[149] *Muñoz Conde,* RP 9 (2002), 61 ss.

[150] *Roxin,* ZIS 2006, 293 ss.; *Pariona Arana* (2010), 247-248; *Díaz y García Conlledo,* LH Mir Puig, 2017, 516-517.

[151] *Faraldo Cabana* (2004), 96 ss.; *Fernández Ibáñez* (2006), 202, 326, con matices; *Meini* (2009), 174 ss.; *el mismo* (2010), 221 ss.

lizados, en virtud del automatismo con el que opera la maquinaria del aparato estatal o paraestatal delictivo. Ciertamente, el dominio de la organización puede generar un control estadístico sobre la clase de hechos que se realizan en aquella. Sin embargo, no garantiza en absoluto que se tenga dominio del hecho concreto cuya realización se inicia. En realidad, la fungibilidad del instrumento solo garantiza que este puede ser sustituido si se niega a obrar, pero no que sea dominado. Todo esto, a su vez, da lugar adicionalmente a advertir un problema formal de subsunción de la conducta en el tipo de delito del que se trate o en la definición legal de la autoría mediata.

126 En efecto, la construcción de los aparatos organizados de poder carece de fundamento dogmático-estructural y plantea problemas de legalidad. Así pues, quien sostiene que el hombre de atrás es autor porque merece ser castigado como autor únicamente respeta —de los tres criterios que debe respetar una construcción dogmática— el axiológico-funcional del merecimiento de pena.[152] Esto ha determinado que otros sectores doctrinales hayan propuesto soluciones alternativas. En concreto, estas son: (i) la de la coautoría vertical no ejecutiva del superior jerárquico;[153] (ii) la de la inducción;[154] y (iii), en España, además, la de la cooperación necesaria.[155] Estas últimas propuestas —la (ii) y la (iii)— dan cuenta de la calificación más coherente con lo que se sostiene en este texto.

3.4. El «autor detrás del autor»

127 La estructura doctrinal alemana del «autor tras el autor» (o autor detrás del autor) no coincide con la de los aparatos organizados de poder. Por el contrario, el concepto es independiente de la existencia de un contexto organizativo. Así se ha solido identificar con situaciones en las que existe: (i) la predisposición al hecho de un autor directo, que puede ser incondicionada o, en todo caso, muy elevada; y (ii) el aprovechamiento de esta situación por otro agente que se sitúa tras él para realizar el propio plan.[156] Por ejemplo: «A» sabe que «B» disparará sobre el sujeto que pase por un punto determinado a una hora determinada. Así que hace pasar a su enemigo «C» por ese punto. En realidad, lo que sucede en estos casos es que hay «un hecho» de un sujeto detrás de «otro hecho» de otro sujeto. Esto mismo puede suceder en contextos organizativos.[157] En realidad, en casos así la doctrina aprecia una

---

[152] *Stein* (1988), 207-208; *Renzikowski* (1997), 21.

[153] *Jakobs*, AT, 2.ª,1991, 21/103; *el mismo* (2010), 103 ss.; *Otto* (2020), 29 ss.

[154] *Gimbernat Ordeig* (1966); *Renzikowski* (1997), 67 ss., 87 ss.; *Köhler*, AT, 1997, 506 ss., 510; *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 607-608; *Herzberg* (2000), 33; *el mismo* (2020), 120 ss.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 ss.; *Gil Gil*, ADPCP 2008/9, 68; *Reyes Romero*, REJ 28 (2018), 136, 138. Distinta, *Gómez Rivero* (1995), 114 ss.

[155] *Hernández Plasencia* (1996), 271 ss., 276; *Díaz y García Conlledo*, LH Mir Puig, 2017, 519 ss.: inducción o cooperación necesaria; *Martínez-Buján* (2019), 193 ss. Crítica, *Faraldo Cabana* (2004), 192 ss.

[156] *F.-C. Schroeder* (1965), 222; *Bolea Bardon* (2000), 158 ss.

[157] En este contexto se ha suscitado también la doctrina alemana de los grados de dominio del hecho y, en consecuencia, de los grados de autoría. Al respecto, *Schünemann*, ZIS 2006, 305-306.

estructura de autoría paralela entre el sujeto de detrás —autor mediato— y el de delante —autor directo—.[158] Y en cierta medida se da una instrumentalización del sujeto predispuesto por parte del sujeto de detrás. Ello tiene lugar de modo paralelo a lo que sucede en los supuestos en que este último provoca un *error in persona* en el sujeto de delante. Sin embargo, tampoco puede reputarse incorrecta la calificación de autor del sujeto de delante y de cooperador necesario para el de detrás. Ello, como se ha indicado reiteradamente, conduce a la imposición de la misma pena. En todo caso, en el planteamiento propuesto aquí, que vincula la autoría con la realización del tipo objetivo, la situación de autor tras el autor no constituye ninguna excepción. En realidad, la mayoría de los casos de autoría mediata son de autor (responsable) tras el autor (irresponsable).

3.5. La intervención por gestión de una estructura jerárquica descontrolada

128 En una estructura organizativa regida por fines que no son específicamente antijurídicos, sino lícitos, caben sin embargo formas de relativa instrumentalización. Por ejemplo, ello sucede cuando un superior establece objetivos o metas a sus subordinados cuya dificultad puede conducir a que estos últimos recurran a medios antijurídicos. Si la estructura jerárquica no está sometida a control —por ejemplo, carece de un sistema de cumplimiento normativo— es posible hacer responsable al superior de los delitos cometidos por sus subordinados.[159] Por ejemplo, cuando el director gerente de una empresa asocia la percepción por parte de sus subordinados de ciertas retribuciones a la obtención de resultados de facturación que aquellos prácticamente no pueden alcanzar sin recurrir a formas de corrupción.[160] O, por poner otro ejemplo, cuando el jefe de una unidad militar, en el marco de la lucha contra la guerrilla, asocia la concesión de vacaciones a que los capitanes le acrediten la producción de un determinado número de bajas entre los guerrilleros, que es asimismo muy difícil de alcanzar. Pues bien, estos no son casos de inducción, ni tampoco de cooperación necesaria psíquica. En efecto, el inferior toma la decisión delictiva —corrupción, asesinato de población civil— de modo autónomo como medio de alcanzar los beneficios que se le ofrecen. En este contexto, una eventual responsabilidad dolosa del superior debería canalizarse por la vía de una comisión por omisión fundada en la injerencia.

---

[158] En el «caso de los gitanos de Mancha Real» (STS de 2 de julio de 1994) se produjo un acuerdo del Ayuntamiento y, luego, una manifestación encabezada por el alcalde y los concejales en términos agresivamente contrarios a la presencia de los gitanos en el pueblo. En el curso de dicha manifestación, se produjeron diversos actos de vandalismo —daños e incendios— contra viviendas y otras propiedades de los gitanos. El Tribunal Supremo español condenó al alcalde como autor mediato de los delitos.

[159] En inglés es frecuente designarlas como situaciones de «*non-compliance*».

[160] Por ejemplo, los incentivos que se conocen, en inglés, como «*bonus*» o «*stock options*».

VI. LA INDUCCIÓN

1. GENERALIDADES. LA INTERVENCIÓN MORAL

129 El sujeto que se injiere en el proceso de deliberación de otro puede ser considerado interviniente en el hecho delictivo que este se decida a cometer, aunque luego no participe en el proceso ejecutivo. La mencionada injerencia puede producirse, en primer lugar, mediante la modificación de su sistema de adopción de decisiones; es decir, en términos empiristas, alterando el orden de sus preferencias. A ello alude el lenguaje ordinario con expresiones como las de lavado de cerebro, manipulación o corrupción. Ahora bien, en segundo lugar, puede darse otra forma de injerencia, menos drástica. A saber, la que consiste en reforzar la motivación antijurídica en el proceso deliberativo concreto,[161] hasta el punto de conducirlo a la adopción de una decisión delictiva. Esto último puede tener lugar mediante la aportación de razones para la acción antijurídica o bien mediante la génesis de emociones —ira, miedo— contrarias al Derecho. Ciertamente, existe acuerdo en que algunos de estos casos deben ubicarse en el marco de la autoría mediata. Sin embargo, otros reciben la denominación de inducción, instigación[162] o determinación[163] y constituyen una conducta de intervención distinta de la autoría.

130 Una vez inducido, el sujeto adopta una decisión, de modo que su proceso deliberativo finaliza provisionalmente. Sin embargo, la decisión de cualquier persona —esto es, la adopción de un propósito determinado, incluso firme— no es todavía irreversible. Por lo tanto, para que la inducción se traduzca en una conducta delictiva del inducido, se requiere la adopción de decisiones sucesivas, en el sentido de proseguir con el hecho o de renunciar a él. Pues bien, en este marco pueden tener lugar, a su vez, nuevas injerencias en el proceso deliberativo del sujeto. Unas, para hacerle renunciar; otras, en cambio, para reforzar su decisión —en puridad, para provocar las respectivas decisiones de proseguir—. A estas nuevas injerencias lesivas posteriores a la decisión delictiva es común denominarlas cooperación psíquica —o moral—.[164] En realidad, no son sustancialmente, sino solo contextualmente distintas de la inducción. Por eso, en casos límite plantean problemas de delimitación con ella.

2. LA DELIMITACIÓN DE LA INDUCCIÓN

131 La inducción es una conducta de intervención en el delito, que —tanto en la tradición como en el Código penal español— recibe la misma pena que la autoría. En cambio, no puede afirmarse fácilmente que sea una forma de

---

[161] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 486.

[162] Art. 24 CP peruano.

[163] Art. 45 CP argentino; art. 30 CP colombiano.

[164] O motivacional: *Martínez Sanromà* (2023); *el mismo*, InDret 4/2023, 221 ss.

«participación» en el delito.[165] En efecto, el inductor no toma parte en el hecho, ni de modo directo ni indirecto, sino que solo interviene en él a través de generar en el autor inducido la decisión de cometerlo. Así, la peculiaridad de la inducción radica en que es la única conducta penalmente relevante que se realiza con anterioridad al surgimiento de la decisión del autor. Ciertamente, esta decisión constituye el primer «resultado» de la conducta de inducción, mientras que el inicio de la ejecución constituye su segundo «resultado». Entre la decisión y su exteriorización o la preparación de la ejecución también pueden operar ciertas formas de cooperación psíquica. Con todo, la inducción —al igual que estas últimas— es una forma de intervención en el delito. En efecto, el inductor, en la medida en que la «decisión» que generó se va haciendo «acción típica» tras el inicio de la ejecución del autor, también se hace presente de algún modo en la conducta de este. Por eso recae también sobre él un deber de desistir que prosigue a lo largo de toda la fase ejecutiva. Ahora bien, si el inducido no da comienzo a la ejecución del hecho, el inductor solo puede ser castigado por la vía del acto preparatorio de proposición —no exento de problemas en Derecho español desde 2015—.[166] Adicionalmente, mediante la provocación, como forma de inducción masiva (*cfr. supra* capítulo 15/27).[167] En efecto, la legislación española establece que, si a la provocación le sigue la perpetración del delito, será castigada como inducción (art. 18.2 *in fine* CP).

132 El perímetro conceptual de la inducción limita con la autoría mediata y con la cooperación psíquica. En efecto, todas estas figuras tienen en común la alteración del estado cognitivo o volitivo del sujeto activo del delito. Así, la inducción tiene lugar cuando se le aplica violencia, intimidación o engaño en una medida tal que no permite al sujeto de detrás alcanzar la cualidad de autor. En cambio, si la entidad de la fuerza, la amenaza o de la provocación de error llegan a determinar que no solo vulnere una norma derivada de conducta, sino ya una norma principal, entonces el sujeto que las produce —además de inductor— puede ser considerado autor mediato. Este es el caso en las estructuras de estado de necesidad coactivo, por ejemplo, en las que un sujeto conmina a otro a atacar a un tercero si desea evitar una determinada agresión. En este punto, se afirma con frecuencia que la inducción tiene que permitir que el inducido considere la razón que aporta el inductor en su propia deliberación. En cambio, lo propio de la autoría mediata es anular la delibe-

---

[165] *García Cavero*, FS Kindhäuser, 2019, 131 ss.; *Rusconi*, FS Sancinetti, 2020, 655 ss. La alternativa es castigarla como acto preparatorio punible, en lugar de hacer depender su castigo de la ejecución del hecho principal y del grado de esta.

[166] El texto del art. 17.2 vigente —desde 2015— señala que «la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él». En cambio, el texto entonces derogado señalaba: «La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo». Ciertamente, por un lado, se ha ampliado el ámbito de la figura; pero por otro también se ha reducido.

[167] Art. 18.1 CP español: «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito».

ración —es decir, instrumentalizar—. Sin embargo, la distinción —patente en los casos claros— no es fácil en los supuestos límite. Por lo tanto, lo razonable es admitir que la conducta de inducción admite grados. Así, la provocación de un miedo insuperable o difícilmente superable puede ser reputada inducción o, además, autoría mediata. De hecho, en función del delito que cometa el sujeto, se dará una u otra calificación. En efecto, si el delito es especial y el instrumentalizador no puede alcanzar la condición de autor —tampoco mediato— por muy intensa que sea su influencia se le calificará de inductor.

3. LA CONDUCTA TÍPICAMENTE DESAPROBADA DE INDUCCIÓN

3.1. Generalidades

133 Comete una inducción quien (i) incide sobre el esquema motivacional de otro —le determina—; (ii) haciendo surgir en él la resolución firme de realizar una conducta típica de autoría; (iii) de modo tal que esa resolución se mantenga hasta dar lugar a un inicio de ejecución precisamente en calidad de autor.[168] El elemento (i) integra la conducta intersubjetivamente desaprobada, mientras que los elementos (ii) y (iii) tienen que ver, respectivamente, con su primer resultado y con su resultado típicamente relevante. En efecto, si el motivo introducido por alguien resulta desplazado luego por otros motivos sobrevenidos, ya no puede afirmarse la concurrencia de una inducción típica.

134 Es común indicar que lo propio de la inducción es introducir en el horizonte de acción de un sujeto una razón o un motivo que prevalezcan sobre las razones y motivos de su fidelidad al Derecho. Se añade, entonces, que la conducta del inductor disminuye la fidelidad al Derecho del inducido y, con ello, la capacidad de este de obrar conforme a los dictados de las normas. Sin embargo, la inducción típica no tiene por qué serlo a una conducta antijurídica. Por el contrario, también hay inducción en la conducta de quien hace surgir en otro la decisión de realizar una conducta típica y justificada. Por tanto, solo la inducción a una conducta antijurídica muestra aquellas características. Como se ha indicado, la justificación de las conductas de los intervinientes en un delito debe examinarse por separado. Así pues, cabe una inducción justificada —por estado de necesidad, por ejemplo— a una conducta antijurídica. Viceversa, cabe una inducción antijurídica a una conducta de autoría que resulte justificada.

3.2. Los modos de inducir

3.2.1. La inducción como conducta de comunicación

135 La inducción puede ser directa y, en tal caso, se manifiesta mediante actos de comunicación interpersonal. A su vez, estos pueden ser verbales —orales o

[168] *Gómez Rivero* (1995), 383 ss.; *Sánchez-Vera*, InDret 2/2012, 1 ss.

escritos— o gestuales. En este punto son decisivas las convenciones de significado unidas a la realización de actos de comunicación.[169] Así, la autorización para realizar una conducta puede tener un significado de inducción a llevarla a cabo. Incluso el silencio, en un determinado contexto, puede constituir una conducta de inducción —basta pensar en el silencio administrativo positivo—. En cambio, ni la mera información de la posibilidad de realizar una conducta, ni la pura descripción, verdadera o falsa, de un estado de cosas, bastan para apreciar una inducción. Tampoco lo es el simple consejo de llevarlo a cabo, si no concurren elementos adicionales.[170]

136 No es necesario que en la comunicación aparezca explícitamente una oración conativa del tipo: «¡mátale!». Así pues, la inducción puede ser imperativa-categórica, pero también condicional o hipotética («si...entonces»). Lo decisivo es que, mediante una determinada comunicación, y dado el contexto de que se trate, el inductor conforme las bases para hacer surgir la decisión ejecutiva, esta se forme y se traduzca en una ejecución. En suma, la inducción puede ser implícita y derivarse de un actuar concluyente, que genere, sin comunicación alguna, una situación —verdadera o falsa— que haga surgir la decisión delictiva. Por lo demás, también cabe que sea indirecta, por servirse de la intermediación de alguien, lo que da lugar a diversas variantes. En fin, la conducta penalmente relevante de inducción puede tener lugar mediante una omisión. Ello requiere que la no realización de una determinada conducta por parte del inductor haga surgir la decisión de actuar en el inducido. Con todo, en este contexto no siempre es fácil distinguir las omisiones de los supuestos de actuar concluyente. Dejando aparte estos casos excepcionales, normalmente las omisiones de terceros son posteriores a la decisión delictiva, en cuyo caso se trata de supuestos de cooperación motivacional.

3.2.2. La inducción mediante razones morales o instrumentales

137 Como medio de convicción, el inductor puede introducir en el esquema de análisis del agente una razón moral que le convenza de que ejecutar el hecho es bueno. Así sucede, por ejemplo, cuando la decisión de delinquir en calidad de autor se hace surgir en el inducido, dándole razones o argumentos valorativos a favor de la decisión delictiva. Sin embargo, también cabe que se trate de un argumento de utilidad —prudencial-instrumental—. Así, por ejemplo, recurriendo al anuncio de que el autor obtendrá un beneficio si ejecuta el delito —una promesa—, o de que sufrirá un perjuicio si no lo hace —una amenaza—. Lo primero tiene lugar, singularmente, mediante el ofrecimiento de dinero o de cualquier otro bien o servicio no dinerario como contraprestación a la realización del hecho. Por tanto, las conductas de corrupción pública o privada constituyen una forma paradigmática de inducción.

---

[169] *Baldó Lavilla*, ADPCP 1989, 1091 ss.

[170] *Gómez Rivero* (1995), 177-178.

Por su parte, la amenaza puede ser expresa o implícita. Esto último sucede 138
cuando se imparte una orden en un contexto jerárquico, pero también cuando se hace una sugerencia o se da un consejo en situaciones de asimetría. A su vez, el mal con el que se amenaza puede ser constitutivo de delito o no. En ocasiones, por tanto, la inducción tiene lugar mediante la comisión de un hecho delictivo sobre el inducido o sobre un tercero. Así, por ejemplo, de una amenaza, que genera decisiones de actuar en estado de necesidad coactiva; o de otros delitos contra las personas. Esto significa que la agresión ilegítima puede verse también como una inducción al agredido —o a su defensor— para que este se defienda. En efecto, el agresor da una obvia razón de utilidad al agredido o al tercero para ejecutar el hecho típico (y justificado). Por su parte, tanto la promesa como la amenaza pueden ser reales o falsas. Por tanto, una forma de inducción es el engaño, siempre que este no sea tan intenso como para convertir a quien engaña en autor mediato o autor tras el autor.

3.2.3. La inducción por incidencia emocional

Los modos de inducir no se limitan a los mencionados hasta aquí. En efec- 139
to, la deliberación de un agente constituye un proceso muy complejo en el que entran en juego, además de razones instrumentales y morales favorables y contrarias al hecho, las pasiones —esto es, las emociones—. Por eso, la incidencia propia de la inducción puede consistir, no en producir una motivación racional, sino en generar la decisión mediante la provocación de una reacción emocional. Por ejemplo, excitando la valentía, el altruismo en cualquiera de sus formas —así, el patriotismo—, el miedo o la crueldad del agente. En definitiva, la motivación puede servirse simultáneamente de lo instrumental, lo moral y lo emocional. De este modo, las insuficiencias de cada uno de esos planos para lograr la decisión delictiva se compensan con los otros. Ahora bien, una motivación emocional puede ser perfectamente suficiente para la inducción. Así, por ejemplo, la provocación mediante un insulto.

Lo anterior tiene una variante actual en la denominada «neuro-comunica- 140
ción». La declarada pretensión de esta estrategia comunicativa es producir una determinada emoción o deseo en el destinatario, incidiendo directamente sobre su «sistema 1» de pensamiento —el también denominado cerebro primitivo—. En efecto, la neuro-comunicación es utilizada sobre todo como forma de influir sobre los consumidores en la compra de productos mediante la persuasión o seducción.[171] Por lo tanto, se mueve por debajo del cerebro pensante —el «sistema 2»—, en el que inciden las razones instrumentales y las morales en sentido estricto (*cfr. supra* capítulo 9/34 ss.). Su fuerza se halla precisamente en esta injerencia subliminal, porque ni siquiera se enfrenta a las normas de modo directo, sino que pretende eludir

[171] En inglés: «*neuromarketing*». Las técnicas modernas de conducción indirecta de conductas, como el «*nudging*» y otras similares, son también formas de inducción basadas en la motivación subliminal.

tal confrontación. Ahora bien, lo cierto es que produce en el destinatario el efecto de desinhibición del que se trata. Por su parte, las normas jurídicas, ya como razones instrumentales de incidencia retardada en el tiempo, ya como razones morales extrínsecas, no tienen mucha capacidad de oponerse a una motivación subliminal de dirección «contraria». Además, las normas jurídicas —a diferencia de las morales, que son intrínsecas— tienen una muy limitada capacidad de formar hábitos de acción que resistan en el ámbito intrínseco a tales influencias subliminales.

3.3. La desaprobación de la conducta de inducción

3.3.1. La idoneidad ex ante

141 La conducta de inducción tiene que mostrar un riesgo intersubjetivamente relevante *ex ante* de generar la decisión en el inducido y de que esta, a su vez, se materialice en un inicio de ejecución. Expresado de otro modo, ha de tener un significado de incitación. Por tanto, es preciso que el medio de motivación utilizado sea, según reglas de experiencia, *ex ante* idóneo para hacer surgir una decisión delictiva firme en el sujeto concreto. A su vez, el inicio de ejecución llevado a cabo por el inducido tiene que ser expresión del riesgo generado por la conducta del inductor. Expresado de otro modo, ha de ser imputable objetivamente a esta. Por tanto, no hay inducción cuando se hace surgir una decisión en principio pasajera que luego acaba traduciéndose en una tentativa de delito por razones ajenas a la conducta del inductor. En tal caso, se ha roto el nexo de imputación objetiva.

142 El carácter intersubjetivamente idóneo *ex ante* de la conducta de inducción es especialmente claro en aquellos casos en los que entre inductor e inducido se da un «pacto de injusto»,[172] esto es, un acuerdo. Así sucede cuando el inductor vincula al inducido de un modo especialmente intenso, incentivando la ejecución de la decisión. Por ejemplo, impartiendo órdenes de ejecución, prometiendo recompensas por esta última o formulando amenazas para el caso de no ejecución.[173] Todas ellas se hallan muy cerca de la figura de la autoría mediata. Sin embargo, la idoneidad *ex ante* de la conducta no requiere que el inductor adopte medidas especiales —como las mencionadas— para asegurar el mantenimiento de la decisión y su traducción en actos ejecutivos. Esto pone de relieve, como ya se indicó, que la inducción admite grados. Ahora bien, la cuestión es cómo abordar este problema, sobre el que existen divergencias doctrinales, relativamente paralelas a las que se dan a propósito de las diversas conductas de cooperación. Así, una propuesta de solución es restringir los casos de inducción relevante a aquellos en los que, por su intensidad, se entiende que el sujeto merece realmente la misma pena que un autor.[174] En

[172] *Puppe*, GA 1984, 101 ss.

[173] Estos deberían ser los únicos casos punibles, según *Civello* (2017), 369.

[174] *Gómez Rivero* (1995), 71.

cambio, otra es la de apreciar en algunos casos menos intensos de inducción una reducción de pena dentro o, en su caso, fuera del marco penal típico.[175] En fin, una tercera es atenuar la pena en todos los casos de inducción, por entender que, si la conducta mereciera la misma pena que la autoría, la calificación correcta sería la de autor.[176] Dada la gradualidad de las situaciones de inducción, parece razonable proponer que en los casos más graves se castigue con la pena del marco típico —la misma del autor—, atenuándose por debajo de este en los casos menos graves.

143 La conducta de inducción contemplada en sí misma es contraria a la norma de conducta, pero todavía no típica. En efecto, la infracción de la norma derivada todavía no realiza ningún tipo, sino que la tipicidad de la inducción se halla condicionada al inicio de ejecución del hecho por parte del inducido. Así pues, la llamada «tentativa de inducción», es decir, el mero intento de inducir, es atípico. Esta situación puede concurrir en tres fases: (i) en la fase de intento fracasado de hacer surgir la decisión en un tercero; (ii) en la fase de intento fracasado de conseguir que la decisión se mantenga en el tiempo; y, en fin (iii), en la fase de intento fracasado de que aquella se traduzca en un inicio de ejecución. Ahora bien, como se ha indicado, excepcionalmente la tipicidad de esa «tentativa de inducción» puede derivarse de su previsión específica en un determinado sistema legal de actos preparatorios.

3.3.2. La desaprobación de la comunicación del inductor

144 No toda conducta que se muestra *ex ante* como intersubjetivamente idónea para hacer surgir una decisión delictiva en otro se encuentra, además, desaprobada. Existe, por tanto, una inducción «neutra». Así, la transmisión a un tercero de informaciones ciertas, aunque estas generen un móvil delictivo, es neutra o, en otros términos, un riesgo general de la vida para el que padece alguna consecuencia derivada de ella.[177] Ciertamente, la comunicación verdadera no lesiona ningún bien jurídico salvo que afecte a una pretensión legítima de secreto o reserva. Ahora bien, lo cierto es que las comunicaciones verdaderas también pueden dar lugar a apreciar una conducta de inducción típica, pero justificada en virtud del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. La distinción entre unas y otras tiene que ver con el nivel de concreción del riesgo. En efecto, no existe neutralidad en situaciones de riesgo inminente para bienes jurídicos. En cambio, aun con este riesgo, una conducta de transmisión veraz de información que se corresponde con el interés público puede llegar a estar justificada. Para ello debe someterse a los criterios de especificación que se exponen en el lugar correspondiente (*cfr. infra* capítulo 21/115).

---

[175] *Olmedo Cardenete* (1999), 375-376, 559 ss.

[176] *Sánchez-Vera*, InDret 2/2012, 6, 15.

[177] *Timpe*, GA 2013, 146-147.

4. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

145 La conducta de inducción puede imputarse subjetivamente a título de dolo o de imprudencia (*cfr. infra* capítulo 17/93). Así, el dolo del inductor requiere el conocimiento práctico del significado de la propia conducta desaprobada, en tanto que idónea para hacer surgir una decisión delictiva del inducido. Partiendo de esta premisa, es posible imputar la inducción a título de dolo eventual. En efecto, cabe hacer surgir una decisión determinada teniendo por probable que su ejecución sea delictiva. Ahora bien, la concreción del dolo del inductor plantea problemas y este es uno de los argumentos dotados de cierto peso para poner en duda la calificación de la inducción como conducta accesoria. Sea como fuere, en lugar de construir una especie de «dolo general» o genérico del inductor, parece más razonable adscribirle un dolo alternativo o acumulativo, relativo a diferentes posibilidades concretas de ejecución de hechos delictivos por parte del inducido. Los excesos de este último no pueden imputarse al inductor a título de dolo;[178] cuestión distinta es que sea posible una imputación a título de imprudencia. En efecto, el inductor puede padecer dos clases de errores. Por un lado, cabe que desconozca que su conducta es apta para hacer surgir una determinada decisión, aun sabiendo que esta última es delictiva. Por ejemplo, cuando alguien ignora que la expresión «dar un susto» puede generar la decisión de dar una paliza. Por otro, puede desconocer que la decisión que hace surgir a sabiendas tiene un significado delictivo. Por ejemplo, cuando uno aconseja a otro adoptar un agresivo plan de optimización fiscal, ignorando que tiene carácter defraudatorio. Así pues, en la medida en que tales errores sean vencibles, conforman conductas que hacen surgir imprudentemente una decisión delictiva; a su vez, estas pueden ser punibles si el tipo de delito admite la imputación subjetiva a título de imprudencia. Tal inducción imprudente puede incluso dar lugar a una autoría mediata imprudente en relación con sujetos emocionalmente débiles. Así, por ejemplo, cuando alguien difunde sin consentimiento un video antiguo de contenido sexual relativo a una mujer ahora casada con otro, lo que determina que esta última se suicide.

146 Como se indicó, tanto el *error in persona* como la *aberratio ictus* del inducido deben dar lugar a apreciar en la conducta del inductor una inducción a un delito consumado (*cfr. supra* capítulo 12/149). Esta conclusión, que se separa de la posición dominante,[179] tiene su base en la teoría de las normas y en la doctrina de la accesoriedad mínima de la participación con respecto al hecho del autor. En efecto, lo primero permite advertir que el inductor ha vulnerado plenamente su norma de conducta —derivada—. Lo segundo, que se ha producido la realización del tipo objetivo del delito consumado por parte del autor. En este punto es preciso hacer hincapié, de nuevo, en que las cuestiones de imputación subjetiva y de culpabilidad deben considerarse de modo independiente para cada interviniente en el hecho.

---

[178] STS 155/2015, de 16 de marzo.

[179] Sobre el debate, *Peñaranda Ramos* (2011), 61 ss.

5. LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PRINCIPAL COMO RESULTADO TÍPICO DE LA INDUCCIÓN

5.1. Generalidades

147 En el caso de que tenga lugar un comienzo de ejecución por parte del inducido, la inducción ya pasa a ser castigada de modo general (art. 28 CP español). Lo sorprendente es que, en los delitos que sancionan también la proposición, la pena de esta y la de la inducción seguida de ejecución sigue siendo la misma; a saber, la inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Ello no cuadra con el hecho de que se trata de tres situaciones distintas: (i) la conducta de inducción que no produce una decisión; (ii) la que sí genera tal decisión;[180] y (iii), en fin, la que da lugar a una decisión que se traduce en un comienzo de ejecución. Ello no es coherente con la regulación de la tentativa en la legislación española. Por lo tanto, la diversidad de situaciones ha de tenerse en cuenta en la determinación de la pena (por aplicación analógica de las reglas del art. 62 y directa del art. 66.1. 6.ª CP español). La conducta típica no tiene por qué ser de comisión activa. En efecto, cabe inducir a una conducta de comisión por omisión o de omisión pura. Un sector doctrinal calificó estos supuestos como interrupciones de cursos salvadores ajenos. Sin embargo, basta observar el caso de la inducción a cometer una omisión de socorro, para advertir que esta última solución no es sostenible. En efecto, conduciría a imputar el resultado lesivo al inductor, sin que ello fuera posible para el inducido. Por lo demás, según su lógica, toda omisión constituiría un supuesto de interrupción de un curso —mental— salvador propio, mediante la adopción de la decisión contraria. Como se indicó en su momento, la apreciación de una interrupción de cursos salvadores requiere la existencia de un curso salvador ya activado de modo externo (*cfr. supra* capítulo 11/176 ss.).

5.2. La relación de motivación

148 La relación entre la conducta de inducción y la decisión del inducido se ha denominado usualmente «causalidad psíquica». Sin embargo, como se ha indicado, dicha relación no es de causalidad en sentido estricto, sino motivacional en sentido amplio. Por lo demás, dado que el nexo discurre por la esfera interna de la persona inducida, se plantea la cuestión de cómo debe procederse a su determinación y prueba. Pues bien, al igual que en otros casos similares de aproximación jurídica a lo interno, las opciones son el método descriptivo —con base en las ciencias empíricas de la conducta— y el adscriptivo. Si se acoge este último, como aquí se ha propuesto con matices, es preciso formular

---

[180] Este momento puede ser aislado en sede probatoria, por ejemplo, porque se adviertan actos preparatorios del autor principal. Por cierto, en tal caso —salvo que se entienda que hay conspiración entre inductor e inducido—, se produciría la paradoja de que el primero resultara sancionado y el segundo no. Ello abona —junto a otras razones— la estimación de la conspiración no como una coautoría anticipada, sino como una co-intervención anticipada.

la regla de adscripción de la decisión del inducido a la conducta desaprobada del inductor— y establecer cuáles son los indicadores que constituyen la base fáctica de su aplicación.[181] Pues bien, entre la conducta desaprobada del inductor y la conducta, a su vez desaprobada, del inducido tiene que existir una relación de «imputación objetiva». Para apreciarla, es necesario constatar que la conducta del inductor —además de haber incrementado *ex ante* el riesgo de que se cometa el delito—, *ex post* ha incrementado efectivamente dicho riesgo. En cuanto a los indicadores fácticos de esta situación, es importante: (i) constatar la comunicación del supuesto inductor y que esta llegó al autor; (ii) apreciar su idoneidad para mover la voluntad de autor; y (iii) excluir que este último ya tuviera la decisión tomada o que la adoptara por otras comunicaciones anteriores, simultáneas o posteriores a las del supuesto inductor.

5.3. Los juicios hipotéticos

149 Existe consenso en que no cabe inducir a quien ya está resuelto a cometer el delito, es decir, al denominado *omnimodo facturus* —aquel sujeto que cometerá el delito de todos modos—.[182] Sin embargo, este concepto es ambiguo. De entrada, el dato de que, de no haberlo hecho el inductor, posteriormente otra persona hubiera generado decisión de delinquir en el inducido, no puede tomarse en consideración. En efecto, tal curso causal hipotético es irrelevante. Así pues, el hecho de que exista un sujeto predispuesto a delinquir no impide que se le pueda inducir. Por otro lado, el caso del sujeto que ya tiene «formada la decisión de delinquir» admite múltiples variantes. Ciertamente, una decisión puede tener diversos grados tanto de concreción como de firmeza.

150 Así, el hecho de que un sujeto ya esté resuelto a cometer un delito no obsta a la posibilidad de una inducción si se modifica su decisión para llevarle a cometer un delito distinto o una variante más grave del mismo delito. Igualmente, tampoco obsta a la posibilidad de una inducción el que un sujeto haya tomado ya una decisión genérica de delinquir o de cometer uno o varios tipos de delito indeterminados; o que tenga una decisión condicionada de delinquir. En efecto, si la influencia de otra persona determina que aquella decisión genérica adquiera precisión en cuanto al tipo delictivo concreto, al sujeto pasivo o a las circunstancias espaciotemporales, dicha influencia también debe ser calificada de inducción. En fin, la existencia de una decisión previa genérica y condicionada de cometer un delito —sujeta a la obtención hipotética de algún género de contraprestación (así, a un pago)— no obsta a la calificación como inductor de quien cumple la condición exigida.[183] Esto es lo que sucede cuando se contrata a un sicario o, en general, a un delincuen-

---

[181] *Bernsmann*, ARSP 1982, 551 ss.

[182] *Baldó Lavilla*, ADPCP 1989, 1095; *Gómez Rivero* (1995), 402 ss.; *Olmedo Cardenete* (1999), 654 ss.; *Fuentes Osorio*, Aletheia 3 (2007), 40 ss.

[183] La STS 813/2008, de 2 de diciembre, admite la inducción, aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, «pero no decidido».

te habitual a sueldo: por ejemplo, a un ladrón de obras de arte o a un espía industrial. En efecto, en los casos mencionados no se ofrece simplemente una ocasión de llevar a cabo la decisión preexistente, sino que precisamente se da un motivo para concretar la predisposición en una decisión. Ahora bien, esto pone de relieve, a su vez, que se dan casos límite entre la inducción y la cooperación psíquica.

Lo anterior determina que sea concebible la inducción sucesiva o inducción 151
tras la inducción. No solo en los casos, antes mencionados, de quien modifica un plan preexistente, determinando la comisión de otro delito o un tipo cualificado del anterior. Cabe, en efecto, que alguien haya generado en otro la decisión de cometer no un concreto delito, sino varios alternativa o sucesivamente con un espectro más o menos amplio. Si, dada esta situación, otro sujeto —mediante los medios propios del comportamiento de inducción— concreta dicho espectro o modifica el orden previsto de sucesión de hechos, puede ser calificado asimismo de inductor. De nuevo, esto pone de relieve las fronteras difusas de la inducción con la cooperación psíquica. En cambio, se discute si existe inducción en el caso de quien disuade a otro de cometer un delito más grave convenciéndole de que cometa uno menos grave, ya sea sobre la misma persona o sobre otra. Estos casos deben someterse a los términos de delimitación entre disminución del riesgo y sustitución de un riesgo por otro (*cfr. supra* capítulo 10/38 ss.). Por tanto, en algunas variantes pueden dar lugar a la exclusión del comportamiento desaprobado. En otras, a su vez, la solución radica en el estado de necesidad justificante —consentimiento presunto en conflictos internos—, en el estado de necesidad disculpante, o en la atribución de responsabilidad plena o atenuada.

6. VARIANTES «ANÓMALAS» DE INDUCCIÓN

En la doctrina es común admitir la inducción «por persona interpuesta». 152
Sin embargo, en realidad esta expresión comprende tres figuras dogmáticas distintas. A saber: (i) la inducción por persona interpuesta en sentido estricto, esto es, realizada a través de un mensajero o servidor que coopera en ella; (ii) la inducción por instrumentalización de otra persona —inducción mediata—; y (iii) la inducción de la inducción, o inducción en cadena.[184] La primera se produce, por ejemplo, cuando los mandos intermedios de una cadena jerárquica transmiten, sin mayor implicación, la orden del superior a un subordinado del nivel más bajo. En estos casos, en realidad, el superior —al darles la orden de transmitir su orden— les ha inducido a cooperar a la inducción del último subordinado. Ello puede generalizarse a los casos en que la inducción se produce a través de una persona que obra como mandatario o representante, por cuenta y en nombre de otro. En todos ellos, quien cumple la orden o ejecuta un mandato se convierte en cooperador de la inducción del superior o del

[184] *Serrano González de Murillo*, CPC 99 (2009), 67 ss.

mandante. La cuestión es si esta «participación en la inducción» es punible, lo que plantea problemas, por un lado, de neutralidad y, por otro, aunque no sea neutra, de subsunción legal. Por su parte, la segunda estructura no plantea especiales problemas, en tanto que inducción realizada a través de un instrumento que obra sin autonomía.

153 Los casos de estricta «inducción en cadena» o de «inducción a la inducción» también son problemáticos. En ellos —como en la cooperación a la inducción, en la inducción a la cooperación y en la cooperación a la cooperación— se plantea, por un lado, el problema de legalidad de si cabe sancionar las formas de participación en la participación; y, alternativamente, el problema conceptual de si estas pueden considerarse formas de participación en el hecho principal. Desde luego, en quien induce al inductor a que induzca no puede apreciarse la existencia de una inducción al hecho principal.[185] La cuestión, entonces, es si puede ser considerada una forma de cooperación al hecho principal. Para valorarlo puede ser útil comparar esta conducta con la de «inducción a la cooperación», que probablemente sí puede calificarse de cooperación en el hecho principal. Partiendo de aquí, podría ser razonable calificar también la inducción a la inducción —y la cooperación a esta— como cooperación al hecho principal.

VII. LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD

1. LOS ASPECTOS COMUNES A LAS FORMAS DE COOPERACIÓN

1.1. La distinción de dos formas de favorecimiento punible

154 La legislación española distingue dos formas de cooperación punible: la cooperación necesaria y la complicidad —cooperación simple—. Esta distinción, ausente en algunos países, es muy similar a las que existen en otros, como la que se realiza entre complicidad primaria —o principal— y secundaria.[186] Por lo demás, la legislación española señala que los cooperadores necesarios se consideran autores (art. 28. II. b. CP), aunque no lo sean. Como se ha indicado, esta expresión muestra una huella del concepto legal de autor propio de la tradición europea, que comprendía al autor ejecutivo, al autor moral —que induce o fuerza a otro— y al cooperador principal o necesario. Así pues, en el marco del texto actual debe entenderse que la expresión «se consideran autores» remite simplemente al mismo régimen de legalidad, así como al marco penal previsto para el autor.[187] En cambio, los cómplices ni son ni se consideran autores, de modo que no pueden integrarse en la descripción

---

[185] *del Rosal Blasco*, CPC 40 (1990), 119; *Gómez Rivero* (1995), 124 ss.

[186] Así, en el art. 25 CP peruano.

[187] El art. 15.1 CP chileno señala que se consideran autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho, tanto haciéndolo de una manera inmediata y directa, como «impidiendo o procurando impedir que se evite».

legal de la conducta del autor y, además, se les aplica el marco penal inferior en grado (arts. 29 y 63 CP español).

155 La existencia de dos clases de cooperación de distinta gravedad no solo responde con claridad a la tradición europea del Derecho penal.[188] Además, da pie a una solución razonablemente diferenciada de los diversos casos de favorecimiento punible, algo que no hacen los sistemas legales menos distintivos. Así, por ejemplo, son sistemas legales peor construidos los norteamericanos en los que todo cooperador recibe la misma pena que el autor, o el alemán, en el que a todo cooperador se le impone una pena inferior a la del autor. En Estados Unidos, ello ha determinado precisamente la proliferación de propuestas doctrinales para distinguir dos clases de cooperación, que acaban redescubriendo el concepto tradicional de cooperación necesaria. En concreto, tiende a construirse una «complicidad plena», que se distingue de la «complicidad menor»[189] en que aquella no solo es una *condicio sine qua non* del hecho, sino que además constituye una cooperación sustancial a este último.[190] En Alemania, como se ha expuesto, un sistema legal indiferenciado en cuanto a la cooperación ha conducido a que la doctrina dominante asuma una ampliación desaforada del concepto de coautoría, en términos tanto objetivos como subjetivos, lo que conduce a una desnaturalización de esta.

156 En España, aun siendo el sistema legal muy razonablemente distintivo, la influencia mecánica de la polémica alemana ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia española a una situación paradójica. Por un lado, se propone una innecesaria ampliación del concepto de coautor. Por otro, se postula la derogación del precepto legal relativo a la figura de la cooperación necesaria.[191] Pues bien, esta última figura debe mantenerse, aunque, como se verá, su delimitación con respecto a la cooperación simple —complicidad— genere dificultades. La solución alternativa de prever para toda la cooperación una pena idéntica a la de la autoría con una cláusula de atenuación facultativa mantiene el mismo problema, cuya resolución cede a la actividad judicial. En definitiva, lo que está claro es que existen casos de cooperación que no constituyen autoría y que, sin embargo, merecen la misma pena que la autoría.

157 Lo propio de la cooperación —tanto si es necesaria como si es complicidad— viene dado por el favorecimiento de la conducta del autor. Ahora bien, la determinación de qué significa favorecer no es tarea sencilla, dada la proliferación en este punto de dos grupos distintos de teorías. Por un lado, las

---

[188] «*Causa principalis*», frente a «*causa minus principalis*»: *Schaffstein* (1930/1932), 55 ss.

[189] En su terminología, «*full complicity*» y «*lesser complicity*».

[190] Así, *Dressler*, Ohio St. J. C. L. 5 (2008), 427 ss., exigiendo la acumulación de elementos; *Moore*, U. Pennsylvania L. R. 156 (2007), 395 ss., en términos alternativos; *Sarch*, Loyola U. Chicago L. J. 47 (2015), 131 ss., este último centrándose en un tema de *mens rea*.

[191] *Hernández Plasencia* (1996), 62; *Pérez Alonso* (1998), 409 ss., 416 ss.; *Sánchez Lázaro* (2004), 399 ss.; con matices, *Bolea Bardon* (2004), 127 ss. En contra, *Gómez Rivero*, LL 3959 (1996), 4; *Díaz y García-Conlledo*, LH Cerezo Mir, 2002, 652 ss.

que adoptan una perspectiva objetiva *ex post*, de modo que se trata de teorías causales, a veces ni siquiera limitadas por la previsibilidad. Por el otro, las que asumen una perspectiva subjetiva *ex ante*, de modo que son teorías intencionales. Pues bien, la adopción en esta obra de la doctrina del comportamiento desaprobado conduce a que, como cualquier otra conducta penalmente relevante, la de cooperación deba ser, en primer lugar, *ex ante* idónea —desde una perspectiva intersubjetiva— para favorecer la conducta del autor. Por lo demás, este concepto de cooperación comprende las conductas que consisten en el favorecimiento de la posterior ejecución del hecho por el mismo sujeto. Esta «cooperación con uno mismo» da cuenta de la naturaleza del ser humano como agente planificador —es decir, que razona de forma diacrónica— y cumple la función de constituir una base para el castigo en el caso de que la ejecución del delito se realice de forma no punible.

1.2. La cooperación material y la cooperación «psíquica»

1.2.1. Planteamiento de la distinción

158 Es común clasificar las conductas de cooperación subdividiéndolas en conductas de cooperación material —o física— y de cooperación psíquica. Sin embargo, el criterio de distinción dominante es poco afortunado, pues radica en que la aportación del cooperador pase o no por la psique del autor. Así, la doctrina sostiene que existen dos grupos de casos de cooperación psíquica: los de consejo o asesoramiento técnico; y los de reforzamiento de la decisión delictiva.[192] Pues bien, la única forma de cooperación psíquica es el reforzamiento de la decisión delictiva. En cambio, el consejo y el asesoramiento técnico constituyen formas de cooperación material-intelectual, y el que en ellas se transmitan conocimientos no las convierte en «psíquicas». Lo que sucede es que la aportación del partícipe, dado su contenido informativo, tiene que trasladarse al autor por vías comunicativas.[193] Así pues, quien provee a otro de conocimientos técnicos o de datos fácticos, o bien le aconseja sobre cómo ejecutar el hecho, es un cooperador material. Una cooperación intelectual, cuando aumenta la capacidad de acción del agente, no es por ello menos material. Otra cosa es que las formas de cooperación material, en la medida en que sean conocidas por el beneficiario, también tengan de modo inherente una dimensión de cooperación moral. Por tanto, los consejos y el asesoramiento dan lugar a una cooperación moral solo cuando inciden en la motivación del autor —y en la medida en que lo hacen—.

1.2.2. La distinción estructural

159 Las conductas de cooperación material y las de cooperación motivacional (o moral) son estructuralmente distintas. En efecto, la cooperación material

---

[192] *López Peregrín* (1997), 309-311.

[193] *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 505; *Basile* (2018), 79.

constituye una forma de auto-instrumentalización del partícipe, es decir, de subordinación de este frente al autor. En estos casos el cooperador proporciona un medio o un instrumento para facilitar al autor la ejecución de la decisión que ha adoptado, o bien le presta un servicio conducente a tal fin. Así pues, se somete a la decisión del autor, situándose en el plano instrumental de la relación de medio a fin en cuanto a la ejecución de aquella. En realidad, cabe incluso la posibilidad de que el ejecutor no se sirva del bien entregado o de que el servicio prestado no incida en la ejecución del hecho. Ello sucede, por ejemplo, en el caso de la conducta del «vigilante» en un atraco que no redunda en ningún aviso a sus compinches, porque no aparece ningún agente policial que pueda interrumpir la ejecución. Igualmente se advierte en el consejo aportado, pero finalmente no seguido por el delincuente aconsejado. En tales casos, la cooperación material se queda en participación intentada y es, por tanto, impune.

160 En cambio, una cooperación es motivacional o moral cuando consiste en la aportación de razones u otros motivos cuyo efecto es incrementar la motivación favorable a la realización del hecho.[194] Por lo tanto, cuando hace disminuir la posibilidad de que triunfe la motivación contraria a delinquir. Solo esta segunda plantea problemas de delimitación con la inducción. Ahora bien, una cooperación que, en lo material, se quede en meramente intentada, puede llegar a ser considerada una participación «psíquica» consumada y punible. En efecto, la actividad de vigilancia, o el hecho de que haya un conductor que espere para la huida, o la existencia de medios de reemplazo de los que concretamente se utilizan, puede no tener ninguna repercusión técnica-instrumental en el hecho. Sin embargo, la seguridad en la ejecución del plan que comportan todas esas conductas puede producir un efecto de refuerzo de la decisión de ejecutar. Por tanto, todas ellas pueden constituir casos de cooperación necesaria psíquica, cuya antijuridicidad y punibilidad dependen, respectivamente, de que la aportación pueda ser conocida *ex ante* y haya sido conocida *ex post* por el autor y de que, efectivamente, le refuerce en su decisión.[195]

161 La cooperación material no tiene por qué ser conocida por el autor, sino que puede ser unilateral. En cambio, para que una cooperación se repute «psíquica», es necesario que acceda a la psique de, al menos, otro interviniente. Por tanto, tiene que ser conocida por alguno de ellos. Así pues, una cooperación material meramente intentada, que adicionalmente tampoco cumple una función de refuerzo psíquico, dado que es desconocida por todos los demás intervinientes, resulta impune. Esto es lo que sucede con la conducta del vigilante unilateral espontáneo, cuya aportación es desconocida por los demás intervinientes y que tampoco tiene que intervenir para avisar a los ejecutores, porque no viene nadie a interrumpir el delito. Por lo demás, todo lo anterior pone de relieve que de la cooperación material es posible desistir. En efecto, esto sucede si se priva al autor del bien o del servicio inicialmente puesto a

---

[194] *Martínez Sanromà* (2023); *el mismo*, InDret 4/2023, 221 ss.

[195] *Gómez Rivero*, RP 50 (2022), 130.

su disposición o incluso ya entregado. En cambio, se hace difícil desistir de la cooperación psíquica, puesto que no se puede saber qué es lo preciso para neutralizar un refuerzo motivacional prestado en un momento anterior. Por la misma razón, es difícil desistir de la dimensión psíquica o motivacional que tiene toda cooperación material previa conocida por el autor.

1.3. La cooperación motivacional

1.3.1. Generalidades

162 Lo propio del cooperador moral es reforzar la motivación antijurídica que ya prevaleció en la deliberación del autor y que le llevó en su momento a tomar la decisión delictiva. De este modo, al reforzar esa motivación, contribuye a la manipulación del autor llevada a cabo por el inductor —que puede ser el propio autor, en los casos ordinarios de autoinducción—. La cooperación motivacional puede consistir en dar razones morales *stricto sensu* a favor de la comisión del delito, en dar razones prudenciales a favor de dicha comisión —amenazar, ofrecer una recompensa—, o en no dar razón alguna, sino en exacerbar las pasiones —ira, odio, excitación sexual—. En efecto, esta tripartición responde a los diversos motivos que pueden existir para la realización de una acción: motivos de primer orden y razones de segundo orden; y dentro de estas, tanto las meramente prudenciales como las morales. Al igual que sucede con la inducción, existen espacios de cooperación motivacional penalmente irrelevante, en la medida en que se integran en la libertad general de acción. Por ejemplo, el amante puede seducir a la amada, aunque sepa que de este modo está reforzando la decisión de esta última de matar a su marido. Ahora bien, las fronteras no están claras. Ello abre un espacio de gran complejidad a propósito de lo que cabría denominar cooperaciones psíquicas imprudentes.

163 En concreto, cabe que la cooperación psíquica por exacerbación de las pasiones se produzca mediante la eliminación de las inhibiciones. Esta última, a su vez, puede tener lugar por medios mecánicos o motivacionales. Un ejemplo de aportación de un medio mecánico para la desinhibición es la entrega de una droga a otro para que este, al autoadministrársela, tenga una impulsividad menos inhibida, es decir, para facilitar la traducción de su decisión en acción, pero sin facilitar con ello la ejecución en dimensión técnica. Esto pone de relieve que una cooperación motivacional puede tener lugar por una vía no comunicativa, sino físico-mecánica (*cfr. infra* capítulo 24/71 ss.).

1.3.2. Algunas variantes discutidas

1.3.2.1. La promesa de cooperación material o de encubrimiento; el encubrimiento prestado de antemano

164 La promesa de realización posterior de una conducta de cooperación material o de encubrimiento es, en sí misma, una forma de cooperación psíquica,

como lo es la apología simultánea al delito. Aunque sobre este punto existe discusión, todas estas conductas, en efecto, pueden ser constitutivas de cooperación psíquica si resultan *ex ante* idóneas para estabilizar o reforzar la decisión delictiva del autor durante el proceso ejecutivo.[196] Ahora bien, esto pone de relieve que el consenso doctrinal en torno a la irrelevancia de la «apología simultánea» al delito debe ser matizado.[197] En efecto, la afirmación de que la manifestación de solidaridad con el autor, la exteriorización de la adhesión a él, o la aprobación de la comisión del hecho nunca son aportaciones suficientes para constituir complicidad punible es demasiado general.

Del mismo modo, el encubrimiento ya prestado de antemano, en la fase **165** preparatoria o ejecutiva del delito, constituye una cooperación (psíquica) punible en este.[198] Así, por ejemplo, constituye participación en un delito tributario la elaboración de una «factura falsa» que el defraudador necesita para la cobertura de su declaración fraudulenta, aunque no para la consumación de esta última. En cambio, existen aportaciones al plan del autor que, aunque temporalmente se produzcan en fase ejecutiva, no son constitutivas de cooperación, sino de encubrimiento. Por ejemplo, las que consisten en ir borrando las huellas que deja el delincuente. En efecto, estas no incrementan el riesgo de consumación del delito, sino que dificultan su descubrimiento. Por tanto, si se realizan unilateralmente, solo pueden calificarse como actos de encubrir. Ahora bien, si son conocidas por el autor asimismo pueden constituir una cooperación psíquica al delito de que se trate. Igualmente, la promesa de no prestar socorro a la víctima o de no impedir el delito puede ser constitutiva de cooperación psíquica o motivacional.[199]

1.3.2.2. La presencia en el lugar de los hechos

Se discute si la mera presencia física en el lugar del delito puede constituir **166** una forma de cooperación. Un sector doctrinal lo rechaza, incluso para los casos en que, además de la presencia, tiene lugar una aprobación verbal o gestual de la conducta del autor —es decir, una manifestación de solidaridad con ella—.[200] A su juicio, solo la promesa (expresa o tácita) de intervenir en caso de que fuera necesario daría lugar a una cooperación relevante.[201] En

---

[196] *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 506 ss.; *López Peregrín* (1997), 325 ss.

[197] *Roxin*, AT, II, 2003, 200-201.

[198] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 493; *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 501 ss., 506. Esta situación aparece regulada expresamente como tal en algunos códigos penales. Así, por ejemplo, en el art. 30, II CP colombiano se califica de cómplice a «quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma». Por su parte, el art. 46 CP argentino sanciona como cooperadores a los que «presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores». Sobre la exclusión, también aquí, de las conductas neutras, *Otto*, InDret 4/2022, 359 ss.

[199] STS 2403/2001, de 19 de diciembre.

[200] *López Peregrín* (1997), 320.

[201] *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 507; *López Peregrín* (1997), 319-320.

cambio, la jurisprudencia ha apreciado en algunos de estos casos la existencia de una cooperación, en la modalidad de complicidad. Pues bien, la solución, con todos los matices que se quiera, debe ser afirmativa. Por un lado, la presencia puede constituir una forma de cooperación material en el delito. Así, por ejemplo, cuando contribuye a la realización típica mediante la creación de una intimidación ambiental. Por otro lado, puede tratarse de una forma de cooperación motivacional en la medida en que proporcione seguridad al autor, reforzando su decisión. Lo que ocurre es que este específico contenido de la presencia física debe ser probado en el juicio oral, lo que no es fácil.[202]

167 En definitiva, lo relevante de la presencia de alguien en el lugar de los hechos no es la no evitación del resultado lesivo por parte de un sujeto que no es garante, como ha entendido cierto sector doctrinal. Por el contrario, lo decisivo es el significado activo concluyente de esa presencia, reforzando la motivación del autor o la inseguridad de la víctima. Así las cosas, la cuestión es determinar si la mera presencia, incluso con aprobación verbal o gestual, constituye un refuerzo de la decisión tan sólido que supere la frontera de lo insignificante. Si se trata de una aportación trivial o nimia, no debe dar lugar siquiera a complicidad. En definitiva, lo decisivo es que se pueda identificar en la conducta del cooperador un (incremento del) riesgo *ex ante* y que ello se pueda confirmar *ex post*, a la vista de la conducta del autor.[203] Este es el problema general de las conductas de cooperación motivacional, que no se puede resolver de modo general, y que tiene una dimensión sustantiva y otra probatoria.

2. LO ESPECÍFICO DE LA COOPERACIÓN NECESARIA

2.1. Generalidades

168 La cooperación necesaria es, en términos conceptuales-estructurales, una forma de complicidad. Sin embargo, desde un punto de vista axiológico merece la misma desaprobación que la autoría. Esto último determina que, desde un punto de vista legal, lo característico de ella sea la equiparación punitiva con la autoría. Estas dos últimas perspectivas condicionan cualquier reconstrucción dogmática conceptual de la figura. Ahora bien, la doctrina —que en las últimas décadas ha contemplado la figura con escepticismo— discrepa sobre su fundamento material, así como sobre su manejo dogmático.[204] Así, el intento de distinguir la cooperación necesaria y la complicidad ha dado lugar a la formulación de múltiples criterios.[205] El problema fundamental radica en que la definición legal de la figura adopta una perspectiva objetiva *ex post*, centrada en la fórmula hipotética de la *condicio sine qua non* o, si se quiere,

---

[202] STS 123/2023, de 23 de febrero.

[203] *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 509.

[204] *Pérez Alonso* (1998); *Bolea Bardon* (2004).

[205] *Díaz y García Conlledo*, LH Cerezo Mir, 2002, 657 ss.; *el mismo* (2011), 384 ss.

en el «dominio negativo» del hecho; es decir, en la doctrina clásica de la condición necesaria. En efecto, la doctrina de la necesidad plantea el problema de que, en abstracto, nada es necesario y, en concreto, todo lo es. Como se indicó en su momento, este requisito puede entenderse en el sentido de que la conducta del agente constituya un componente necesario de la explicación mínima suficiente del resultado. Así, exige que, en el caso de la eliminación mental de la conducta de cooperación, desaparezca el propio hecho delictivo.

169 Por su parte, la jurisprudencia española opera mediante la acumulación de argumentos.[206] Así, a su juicio existe cooperación necesaria: (i) cuando se aporta una conducta sin la cual el delito no se habría cometido —doctrina de la *condicio sine qua non*—; o (ii) cuando se aporta algo que no es fácil de obtener de otro modo —doctrina de los bienes escasos—; o, en fin, (iii) cuando cabe impedir la comisión del delito, retirando la propia aportación —doctrina del dominio negativo o impeditivo del hecho—.[207] A ello debe añadirse que, una vez admitido por el Tribunal Supremo un concepto amplio de coautoría, las únicas dos formas posibles de cooperación necesaria son: (a) la realización de una aportación esencial en fase preparatoria; y (b) la realización de una aportación esencial unilateral en fase ejecutiva. En efecto, la realización de una aportación esencial en fase ejecutiva con el acuerdo del autor sería, supuestamente, siempre coautoría.

2.2. Una propuesta de abordaje: las perspectivas *ex ante* y *ex post*

2.2.1. El juicio ex ante

170 Para que exista responsabilidad por favorecimiento es preciso establecer en términos intersubjetivos *ex ante* que la conducta del sujeto incrementa el riesgo de producción del resultado.[208] Ello requiere que sea apta (i) para incrementar la probabilidad lesiva de la conducta del autor; o bien (ii) para incrementar la celeridad de esta; o bien, en fin, (iii) para intensificar su dimensión de lesividad. Si tal incremento *ex ante* no existe o es mínimo —insignificante— no cabe apreciar ni una cooperación necesaria ni una complicidad, pues la conducta no está desaprobada *ex ante*. En cambio, la conducta debe ser calificada como cooperación necesaria cuando conlleva una creación de riesgo cuantitativamente superior a la media.[209] Esta exigencia de delimitación la capta razonablemente bien la doctrina de los «bienes» o «servicios escasos».[210]

---

[206] STS 1159/2004, de 28 de octubre.

[207] SSTS 1315/2005 de 10 de noviembre; 89/2006, de 22 de septiembre; 535/2008 de 18 de septiembre.

[208] *Kadish*, California L. R. 73 (1985), 356, 363 n. 104: «*substancial assistance*»; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 22/34; *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 509; *López Peregrín* (1997), 232 ss.

[209] Próximo, *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 15/80 ss., que combina el criterio de la necesidad concreta *ex ante* y el de los bienes escasos. La STS 699/2005, de 6 de junio, se muestra más a favor del criterio de la relevancia que del dominio negativo.

[210] *Gimbernat Ordeig* (1966), 151 ss., 155 ss.

Sin embargo, esta debe utilizarse como expresión de un juicio cualificado de idoneidad favorecedora de la conducta, valorada *ex ante* y en las circunstancias concretas del caso. Por lo demás, lo cierto es que cualquier aportación se puede convertir en necesaria por la vía psíquica, siempre que el autor manifieste, con respecto a la intervención de un tercero, «no lo haré sin ti».[211] Si el juicio *ex ante* permite advertir una idoneidad de favorecimiento no superior a la media, entonces la conducta debe considerarse constitutiva de complicidad. Por su parte, el juicio *ex post* no puede convertir en cooperación necesaria lo que *ex ante* ha sido calificado de complicidad. En suma, lo que no cabe es mezclar el juicio intersubjetivo *ex ante* —de desaprobación de la conducta— y el juicio *ex post* —de imputación objetiva del resultado—.

2.2.2. El juicio ex post

171 Desde un punto de vista *ex post*, la cooperación necesaria se distingue de la autoría en que la conducta constitutiva de esta última es una condición suficiente del resultado, mientras que la cooperación necesaria es, como su propio nombre indica, una condición necesaria. Sin embargo, con ello no se expresa una relación causal *stricto sensu*, sino lógico-significativa. Por tanto, como ya sucedía en la visión clásica, la cooperación necesaria constituye la aportación de la condición necesaria de un acto que *per se* es condición suficiente. Además, el cooperador necesario tiene un dominio negativo, lo que significa que «si lo quisiera», podría impedir que se produjera el hecho.

172 Sentado esto, es cooperador necesario activo el que (i) lleva a cabo *ex ante* una conducta intensamente favorecedora de la propia del autor; y con respecto a la que (ii) el juicio *ex post* permite concluir que, de no haberla realizado, habría evitado con seguridad el riesgo de realización de la conducta principal. Igualmente, es cooperador necesario por omisión el garante que omite realizar una conducta que *ex ante* es estructural y materialmente equivalente a la cooperación necesaria activa y con respecto a quien *ex post* puede afirmarse que, de haber actuado, habría impedido la realización de la conducta del autor. Esta idea es la que expresan, con terminología diversa, las doctrinas del denominado «dominio negativo» o impeditivo y la doctrina de la *condicio sine qua non*, interpretada como mecanismo de establecimiento de un «vínculo contrafáctico».

173 Sin embargo, cabe que una conducta sobre la que *ex ante* se formula un juicio de idoneidad cualificada para favorecer el hecho, *ex post* merezca un juicio distinto del expuesto. En concreto, que no es seguro que, de no haberla llevado a cabo, el partícipe habría evitado con seguridad la realización de la conducta principal. En su lugar, cabe que el juicio *ex post* ponga de relieve que la realización de la conducta ha incrementado el riesgo de producción del resultado. Esto es, que permita establecer un vínculo de dependencia

[211] *Díaz y García-Conlledo*, LH Cerezo Mir, 2002, 658.

contrafáctica no formulado en términos de necesidad. Pues bien, en función de la medida de tal incremento *ex post* es posible mantener la calificación de cooperación necesaria o no. Para aquellos casos en los que el juicio *ex post* sea incluso menos categórico, debe optarse por una atenuación de la pena, por la menor gravedad del hecho y, si se acepta su incidencia, recurriendo a la atenuante analógica del artículo 21.7.ª CP español como muy cualificada (*cfr. supra* capítulo 14/116; *infra* capítulo 28/67). Como se advierte, esto permite una atenuación de la pena capaz de salvar la distancia entre la calificación de la cooperación necesaria y la de la complicidad. Además, de este modo se pone de relieve que la complicidad es una figura infrautilizada en la práctica judicial española y que debería extenderse a la calificación de muchos comportamientos.

174 En definitiva, la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad debe llevarse a cabo aplicando en términos graduales la doctrina del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado. Ciertamente, esto no viene expresado en la regla legal de la cooperación necesaria. Sin embargo, es compatible con ella, siempre que se utilice, además, la regla de la atenuante de análoga significación. Por lo demás, no diverge sustancialmente de las propuestas *de lege ferenda* que abonan por introducir en la legislación española una única regla de cooperación con una atenuación facultativa que permita atender a la diferencia de grado entre conductas de cooperación simple (complicidad) y cualificada (cooperación necesaria).[212]

3. LO COMÚN A LA COOPERACIÓN NECESARIA Y A LA COMPLICIDAD

3.1. La conducta de favorecimiento

3.1.1. Generalidades

175 La atribución de responsabilidad por cooperación a un delito requiere que el sujeto lleve a cabo una contribución relevante a la conducta del autor. En efecto, la referencia de sentido de la participación viene dada por la conducta típica principal que ejecutan el autor o los coautores. Por lo tanto, la conducta penalmente desaprobada de cooperación tiene que ser idónea *ex ante* para elevar las probabilidades de éxito de la conducta del autor. Sentado esto, las conductas de favorecimiento insignificante no son constitutivas ni siquiera de la forma de cooperación más leve, la complicidad.[213] Sin embargo, existe divergencia sobre la fijación de la frontera entre la impunidad y la «aportación de menor importancia», todavía punible, aunque con una atenuación obliga-

---

[212] *Bolea Bardon* (2004), 119 ss. Esta autora propone, en cambio, partir de la pena inferior en grado del cómplice y prever una cláusula de agravación facultativa para ciertos casos de especial gravedad (125-126).

[213] En inglés: «*trivial complicity*». *Dressler*, Ohio State J. C. L. 5 (2008), 427 ss.

toria o facultativa.[214] Por lo tanto, en este punto se hace necesario admitir la existencia de una zona gris.

176 Las aportaciones en forma de ayuda intelectual al autor también tienen que superar el filtro significativo y valorativo de la doctrina del comportamiento desaprobado. Esto significa que, para ser penalmente relevantes, es preciso que hayan abandonado el ámbito de neutralidad propio de la inmensa mayoría de actividades profesionales de prestación de información y asesoramiento técnico. Además, en segundo lugar, para ser constitutivas de cooperación punible, deben haber surtido efecto sobre la conducta del autor. Así, la emisión de consejos o informaciones solo puede llegar a castigarse como participación en el delito si aquellas se incorporan efectivamente a la conducta del autor, aunque solo sea como refuerzo de su decisión. En este punto una cuestión discutida es la relativa a la incidencia del derecho a la libertad de información y expresión como base para una posible calificación de la conducta cooperadora como «neutra» y, más allá, como posible causa de justificación de una conducta típicamente desaprobada.[215]

3.1.2. El tiempo en la cooperación

177 La conducta penalmente relevante de un sujeto puede tener lugar en una cualquiera de las siguientes fases del *iter criminis*: (i) en la preparatoria; (ii) en la ejecutiva; (iii) en la postejecutiva —es decir, durante la denominada, fase omisiva—; y, además, (iv) en la intraconsumativa —en los delitos permanentes—; y (v) en la postconsumativa. Ahora bien, para que tal intervención ostente el carácter accesorio propio de la cooperación es preciso que favorezca la realización de la conducta del autor. Por lo tanto, en la fase postejecutiva —posterior a la perfección de la tentativa—, así como en la intra- y postconsumativa, ciertamente puede haber conductas de intervención *lato sensu*. Sin embargo, estas ya no pueden ser calificadas propiamente como conductas de participación, pues no tienen la naturaleza de favorecimiento accesorio de la conducta del autor.[216] En efecto, una conducta que favorece la producción del resultado sin favorecer la conducta del autor no es accesoria, sino que tiene que ostentar un título de intervención no dependiente. A su vez, este solo puede ser una coautoría —en sentido amplio—, o dar lugar a alguna figura de intervención paralela —en particular, la denominada autoría paralela—.

178 Así las cosas, las etapas en las que de modo realista puede realizarse una conducta de participación son la preparatoria y la ejecutiva —hasta el final de la perfección de la tentativa—. La cooperación en la denominada fase previa

---

[214] Así, la atenuación facultativa para la aportación de mínima importancia en el sistema unitario italiano: «*Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena*» (art. 114.1 CP). Asimismo, la «*participação de menor importancia*», del art. 29 CP brasileño, igualmente en el marco de un sistema unitario.

[215] *Kramer* (2021).

[216] *Brodowski*, ZStW 133 (2021), 913 ss.

—o preparatoria—, esto es, antes del «inicio de la tentativa» constituye una conducta antinormativa atípica, condicionadamente típica —condicionadamente punible—. En efecto, tal conducta de heterofavorecimiento solo pasa a ser típica si se cumple la condición de que el autor inicie la ejecución del delito. En cambio, considerada en sí misma, constituye un mero intento de participación, que, salvo que tenga lugar su tipificación expresa como «delito preparatorio» (*cfr. supra* capítulo 15/29), no es punible. En la fase previa también pueden tener lugar conductas de auto-favorecimiento de una propia y futura conducta de autoría. Estas solo son punibles si, una vez iniciada la ejecución del delito, esta no es punible por falta de culpabilidad del sujeto.

3.2. La imputación subjetiva de la conducta desaprobada del cooperador

3.2.1. Generalidades

179 La doctrina alemana suele afirmar que la cooperación dolosa requiere la existencia de dolo de realizar la conducta de favorecimiento y, además, de dolo en relación con el hecho principal —doble dolo—.[217] Incluso en ocasiones se hace alusión a un triple dolo, cuyo objeto se extendería además al dolo del autor. Sin embargo, esto responde a peculiaridades del régimen legal de su país, que requiere que la participación se refiera a un hecho principal doloso y, a su vez, sea dolosa. Por tanto, solo vale para los sistemas legales que comparten dicho modelo legislativo o bien la base doctrinal —el finalismo jurídico-penal— cuya influencia determinó la adopción de aquella legislación. Este no es el caso de España.[218] Así pues, cabe cooperar —dolosa o imprudentemente— con quien realiza una conducta «principal» imprudente. Igualmente, es posible la cooperación por imprudencia con quien realiza una conducta dolosa (*cfr. infra* capítulo 17/93). En el otro extremo, en el Derecho norteamericano y en el Derecho penal internacional prevalece incluso, en este punto, la opinión de que la participación punible requiere «intención de cooperar», esto es, un elemento de tendencia interna trascendente. Así pues, el mero conocimiento del partícipe en cuanto a la idoneidad de su conducta para favorecer al autor no es suficiente para apreciar su concurrencia.[219] Ciertamente, la exigencia de este elemento tendencial puede contribuir a aclarar el significado de conductas de participación en fase previa, en las que la idoneidad para favorecer la conducta del autor y el conocimiento de tal idoneidad podrían no ser suficientes para determinar su relevancia.

3.2.2. El objeto del dolo del cooperador

180 El objeto del dolo del cooperador es su propia conducta en tanto que dotada del significado de favorecimiento de la conducta desaprobada del autor. Ahora

---

[217] *Roxin*, FS Salger, 1995, 129 ss.

[218] *Miró Llinares* (2009), 235 ss.

[219] En inglés, «*purpose*» o «*intention*»: *Kadish*, California L. R. 73 (1985), 355.

bien, la construcción de ese significado favorecedor requiere tomar en consideración los elementos significativos y valorativos de la conducta principal. Aquí se incluyen aquellos elementos subjetivos que forman parte del objeto de dicho juicio de significado y valoración. En cambio, el dolo del cooperador no tiene por objeto el dolo del autor.

181 El problema esencial viene dado por la denominada «concreción del dolo». En efecto, el contenido de sentido de la conducta de favorecimiento puede ser muy amplio. Mediante su auto-instrumentalización, el partícipe pone su aportación a disposición del autor, que la puede utilizar de formas muy diversas. Así las cosas, puede existir ciertamente una cooperación a una «conducta principal indeterminada». Así, cuando «A» le indica a «B» que deposite el arma que alguien necesita para un delito en una caja de seguridad, y «B» lo hace. Esta estructura plantea la duda de que «B» sea responsable del delito que se comete con el arma, aunque no sabe ni cuándo ni cómo ni dónde ni sobre quién. Pues bien, la imputación subjetiva de la conducta del cooperador admite tanto el dolo alternativo como el cumulativo, aunque tampoco es preciso que cada una de las alternativas sea concreta. Así, no es necesaria la individualización ni en cuanto al sujeto pasivo, ni en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de producción del resultado.[220]

3.3. La imputación objetiva del «resultado» a la conducta del cooperador

182 La desaprobación *ex ante* de la conducta del partícipe es suficiente para establecer su antijuridicidad típica. Ahora bien, la cooperación que no resulta eficaz *ex post* no es punible, puesto que constituye solo un intento impune de participación en el delito.[221] Así pues, la punibilidad de la conducta desaprobada de cooperación requiere que pueda establecerse un vínculo *ex post* entre ella y la conducta del autor. En este punto, la doctrina alemana ha discutido si debe existir causalidad entre la aportación del cooperador y el resultado del hecho principal o, al menos, entre aquella y la conducta del autor. Así, la doctrina dominante exige que la aportación del cooperador, para ser punible, por lo menos se haya traducido causalmente en el hecho principal, es decir, haya influido en la concreta forma en la que este se ejecuta.[222] En España, la punición del cómplice no depende de que su aportación sea una *condicio sine qua non* del hecho principal. Sí es preciso que este alcance el estadio ejecutivo y que la contribución produzca efectos favorecedores sobre la conducta principal.

4. VARIANTES DE LA COOPERACIÓN

4.1. La cooperación a la cooperación y la cooperación a la inducción

183 El favorecimiento de la conducta del autor puede tener lugar «mediante persona interpuesta» o bien constituir un «favorecimiento mediato». La prime-

---

[220] *Roxin*, FS Salger, 1995, 130 ss.,136-137.

[221] *Kadish*, California L. R. 73 (1985), 356, 358.

[222] *Bloy* (1985), 282 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 22/34; *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 501 ss.

ra se da en el caso en que «C» —futuro autor de un asesinato— ha solicitado una pistola a «A» y este se la entrega a «B», para que este se la lleve a «C». En estos casos, «A» es partícipe por persona interpuesta, mientras que «B» es partícipe en la cooperación de «A» o, más discutiblemente, en la propia conducta de «C». Por su parte, el favorecimiento mediato requiere una instrumentalización del sujeto que favorece de modo directo. Además, conceptualmente es posible cooperar no solo con la conducta de un autor, sino también con la de un inductor, así como con la de un cooperador. Una cooperación a la inducción puede advertirse en las situaciones en las que, en una cadena de mando, un sujeto trasmite la orden del superior al inferior. Igualmente, en el caso de los intermediarios que median entre quien encarga la comisión de un delito y quien finalmente lo comete. Cabe discutir si las reglas legales de la participación abarcan estos supuestos. Con todo, parece razonable sostener su consideración como formas de favorecimiento del hecho principal.

4.2. La cooperación en un intento y el intento de cooperación

184 La expresión «cooperación en un intento» —mejor que cooperación en una tentativa, que acoge solo la perspectiva *ex post*— designa la situación en la que el partícipe ha infringido su norma de conducta derivada, pero el autor, que ha infringido su norma de conducta principal, no llega a consumar el delito, sino que solo realiza una tentativa —imperfecta o perfecta—. En cambio, la expresión «cooperación intentada» —o tentativa de participación— alude a otros casos, muy diversos entre sí. En primer lugar, puede referirse a que el partícipe intenta infringir su norma de conducta derivada, pero no lo consigue. Sin embargo, también puede designar los casos en que, habiéndolo conseguido, luego el autor no da inicio siquiera a la ejecución del delito o le da inicio, pero sin servirse del bien o del servicio prestado por el pretendido partícipe. En estas últimas variantes se trata más bien de una cooperación fracasada. En cuanto a la punición de ambas figuras, la cooperación en un intento es punible de modo general, en los mismos términos que la propia tentativa. En cambio, la cooperación intentada no es punible, salvo en los sistemas legales que la prevén como acto preparatorio punible. En todo caso, una participación fracasada en términos materiales puede ser reputada favorecimiento idóneo del hecho en términos psíquicos o motivacionales.

5. ESTRUCTURAS SINGULARES DE PARTICIPACIÓN

5.1. La cooperación logística

185 La conducta que favorece de modo logístico la conducta de un autor puede adoptar dos formas: la de participación «a través de organización» y la de participación «externa a la organización». Esta segunda, la figura del partícipe externo en una organización es de progenie italiana, aunque se ha generalizado, y se centra en las conductas de financiación de grupos terroris-

tas u organizaciones criminales.[223] Por su parte, la «participación a través de organización» constituye aquella forma de cooperación indirecta a hechos delictivos concretos llevada a cabo por las personas que se integran en una organización delictiva. Con esta expresión, sin embargo, se pueden designar dos situaciones distintas. La primera viene dada por la mera pertenencia a la organización desde la que el hecho delictivo concreto se comete. La segunda, en cambio, consiste en la contribución efectiva a la logística general de dicha organización.[224]

186 Ciertamente, resulta conceptualmente sostenible la existencia de una cooperación psíquica difusa de cada uno de los integrantes de una organización criminal en todos los delitos cometidos desde ella. Sin embargo, cuantitativamente esta no puede reputarse punible. En cambio, las cosas cambian cuando se trata de la conducta de quienes mantienen operativa la logística de la organización, con incidencia también en el caso concreto de que se trate. Dentro de este segundo ámbito también existen diferencias relevantes. En efecto, una cosa son las aportaciones de personas que se mueven en el límite de la neutralidad —por ejemplo, los que proveen de alimentos a los integrantes, o prestan labores de limpieza— y otra muy distinta, en cambio, la de quienes realizan conductas que tienen que ver con el núcleo operativo de la organización —por ejemplo, los que realizan trabajos que favorecen que esta se halle en condiciones de cometer los delitos que constituyen su fin—. Un caso límite es el del «contable de Auschwitz», en el que lo decisivo puede haber sido la inmediatez espaciotemporal de sus funciones con la comisión del genocidio, así como su patente intención de favorecerlo.[225]

5.2. La cooperación parcial y paralela-acumulativa

187 La acumulación de aportaciones no solo se da en el caso de la realización del tipo por varios autores. Por el contrario, puede aparecer también en la cooperación. Así, por ejemplo, quien aporta una factura falsa —para cubrir en términos contables una parte de la cuantía de un delito fiscal— realiza, por un lado, un encubrimiento parcial adelantado y, en su caso, una cooperación psíquica al delito tributario, pero solo por acumulación. Otro ejemplo es el de quien, a sabiendas, interviene como parte contractual en uno de los varios negocios simulados que realiza un contribuyente en un ejercicio tributario. De nuevo aquí se trata de una participación parcial, a la que solo en virtud de su acumulación con otras cabe calificar como conducta de cooperación punible en el delito tributario. Ciertamente, la participación parcial se convierte, en virtud de su acumulación con otras, en una participación «paralela»,

---

[223] En italiano, «*concorso esterno*». Al respecto, *Cavaliere* (2003), 258 ss.; *Donini*, DPC 2017, 1 ss.

[224] *Silva Sánchez*, LH Ruiz Antón, 2003, 1069 ss.

[225] Sobre este —también conocido como «caso Groenig»—: *Couso/Werle*-eds.- (2017); *Weißer*, GA 2019, 244 ss. Crítico, *Leite*, LH Luzón Peña, I, 2020, 741 ss.

análoga a la autoría «paralela» por acumulación. Sin embargo, la pregunta que se suscita es la de si cabe construir una cooperación punible de quien solo realiza una aportación parcial en virtud de que esta se acumule con las de otros. Es decir, si ello puede reputarse idóneo para sostener su participación. En este punto puede ser relevante el hecho de que el sujeto que aporta la factura conozca su agregación a otras, o no. Ello, con independencia de que a este sujeto le puede faltar el dolo en cuanto al significado de la conducta del autor y, por tanto, el presupuesto de la imputación subjetiva dolosa del favorecimiento de un delito. En efecto, en cuanto a esto segundo —en particular, a propósito de la aportación de facturas— la solución depende de si en los delitos patrimoniales y económicos las cuantías se reputan elementos del injusto típico —objeto del dolo— o condición objetiva de punibilidad (*cfr. infra* capítulo 27/50).

5.3. La conducta de intervención del agente provocador

188 La conducta del agente provocador y la figura del delito provocado ya han sido objeto de algunas consideraciones generales. Igualmente se ha aludido a la cuestión de si cabe afirmar que el sujeto provocado ha cometido una tentativa o incluso —en delitos de peligro— una consumación, antes de ser detenido (*cfr. supra* capítulo 15/124). Más tarde se examinará si, pese a todo, dicho sujeto provocado debe quedar exento de responsabilidad por razones sustantivas o procesales (*cfr. infra* capítulo 27/110). Ahora interesa comentar el problema de si la conducta de provocación llevada a cabo por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad puede ser calificada como un favorecimiento típico del delito que llegue a cometer el sujeto provocado. Al respecto, se parte con frecuencia de que en los casos de delito provocado no existe riesgo para el bien jurídico.[226] Sin embargo, este es un dato básicamente estadístico, que no responde a una característica estructural de la figura. Por lo tanto, pese a que en muchos casos existen razones para rechazar la tipicidad de la conducta llevada a cabo por los agentes policiales,[227] no se puede descartar la posibilidad de que aquella constituya una conducta penalmente relevante de favorecimiento. En efecto, cabe que el hecho de provocar no implique que la actuación del provocado constituya una tentativa irreal, sino una tentativa real, o incluso que dé lugar a una consumación. Pues bien, en ese caso la contribución objetiva del funcionario al hecho no puede ser discutida, pudiendo adoptar diversas formas de intervención en el delito del sujeto provocado —entre ellas, la inducción—, tanto dolosas como imprudentes. En estos casos, la licitud de la conducta del agente solo puede ser sostenida mediante el recurso a una causa de justificación (*cfr. infra* capítulo 21/54).

---

[226] SSTS 427/2013, de 10 de mayo; 395/2014, de 13 de mayo; 253/2015, de 24 de abril.

[227] *Ruiz Antón* (1982), 214; *Muñoz Sánchez* (1995), 45 ss.; una amplia tipología en *Castellví Monserrat* (2020), 230, 260 ss.

6. LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN PENALMENTE ATÍPICAS

6.1. La cooperación neutra

189 El término de «conductas neutras» de participación se aplica a aquellos comportamientos de terceros que favorecen la conducta del autor de modo estandarizado o estereotipado —en los estrictos términos de una posición social o profesional lícita—.[228] De modo general, cabe afirmar que se trata de casos de producción de bienes o la prestación de servicios susceptibles de un uso lícito, pero también de uno ilícito. Por ejemplo, la provisión de servicios de internet o la venta de componentes informáticos, pero también de un cuchillo o de un raticida. Como se indicó, esta construcción ha sido aceptada en las últimas décadas, con más o menos matices, por la doctrina y la jurisprudencia españolas e iberoamericanas (*cfr. supra* capítulo 10/120 ss.).[229] En cualquier caso, la calificación de una conducta como neutra requiere que no se realicen actos de adaptación de aquella al contexto de la conducta delictiva cuya realización se favorece. En efecto, un comportamiento de favorecimiento deja de ser estandarizado tan pronto como al realizarlo se tienen en cuenta las concretas necesidades del autor o las especificidades del hecho. Así las cosas, la doctrina mayoritaria sostiene una variante objetivo-subjetiva de este planteamiento.[230] De acuerdo con ella, se debe analizar si la conducta favorecedora muestra, en el caso concreto, una inequívoca «referencia de sentido delictiva». Es decir, que carece de cualquier sentido lícito para quien recibe el bien o el servicio. Si esta situación es, además, abarcada con dolo directo por quien realiza la conducta favorecedora, entonces su realización constituye cooperación punible. Por el contrario, en el resto de las conductas, aun realizadas con dolo directo y, en todo caso, en las realizadas con dolo eventual, la conducta no es punible, por la vigencia del principio de confianza.

190 La posición defendida aquí es distinta, aunque tiende a coincidir en los resultados con la doctrina dominante. En efecto, si la conducta del sujeto, considerada *ex ante*, ya solo tiene el significado de contribuir a un hecho delictivo, aquel responde según los criterios generales de la imputación subjetiva. La cuestión es qué ocurre cuando, sin que pueda formularse ese juicio externo intersubjetivo sobre su conducta, dicho sujeto posee conocimientos especiales que le permiten excluir radicalmente que su aportación se inscriba en un contexto de licitud. Pues bien, en tal caso su conducta es objetivamente típica. Ahora bien, el problema no es de imputación subjetiva, sino de que la conducta del sujeto ya tiene un significado distinto. A partir de ahí, procederá la imputación subjetiva, normalmente a título de dolo de consecuencias necesarias. Por lo demás, conviene no olvidar que, en todo caso, el legislador

---

[228] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 24/13 ss.; *Frisch* (1988), 295 ss.; *el mismo*, FS Lüderssen, 2002, 539 ss.; *Lesch* (1992), 278 ss.; *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 512 ss.; *López Peregrín* (1997), 253 ss.; *Feijóo Sánchez* (1999), 59 ss.; *Robles Planas* (2003), 24 ss., 275 ss.; *Miró Llinares* (2009), 63 ss., 135 ss.; *el mismo*, RDPC 1 (2014), 31ss.

[229] SSTS 797/2006, de 20 de julio; 928/2006, de 5 de octubre; 34/2007, de 1 de febrero.

[230] *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 512 ss.; *Kudlich* (2004), 305 ss. Distinto, *Lesch* (2021), 320 ss.

puede excluir el carácter neutro de una conducta, mediante el expediente de someter a quien la realiza al cumplimiento de deberes de control o a un régimen de autorización. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los proveedores de bienes de «doble uso», en sentido estricto, esto es, susceptibles de un uso civil, pero también de uno militar —lo que los hace aptos para usos terroristas— (*supra* capítulo 10/132 ss.).[231] O bien con los deberes de comprobación de la situación tributaria de aquel con quien se otorga un contrato; o los crecientes deberes en relación con los proveedores y clientes en la cadena de suministro; etcétera.

6.2. La «participación necesaria» en los delitos de encuentro

Los denominados «delitos de encuentro» requieren una conducta de «par- 191
ticipación necesaria». A su vez, este último concepto comprende actos que favorecen la realización de la conducta típica[232] y que, sin embargo, no son punibles. Se trata de conductas cuya realización es precisa —por eso se habla de participación necesaria— para que se produzca la lesión del objeto de protección en el tipo de delito correspondiente. Ahora bien, son realizadas precisamente por un sujeto cuyos bienes jurídicos integran —de modo exclusivo o junto a bienes jurídicos colectivos— aquel objeto de protección. En definitiva, tales conductas quedan fuera del alcance del tipo,[233] de modo que ni siquiera pueden ser calificadas como típicamente desaprobadas. El método interpretativo seguido para excluirlas del alcance de las reglas del favorecimiento punible es la reducción teleológica. Aquí, el *telos* concreto viene dado por el fundamento —la *ratio legis*— y el sentido del tipo de delito concreto con el que dicha regla se integra. Por ejemplo, el delito de usura, allí donde este existe, requiere un usurero y una víctima, que acepte las condiciones del préstamo usurario; igualmente, en los delitos laborales se requiere un empresario que imponga las condiciones ilegales de trabajo y un trabajador que las acepte. Sin embargo, no es razonable imputar al prestatario o al trabajador una participación punibleen el delito, por aceptar las condiciones ilegales del préstamo o del contrato de trabajo, aunque este sea un bien indisponible.[234] Asimismo, son conductas de participación necesaria impune la del cliente que acepta —y paga— la prestación de un profesional que incurre en intrusismo; o la del consumidor que compra droga al traficante.

---

[231] En inglés, «*dual use goods*» o «*dual use items*».

[232] En el original alemán: «*notwendige Teilnahme*». No debe ser confundida con la «cooperación necesaria» del ordenamiento legal español.

[233] *Sowada* (1992); *Carrasco Andrino* (2002).

[234] En la cultura jurídica angloamericana: «*exempt party rule*», en concreto, «*victim rule*».

Capítulo 17

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (II)

Bibliografía seleccionada: Además de la citada en los **capítulos 11, 13 y 16**, *cfr. Abanto Vásquez*, Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de un deber, RP 14 (2004), 3; *Bacigalupo Saggese*, Autoría y participación en delitos de infracción de deber, 2007; *la misma*, Infracción de un deber y participación, LH Mir Puig, 2017, 433; *von Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II, 1907; *Becker*, Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen, HRRS 6 (2009), 242; *Benítez Ortúzar*, La participación en el delito imprudente, 2007; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 1, 1894; *Binding*, La culpabilidad en Derecho penal (1919), 2009; *Böhringer*, Fahrlässige Mittäterschaft, 2017; *Boldova Pasamar*, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, 1995; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *el mismo*, Mittäterschaft bei gemeinsam fahrlässiger oder leichtfertiger Erfolgserwirkung, GA 2001, 463; *Caro John*, Participación del extraneus en los delitos de infracción de deber, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad? 2021, 333; *Carrasco Andrino*, Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria, 2002; *Casas Hervilla*, La participación del extraneus en el delito de prevaricación administrativa, EPC XXXVIII (2019), 637; *Colomer Bea*, Los supuestos de instrumento doloso no cualificado, LH Górriz Royo, 2020, 237; *Consulich*, Il concorso di persone nel reato colposo, 2023; *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, 1989; *la misma*, Participación y autoría accesoria, LH Bajo Fernández, 2016, 71; *la misma*, Autoría paralela y concurrencia de riesgos, LH Boix Reig, 2021, 107; *Cornacchia*, Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio, 2004; *el mismo*, La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali, LH Romano, 2, 2011, 821; *el mismo*, Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo, 2021; *Cuello Contreras*, Autoría y participación en un sistema lógico-funcional, CPC 97 (2009), 19; *el mismo*, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito InDret, 1/2011, 1; *el mismo*, ¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?, CPC 106 (2012), 97; *Cuerda Riezu*, Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión, ADPCP 1992, 491; *Demuro*, Il bene jurídico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta, RIDPP 1988, 879; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996; Díaz y García Conlledo, El complicado régimen privilegiado del artículo 30 del Código Penal español en materia de codelincuencia y encubrimiento en los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, RP 2013, 21; *Dopico Gómez-Aller*, ¿Qué salvar del art. 318 CP?, RGDP 9 (2008), 1; *Estrada Cuadras*, Intervención delictiva a través de las decisiones de órganos colegiados de la empresa, LLC 4 (2021), 1; *Exner*, Fahrlässiges Zusammenwirken, FG Frank, I, 1930, 569; *Falcone*, ¿Delitos especiales? Reducción del círculo de autores en delitos de infracción de un deber de fomento, InDret 1/2020, 201; *Feijóo Sánchez*, La imprudencia en el Código Penal de 1995, CPC 62 (1997), 319; *el mismo*, Límites de la participación criminal, 1999; *el mismo*, Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?, 2000; *el mismo*, La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español, LH Valle Muñiz, 2001, 229; *Fernández Bautista*, El administrador de hecho y de derecho, 2007; *Ferré Olivé*, Autoría y delitos especiales, LH Barbero Santos, I, 2001, 1013; *Figueroa Ortega*, Delito de infracción de deber,

2008; *García Cavero*, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa, 1999; *el mismo*, La discusión dogmática en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro, RDPC 9 (2002), 103; *el mismo*, El caso Global Engines: consecuencias morales de la omisión de retiro de un producto defectuoso, en: Couso/Werle (eds.), Intervención delictiva en contextos organizados, 2017, 237; *el mismo*, La posición de garantía del oficial de cumplimiento, LH Silva Sánchez, 2019, 961; *Gargani*, Impedimento plurisoggetivo dell´offesa, 2022; *Gómez Martín*, La actuación por otro y la participación de extranei en delitos especiales, LH Cobo del Rosal, 2005, 421; *el mismo*, Los delitos especiales, 2006; *el mismo*, Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano, RDPC 2006, 11; *el mismo*, Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores, RECPC 14 (2012), 1; *el mismo*, Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español, en: Robles Planas (ed.), La responsabilidad, 2014, 99; *Gómez Rivero*, ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?, RP 18 (2006), 102; *Gómez Tomillo*, El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales, RDPC 3 (1999), 77; *el mismo*, Libertad de información y teoría de la codelincuencia, 1999; *González Lillo*, Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 629; *el mismo*, Intervención delictiva e injusto imprudente, RECPC 24 (2022), 1; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro, I, 1985; *el mismo*, El actuar en lugar de otro, II, 1986; *Greco*, Fahrlässige Mittäterschaft? Eine Kritik, JRE 27 (2019), 361; *Gropp*, Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung, GA 2009, 265; *Gullo*, Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa, 2005; *Gutiérrez Rodríguez*, La responsabilidad penal del coautor, 2001; *Haas*, Die Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 2011, 392; *Hernández Basualto*, Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de otro y autoría imprudente (accesoria), LH Mir Puig, 2017, 613; *Hoffmann-Holland*, Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff, ZStW 118 (2006), 620; *Horvitz*, Autoría y participación en el delito imprudente, REJ 10 (2008), 143; *Hoyer*, Wozu brauchen wir eine fahrlässige Mittäterschaft?, FS Puppe, 2011, 515; *Jakobs*, Teoría de la intervención, 2016; *Joerden*, Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven, en: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, 135; *Kadish*, Reckless Complicity, J. C. L. & Cr 87 (1997), 369; *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006; *Langer*, Die Sonderstraftat, 2.ª, 2007; *Lesch*, Intervención delictiva e imputación objetiva, 1995; *el mismo*, ¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría? PJ 57 (2000), 83; *Luzón Peña*, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales, RDCirc 1984, 278; *el mismo*, La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS, PJ 2 (1986), 73; *el mismo*, La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 893; *el mismo*, Autoría o participación en delitos omisivos impropios o comisivos por omisión, LH Díez Ripollés, 2023, 855; *Mansdörfer*, Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo, InDret 2/2007, 1; *Maqueda Abreu*, Los delitos de propia mano, 1992; *Martínez-Buján*, Concepto de autor e imputación objetivo-subjetiva: autoría dolosa o imprudente, LH Quintero Olivares, 2018, 425; *el mismo*, La autoría en Derecho penal, 2019; *el mismo*, Autoría y participación en el delito fiscal, en: Demetrio/Sanz (eds.) El delito fiscal: aspectos penales y tributarios, 2019 b, 111; *Massaro*, La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui, 2013; *Meini*, Intervención delictiva mediante comportamientos omisivos, en: el mismo, Imputación y responsabilidad penal, 2009, 183; *el mismo*, Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad, en: el mismo, Imputación y responsabilidad penal, 2009, 241; *Mezzetti*, Autore del reato e divieto di regresso nella società del rischio, 2021; *Morillas Cueva*, La compleja delimitación de la autoría y participación en los delitos cometidos con empleo de medios o soportes de difusión mecánicos, LH Lorenzo Salgado, 2021, 973; *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993; *el mismo*, Beteiligung durch Unterlassen, FS Beulke, 2015, 181; *Núñez Paz*, Algunas consideraciones en torno a las soluciones históricas de la tentativa y la autoría

en los delitos de omisión, LH Luzón Peña, I, 2020, 851; *Olaizola Nogales*, Caso de la construcción de Burgos, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 441; *de Oliveira Montero*, La autoría mediata en los delitos imprudentes, 2013; *Orce*, Sind Pflichten eines anderen zu erfüllen?, FS Sancinetti, 2020, 133, *Otto*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, FS Spendel, 1992, 271; *Pariona*, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010; *el mismo*, Täterschaft und Pflichtverletzung, FS Roxin, I, 2011, 853; *el mismo*, La teoría de los delitos de infracción de deber, RP 29 (2012), 167; *Pelissero*, Il concorso nel reato proprio, 2004; *Peñaranda Ramos*, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, 1990; *el mismo*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *el mismo*, Sobre el alcance del art. 65.3 CP, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1419; *Pérez Cepeda*, Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación, RP 9 (2002), 106; *la misma*, Los problemas de autoría y participación en la adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de las empresas, LH Luzón Peña, I, 2020, 929; *Pérez Manzano*, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, 1999; *Perini*, Il consiglio tecnico como forma di compartezipazione dell'estraneo nei reati propri, RTDPE 2003, 719; *Piras*, Svanisce il concorso colposo nel reato doloso, DPC 3/2019, 5; *Pizarro Beleza*, La estructura de la autoría en los delitos consistentes en una infracción de un deber, LH Roxin, 1995, 337; *Portilla Contreras*, La participación omisiva en delitos de resultado y simple actividad, LH Torío López, 1999, 463; *el mismo*, Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1519; *el mismo*, Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos, LH Luzón Peña, I, 2020, 965; *Puppe*, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, 129; *Quintero Olivares*, Los delitos especiales y la teoría de la participación, 1974; *Ragués i Vallès*, La responsabilidad penal del testaferro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva, InDret 3/2008, 1; *Ranft*, Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung. Ein Beitrag Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, ZStW 94 (1982), 815; *el mismo*, Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW 97 (1985), 283; *Rebollo Vargas*, Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales, ADPCP 2000, 133; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *el mismo*, Die fahrlässige Mittäterschaft, FS Otto, 2007, 423; *el mismo*, Die fahrlässige Mittäterschaft, ZIS 2021, 92; *Reyes Alvarado*, Los delitos de propia mano, LH Berdugo, II, 2022, 353; *Riggi*, Interpretación y ley penal, 2010; *Risicato*, La partecipazione mediante omissione a reato commissivo, RIDPP 1995, 1279; *el mismo*, Cooperazione colposa, en: Donini (ed.), Enciclopedia del Diritto, II, Reato colposo, 2021, 321; *Robles Planas*, Participación en el delito e imprudencia, RDPC 6 (2000), 223; *el mismo*, Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, 2007; *el mismo*, Los dos niveles del sistema de intervención en el delito, InDret 2/2012, 1; *Robles Planas* (ed.), La responsabilidad en los delitos especiales, 2014; *el mismo*, La estructura de la intervención en el delito, PolítCrim 15 (2020), 993 (=La estructura de la intervención en el delito, en: Falcone (ed.), ¿Autonomía y accesoriedad?, 2021, 145); *Robles Planas/Riggi*, El extraño artículo 65.3 del Código Penal, InDret 4/2008, 1; *Rodríguez Montañés*, Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados, AFDUA 1999, 187; *Rodríguez Vázquez*, La coautoría y la autoría accesoria imprudentes desde la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, LH Luzón Peña, I, 2020, 1011; *Roso Cañadillas*, Autoría y participación imprudente, 2002; *la misma*, Los delitos polivalentes de autoría: entre el deber y el dominio, InDret 3/2019, 1; *Rotsch*, Gemeinsames Versagen. Zu Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft, FS Puppe, 2011, 887 (=Fracaso conjunto, en: el mismo, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance, 2022, 155); *el mismo*, Tatherrschaft bei Pflichtdelikten, FS Joecks, 2018, 149; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; *el mismo*, Pflichtdelikte und Tatherrschaft, FS Schünemann, 2014, 510; *Rueda Martín*, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública, RDPC 8 (2001), 127; *la misma*, Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 CP, 2010; *la misma*, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso, 2013; *la misma*, El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus, InDret 3/2018, 1; *la*

misma, Una reflexión sobre el desvalor de la conducta de los partícipes en un delito especial, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 773; *la misma*, La renuncia a la atenuación de la pena del partícipe extraneus en un delito especial por el mayor desvalor de su comportamiento, LH Luzón Peña, I, 2020, 1051; *Sáinz-Cantero Caparrós*, La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, 2001; *Sánchez Domingo*, Las actuaciones en nombre de otro en derecho penal, 2003; *Sánchez Lázaro*, Intervención delictiva e imprudencia, 2004; *el mismo*, Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia, EPC XXVI (2006), 295; *el mismo*, Argumentos consecuencialistas, concurrencia de imprudencias y evaluación de soluciones técnico jurídicas, EPC XXX (2010), 447; Sánchez-Ostiz, El encubrimiento como delito, 1998; *el mismo*, ¿Encubridores o cómplices?, 2004; *el mismo*, Los delitos de encubrimiento, 2005; *Sánchez-Vera*, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, ADPCP 1995, 187; *el mismo*, Delito de infracción de deber y participación delictiva, 2002; *el mismo*, El denominado delito de propia mano, 2004; *el mismo*, Caso Vinader, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 259; *Schlehofer*, Täterschaftliche Fahrlässigkeit, FS Herzberg, 2008, 355; *Schünemann*, El dominio sobre el fundamento del resultado, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981; *Silva Sánchez*, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986; 2.ª 2006; *el mismo*, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención, CPC 38 (1989), 367; *el mismo*, La regulación de la comisión por omisión, en: el mismo, El nuevo Código penal, 1997, 51; *el mismo*, Comentario al art. 31 del Código penal, en: Cobo del Rosal (ed.), Comentarios al Código penal, III, 2000, 369; *el mismo*, El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005; *el mismo*, Empresas prevaricadoras, LH Górriz Royo, 2020, 785; *Stübinger*, Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten, ZIS 2011, 602; *Suárez González*, Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal, Justicia penal 1995, 61; *Turienzo Fernández*, La responsabilidad penal del compliance officer, 2021; *el mismo*, Acuerdos alcanzados en el seno de un órgano colegiado y responsabilidad penal individual, RECPC 23 (2021), 1; *van Weezel*, Coautoría en delitos de organización, LH Jakobs, 2003, 277; *el mismo*, Coautoría, en: el mismo, Pena y sentido. Estudios de Derecho Penal, 2008, 307; *el mismo*, Intervención delictiva y garantismo penal, ZIS 2009, 435; *el mismo*, Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva, RChDCP 1 (2012), 157; *Verde*, Formas de encubrimiento: personal y real, InDret 1/2020, 254; *la misma*, Encubrimiento, receptación y lavado de activos, 2021; *la misma*, Encubrir y blanquear como delitos, 2024; *Vives Antón*, Libertad de prensa y responsabilidad criminal, 1977; *Zugaldía Espinar*, La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios, LH Cobo del Rosal, 2005, 965.

I. INTRODUCCIÓN

1 La discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la autoría y la participación delictivas se centró históricamente en los delitos comisivos activos, comunes y dolosos. Luego, se pretendió trasladar las conclusiones de ese debate *mutatis mutandis* al ámbito de los delitos de comisión por omisión, así como a los activos y omisivos imputados a título de imprudencia. Sin embargo, esta traslación fracasó. Desde entonces, en los delitos comisivos activos dolosos predominaron los conceptos diferenciadores, mientras que, en los delitos de comisión activa imprudente, así como en los de comisión por omisión —dolosos e imprudentes—, lo hicieron los conceptos unitarios. Esto se debió a pensar que en ellos es decisiva la noción de infracción de un deber —«de cuidado» o «de garante»—. Con todo, a lo largo del último cuarto del siglo XX se difundieron doctrinas que postulaban una aproximación entre ambas perspectivas o una reconstruc-

ción de la doctrina de la autoría y la participación sobre bases distintas. Por un lado, tratando de poner de relieve que la dimensión de infracción del deber también desempeña algún papel en los delitos de comisión activa dolosa. Por otro, subrayando que la infracción de un deber no basta para la autoría de los delitos de comisión por omisión dolosos e imprudentes, ni para los de comisión activa imprudente. Con todo, el objetivo de una plena sistematización dista de haberse conseguido, así que buena parte de las soluciones siguen revistiendo naturaleza tópica.[1]

Los supuestos «excepcionales» de autoría y participación no se circunscri- 2
ben a los delitos imprudentes y a los de comisión por omisión. Sobre todo, es preciso dar cuenta, en primer lugar, de que el último medio siglo ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal sobre los delitos especiales, es decir, aquellos cuyo círculo de autores se reduce a sujetos que ostentan determinadas cualidades. Además, los supuestos en los que la conducta delictiva está constituida por un acuerdo adoptado en un órgano colegiado se hallan asimismo sujetos a reglas peculiares. En fin, en España —como en otros países— existe una regla especial para la intervención en delitos cometidos en los medios de comunicación, caracterizada por un criterio de subsidiariedad que se conoce como modelo de «responsabilidad en cascada».[2] Al margen de todo lo anterior, un ámbito todavía poco estudiado es el de las conductas de intervención postejecutiva, intraconsumativa y postconsumativa.

II. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

1. LAS DISTINCIONES CLÁSICAS

1.1. Los delitos comunes y los delitos especiales

Los tipos de delito, en función de su distinto grado de apertura para la reali- 3
zación en calidad de autor, se dividen en comunes y especiales.[3] Los primeros no requieren ninguna condición específica de autoría, de modo que pueden ser cometidos a título de autor por cualquier sujeto que realice la conducta descrita en el tipo. En cambio, los segundos requieren la concurrencia de determinadas «condiciones, cualidades o relaciones» en el sujeto que realiza la conducta típica para que este sea reputado autor.[4] Al agente que ostenta tales condiciones se le denomina *intraneus* (en plural, *intranei*). En cambio, el que carece de ellas —y no puede alcanzar la cualidad de autor, sea cual sea su conducta— es un *extraneus* (en plural, *extranei*). De entrada, la distinción entre delitos comunes y especiales tiene un carácter formal. Así, se relaciona con la redacción de ciertos tipos legales que —explícita o implícitamente— delimitan

---

[1] Sin embargo, *Cuello Contreras*, InDret 1/2011, 1 ss.

[2] Así, el art. 30 CP español.

[3] *Binding* (1885), 185.

[4] *Gimbernat Ordeig* (1966), 229; STS 248/2014, 26 de marzo.

el círculo de los sujetos activos del delito («El funcionario público que...»), sin servirse de la expresión anónima «El que...». Por lo tanto, responde a una decisión legislativa que vincula al órgano judicial en los términos del principio de legalidad. Sin embargo, al menos en algunos casos, la existencia de elementos especiales de autoría parece responder, además, a razones de fondo, ya sean estas conceptuales o axiológicas. En esta línea, un sector doctrinal ha hecho hincapié en que se trata de delitos a los que subyacen deberes especiales extrapenales —jurídico-públicos, jurídico-privados o incluso no jurídicos, sino sociales—, cuya infracción es presupuesto de la realización típica. De modo solo relativamente paralelo, otro sector señala que tales delitos especiales son, en realidad, «delitos de garante», de modo que, para ser autor, el sujeto activo debe ostentar la posición de garante que se requiera en el correspondiente ámbito social, junto con otros requisitos. Aunque apuntan en la misma línea, ambos modelos conducen a soluciones diversas en cuanto a la calificación jurídica de las conductas de los diversos intervinientes en delitos especiales.

1.2. Los delitos especiales propios e impropios

4 Los delitos especiales se subdividen tradicionalmente en «propios» e «impropios». Así, un delito especial se denomina propio cuando no existe un delito común paralelo a él. En cambio, el delito se denomina especial impropio cuando sí existe un tipo común paralelo. Expresado de otro modo, cuando hay un tipo que describe la misma conducta sin requerir las condiciones específicas de autoría. A este respecto, el caso que servía tradicionalmente de ejemplo era el parricidio —que ya no existe en España—, cuyo delito común paralelo es el homicidio. Pues bien, el supuesto de la intervención de *extranei* en el parricidio fue objeto de una larga discusión. En concreto, la materia debatida era si el *extraneus* que interviene en ese delito debe responder por él o, por el contrario, únicamente por el delito común paralelo, es decir, el homicidio —a título de autor o de partícipe—. Esta cuestión se conoce como el problema de la «unidad» o «ruptura» del título (objetivo) de imputación de los intervinientes.[5] Por poner otro ejemplo, algo similar a lo señalado se suscita entre las falsedades en documento público u oficial cometidas por funcionario público y las cometidas por particular (arts. 390 y 392 CP español).

5 Un sector doctrinal propugnaba la ruptura de ese «título» —en definitiva, de la unidad del tipo del delito—.[6] Así, en la práctica, esta posición partía de considerar que los delitos especiales impropios son tipos cualificados por circunstancias personales del autor. Además, entendía que tales circunstancias

[5] *Gómez Martín* (2006), 433 ss.

[6] Aunque con matices para otros delitos, *Peñaranda Ramos* (1991), 182 ss., 350; de modo general, *Robles Planas* (2007), 126 ss. La posición contraria —dominante— en *Gimbernat Ordeig* (1966), 276 ss., pero con criterios correctores —una «atenuación analógica de no parentesco»—; *Quintero Olivares* (1974), 65 ss.; *Boldova Pasamar* (1995), 359 ss.; *Rueda Martín*, RDPC 8 (2001), 156 ss.; *Gómez Martín* (2006), 415 ss.; *Olaizola Nogales* (2011), 441 ss.

personales se integran sistemáticamente en la culpabilidad. A continuación, les aplicaba el régimen de comunicación de las circunstancias personales genéricas del art. 65.1 CP español, de modo que rechazaba su extensión a aquellos intervinientes en los que la circunstancia no concurre (*cfr. infra* capítulo 28/32). Así, por ejemplo, sostenía que en el caso de quien mata a su cónyuge con ayuda de un tercero, procedía adoptar un doble título de imputación, es decir, recurrir a dos tipos. Por un lado, el cónyuge debía ser castigado como autor de un parricidio. Por otro, el tercero tenía que ser reputado autor o partícipe en un homicidio. En definitiva, la tesis de la ruptura partía de que en los delitos especiales impropios los *extranei* no pueden acceder al delito especial ni como autores ni como partícipes. La razón de ello podía ser formal y derivarse de la relación entre los tipos de homicidio —producción de muerte entre extraños— y el parricidio —producción de la muerte entre determinados parientes—. Sin embargo, se había difundido más la argumentación material, sobre la base de que la conducta de un *extraneus* jamás puede realizar el desvalor del parricidio, ni como autor ni como partícipe. La razón de fondo, como se ha apuntado, era la integración de la «relación personal» en la culpabilidad y no en el contenido de injusto del hecho.

Tras una larga discusión, que en parte prosigue todavía,[7] ha prevalecido **6**
ampliamente el criterio de la unidad del título de imputación. En efecto, la doctrina dominante y la jurisprudencia se muestran a favor de condenar al *extraneus* como partícipe en el delito especial impropio. Esta conclusión parte de la constatación de que los delitos especiales impropios constituyen algo sustancialmente distinto de un delito común con un elemento personal agravante. Así pues, la conducta del *extraneus* que interviene en ellos es más grave que la de intervenir en el delito común correspondiente, porque favorece la realización de un injusto objetivamente más grave por parte del autor. Sin embargo, también se ha advertido que en tal conducta no concurre plenamente el «plus de antijuridicidad» derivado de la infracción del deber especial que recae sobre la conducta del *intraneus*. Por ello, se ha pretendido corregir el régimen punitivo general de la inducción y la cooperación necesaria, que atribuye a éstas el mismo marco penal abstracto que a la autoría (art. 28 CP español). En definitiva, se ha concluido la procedencia de aplicar al *extraneus* inductor o cooperador necesario una atenuación de responsabilidad con respecto a la propia del autor. Para dar cuenta de ese menor merecimiento de pena, la jurisprudencia española de los años noventa del siglo pasado recurrió a las reglas generales de determinación de la pena o, más tarde, a la atenuante analógica —del actual art. 21.7.ª CP español—.[8] Esta posición se ha mantenido en las últimas décadas con nuevos mecanismos legales, en concreto, con el vigente art. 65.3 CP español.[9]

---

[7] Se observa en las distintas colaboraciones contenidas en *Robles Planas* -ed.- (2014).

[8] SSTS de 18 de enero de 1993; 1493/1999, de 21 de diciembre; 20/2001, de 28 marzo; 1074/2004, de 18 de octubre.

[9] SSTS 636/2012, de 13 de julio; 990/2013, de 30 de diciembre; 508/2015, de 27 de julio.

2. EL MARCO DE LA DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS

2.1. La distinción básica entre delitos de dominio y de (infracción de un) deber

7 El marco de la discusión actual, surgida en la segunda mitad del siglo XX, ha venido fijado por la distinción de criterios de autoría entre los delitos de dominio y los de infracción de un deber. En efecto, los primeros son aquellos en los que el criterio determinante del protagonismo del autor, y diferenciador con respecto a los partícipes, es el dominio del hecho. Por su parte, los segundos son aquellos en los que lo decisivo para la autoría no es el dominio del hecho, sino que es preciso infringir un deber.[10] Ciertamente, en los años sesenta del siglo pasado se había consolidado la idea de que todos los delitos constituyen lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Sentado esto, se sostenía que, en la mayoría de ellos, la condición decisiva de la atribución de la autoría es el dominio del hecho (*cfr. supra* capítulo 16/58). Sin embargo, se añadía que en otros no sucede así, sino que lo determinante es la infracción de un deber.[11] Esto significa que quien infringe el deber es autor, con independencia de que domine o no el hecho, más aún, aunque ni siquiera intervenga activamente en la ejecución delictiva. En cambio, si el que domina el hecho no infringe el deber no puede ser reputado autor. Así pues, la autoría de los también denominados «delitos de deber»[12] se basa en la infracción de un deber jurídico extrapenal —en su construcción inicial, más formalista—, o bien de un rol social —en su posterior reconstrucción, de contenido material—.[13]

---

[10] A este respecto, hay que tener en cuenta que la expresión relativa a «la infracción de un deber» como propiedad de un delito puede entenderse, al menos, en cuatro sentidos distintos. Así, en primer lugar, cabe entenderla en el sentido de que, en todos los delitos, además de lesionarse el bien jurídico respectivo, se infringe un deber personal de conducta del agente. Desde esta perspectiva, la infracción del deber es lo propio de la culpabilidad del agente o, en otra variante, lo propio de su injusto personal. En segundo lugar, la expresión puede tener el significado que le atribuyeron ciertas posturas difundidas en los años treinta del siglo XX, que contraponían a la esencia del injusto entendida como lesión de un bien jurídico la que lo concebía como infracción de un deber de obediencia al Estado. En tercer lugar, la expresión referida puede designar el título de imputación de la autoría en ciertos tipos delictivos legalmente previstos, mediante el recurso a la infracción de ciertos deberes jurídicos extrapenales —o bien, sociales—. Ello, con todo, no obsta a afirmar que en estos delitos también se lesionan bienes jurídicos. En fin, en cuarto lugar, cabe entender la expresión en el sentido de que los delitos, en general, no lesionan bienes jurídicos, sino la vigencia de normas sociales especialmente relevantes, mediante la infracción del deber subyacente a estas. De todas estas acepciones, en lo que sigue interesan solo la tercera y la cuarta. En este punto conviene subrayar que ni una ni otra aluden a los delitos en cuya descripción típica se contiene expresamente la infracción de disposiciones extrapenales. Es decir, a las leyes penales en blanco. Por el contrario, se refieren a delitos que, de modo explícito o implícito, dan cuenta de la existencia de una relación especial entre el sujeto activo y el bien jurídico o su titular —el sujeto pasivo—.

[11] *Roxin* (1963); *el mismo*, AT, II, 2003, 25/281 ss. En el primer planteamiento de Roxin debían considerarse delitos de infracción de un deber los delitos especiales, los delitos de omisión y, en fin, los delitos imprudentes. Posteriormente, se excluyó de ese ámbito tanto a los delitos imprudentes como a los de omisión.

[12] En el original alemán: «*Pflichtdelikte*».

[13] *Roxin*, FS Schünemann, 2014, 522.

2.2. El método de identificación de la clase de delitos consistentes en la infracción de un deber

2.2.1. Planteamiento

8 La discusión sobre los delitos de infracción de un deber experimentó un impulso adicional mediante el rechazo de la tesis de que los delitos lesionen bienes jurídicos y la consiguiente afirmación de que, en sentido amplio, todos los delitos son de infracción de un deber. En efecto, sobre esta base alternativa se pasó a distinguir los delitos en función de la procedencia del deber. En unos casos, el deber deriva de la organización defectuosa de la propia esfera de libertad. En cambio, en otros surge por la vinculación del sujeto a una institución positiva. En sentido estricto, los delitos de infracción de un deber son estos últimos y constituyen una «forma de realización típica».[14] Por eso, no procede identificar tales delitos con los tipos legales de los delitos especiales. En efecto, también el tipo legal de un delito común —por ejemplo, el homicidio— puede realizarse de forma peculiar por parte de quien infringe un deber extrapenal (institucional). Ahora bien, es cierto que existen tipos delictivos que únicamente se pueden realizar mediante la infracción de un deber, a saber, aquellos en los que se tipifica directamente la infracción de deberes institucionales. En estos últimos no solo la autoría, sino cualquier forma de intervención, debe reflejar la infracción por parte del agente de un deber institucional extrapenal. Por tanto, en los términos de esta construcción, la infracción de un deber institucional es una forma de realización típica de delitos comunes y, además, constituye la única forma de realización típica de los tipos legales que se definen como de infracción de un deber.[15]

2.2.2. Los problemas de legalidad y de lesividad

9 La construcción doctrinal de los delitos de infracción de un deber plantea varios problemas.[16] En primer lugar, es discutible su compatibilidad con el mandato de determinación, dada la imprecisión de las fuentes institucionales del deber, igual que la de los roles y deberes sociales. Obviamente, esto no sucede si la correspondiente institución ha recibido una regulación legal jurídico-pública o jurídico-privada.[17] Ahora bien, si esto último se ha producido, entonces el problema es el formalismo. Es decir, la configuración de los delitos de infracción de un deber como delitos accesorios del Derecho extrapenal. En efecto, una construcción positivamente accesoria del Derecho penal con

---

[14] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 21/115 ss.; *el mismo* (2012); *el mismo* (2016).

[15] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 21/116. Sobre la evolución, *Bacigalupo Saggese* (2007); *la misma*, LH Mir Puig, 2017, 434 ss.

[16] Así, *Robles Planas* (2003), 226 ss.; *el mismo* (2007), 32 ss.; *Abanto Vásquez*, RP 14 (2004), 10 ss.; *Lascano*, LH Mir Puig, 2017, 671-672. Distinta, *Bacigalupo Saggese*, LH Mir Puig, 2017, 437.

[17] Ya *Muñoz Conde*, Introducción, en: Roxin (1972); *Robles Planas* (2003), 229-230. Distintos, *García Cavero* (1999), 45, 49; *Sánchez-Vera* (2002), 102, 172.

respecto al Derecho público —esto es, fundamentadora de la imposición de penas— resulta criticable en cuanto que desmaterializa el injusto criminal.

10 En segundo lugar, y en relación con esto último, cabe objetarle la dificultad de hacer compatible su estructura con el principio de lesividad (*cfr. supra* capítulo 2/133). Ciertamente, instituciones como el matrimonio, la familia, las relaciones de confianza especial y la función pública son decisivas en cualquier comunidad política. Además, los deberes institucionales asociados a ellas pretenden sin duda proteger bienes jurídicos. Sin embargo, si el núcleo del tipo se sitúa en la infracción de un deber, se genera un problema en cuanto a la configuración del *iter criminis* (*cfr. supra* capítulo 15). En efecto, parece claro que un *intraneus* puede infringir su deber institucional, aunque en el caso no se haya producido la lesión de un bien jurídico e incluso aunque ni siquiera se haya iniciado el proceso lesivo. Sin embargo, la estricta lógica de la infracción de un deber, si no se vincula a ningún requisito adicional de lesividad, conduce a situar la consumación en momentos muy anteriores a la producción de la lesión. Por ejemplo, lleva a afirmar que quien, para conseguir la muerte de un estrecho familiar, le encarga a un sicario que le mate, ya infringe de forma plena su deber institucional en el momento de efectuar el encargo, con independencia de que el sicario inicie siquiera la ejecución del delito.[18]

11 Esto significa que cabría sostener que un delito de infracción de un deber se ha «consumado» de modo previo a la producción de un resultado; es más, aunque este no llegue a producirse. Ahora bien, ello ignora la relevancia del principio de lesividad y, con él, de la ejecución típica.[19] Por tanto, la doctrina de los delitos de infracción de un deber puede valer hipotéticamente como una teoría del comportamiento desaprobado —aun así, sería excesivamente formalista—. Sin embargo, no ha desarrollado una concepción acerca de la realización del tipo del delito consumado —es decir, una doctrina acerca del resultado típico y de su imputación objetiva a la conducta desaprobada—. Así las cosas, la única forma de corregir su potencial expansivo de la responsabilidad es considerar la infracción del deber extrapenal como condición necesaria, pero no suficiente, de la realización del tipo en calidad de autor. A esa condición necesaria se le tiene que sumar una intervención activa u omisiva en fase ejecutiva. Sin embargo, ello conduce a señalar que no cabe admitir la existencia de delitos puros de infracción de un deber, sino que estos tienen que ser, en mayor o menor medida, delitos mixtos.

12 El problema anterior pone de relieve otra dificultad inherente a la concepción de los delitos de infracción de un deber. En efecto, esta radica en la delimitación de las infracciones del deber extrapenal penalmente relevantes e irrelevantes, es decir, típicas y atípicas. Ciertamente, tal distinción resulta compleja si se asume de modo explícito que tales tipos de delito son accesorios

---

[18] Crítico, *Orozco López* (2018), 609 ss.

[19] *Robles Planas* (2003), 230 ss.; *el mismo* (2007), 34; *el mismo*, InDret 4/2013, 6; *Caro John*, FS Sancinetti, 2020, 761.

con respecto al Derecho privado —civil, mercantil— o al Derecho público —administrativo—. Sin embargo, si no se lleva a cabo, resulta imposible superar la crítica de que en estos delitos tiene lugar la criminalización de la mera infracción de un deber extrapenal especialmente relevante. Por ejemplo, el deber de los padres de velar por la vida de los hijos. Así las cosas, el manejo judicial de los tipos que revisten estas características hace necesario proceder a una reducción teleológica mediante la exigencia de lesión o de peligro para el respectivo bien jurídico. De este modo, se evita la consumación anticipada al momento de la infracción. Además, pone de manifiesto que en estos delitos también es relevante la dimensión de lesividad.

2.3. Las nuevas distinciones doctrinales dentro de los delitos especiales

2.3.1. Planteamiento

13 La doctrina, incluso la que acepta la categoría de los delitos de infracción de un deber, ha rechazado que la totalidad de los delitos especiales pueda reconducirse a esta. En efecto, ello no se ha aceptado ni en el sentido formal inicial, ni en el material —posterior— de la evolución de Roxin, ni tampoco en el sentido estructural-profundo de Jakobs. Así las cosas, un sector doctrinal se ha situado incluso en el extremo opuesto, sosteniendo que lo que define la autoría de los delitos especiales —al igual que la de los delitos de comisión por omisión— es la concurrencia en el autor de un dominio «social»,[20] o de un dominio de «configuración».[21] Es decir, los reconstruye como delitos de dominio, aunque este sea *sui generis*. De este modo, pretende evitar el formalismo o, en otras palabras, la accesoriedad de la construcción de estos tipos de delito con respecto a la infracción de deberes extrapenales. En efecto, la propuesta se presenta como un intento de materialización o de orientación teleológica de aquellos delitos.[22]

14 Profundizando en esta línea, la discusión en lengua española ha conducido a la distinción de dos clases de delitos especiales. Así, se entiende que, en la primera clase, la «especialidad» es un mero producto —en realidad, aparente— de la técnica de tipificación seguida por el legislador. Este grupo de delitos recibe denominaciones diversas, en función de la terminología que acoge cada monografista: delitos especiales de dominio;[23] especiales de posición;[24] o, en fin, delitos especiales en sentido amplio o con elementos de autoría meramente tipificadores.[25] En cambio, la segunda clase se presenta como comprensiva de

---

[20] *Schünemann*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss.

[21] *Bottke* (1992), 94 ss.

[22] *Gracia Martín* (1985); *Rueda Martín* (2010); solo en parte, *Cuello Contreras*, CPC 97 (2009), 19 ss.; *el mismo*, InDret, 1/2011, 1 ss.

[23] *García Cavero* (1999), 164 ss.

[24] *Robles Planas* (2007), 129.

[25] *Gómez Martín*, RECPC 14 (2012), 1 ss.

delitos cuya especialidad es el reflejo de una naturaleza profunda en términos dogmático-estructurales. De nuevo, estos últimos se denominan de forma distinta en cada obra doctrinal: de infracción de un deber; especiales de deber; especiales en sentido estricto; o bien asociados a una posición institucional.[26] Bajo una u otra denominación se trata de poner de relieve que su esencia se relaciona con la infracción de un deber extrapenal. Ahora bien, la doctrina tampoco ha alcanzado un consenso absoluto en cuanto a qué delitos pertenecen al primer grupo —son «especiales de posición»— y cuáles son «especiales de infracción de un deber». Desde luego, existe un acuerdo relativo en cuanto a que buena parte de los delitos de los funcionarios públicos, si no todos, son de infracción de un deber. Sin embargo, el consenso no alcanza más allá. Así, por ejemplo, son objeto de disputa el delito de administración desleal (art. 252 CP español), los delitos de insolvencia (arts. 259 ss. CP español) o los delitos tributarios (art. 305 ss. CP español).

15 Es necesario efectuar una distinción entre la doctrina del «dominio social típico» y la de los delitos especiales «de posición». En efecto, la primera sostiene que la infracción de deber especial extrapenal es un fenómeno que acompaña habitualmente al dominio penalmente relevante.[27] Sin embargo, lo decisivo para la autoría en todos los delitos especiales es esto último. Por lo demás, la concurrencia de dominio social del hecho requiere tanto el dominio final del hecho como la concurrencia de las características típicas especiales. Así, tanto los elementos subjetivos especiales (de tendencia interna) como los elementos personales objetivos de autoría.[28] En cambio, la doctrina de los delitos especiales de posición admite que existen delitos de (infracción de un) deber, distintos de aquellos, aunque la aplicación de estos últimos deba ser sometida a una reducción teleológica.

2.3.2. Los delitos especiales «de posición»

16 La doctrina que identifica unos delitos especiales de posición entiende que estos se hallan materialmente abiertos a una posible autoría de *extranei*. Ahora bien, para que esto último sea posible, rechaza el método de interpretación formalista o accesoria y adopta una perspectiva de interpretación fáctica o económica de los correspondientes tipos de delito (*cfr. supra* capítulo 6/65).[29] Así, por ejemplo, a propósito del delito de alzamiento de bienes, sostiene que el término «deudor» no se debe interpretar en los términos del Derecho civil o mercantil —que lo vinculan a personas jurídicas en muchos casos—, sino

---

[26] Respectivamente, *García Cavero* (1999); *Robles Planas* (2003); y *Gómez Martín* (2006).

[27] *Gracia Martín* (1985), 354 ss.; *Schünemann*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 998 ss., 1010; *Rueda Martín* (2010), 83 ss.; *Pariona* (2010), 71, 81; *el mismo*, FS Roxin, I, 2011, 857 ss.

[28] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 100-101.

[29] La STC 185/2000, de 10 de julio, avaló la interpretación fáctica de los tipos de delitos especiales de empresa, con el fin de reputar autores a sus administradores, antes de que existiera en España una cláusula legal de actuar en lugar de otro.

en términos sociales, refiriéndolo a personas físicas cuya conducta haya sido decisiva en cuanto a la comisión del alzamiento. Adoptada esta premisa, el problema que tiene que afrontar es que, en algunas legislaciones, el alcance de tal perspectiva interpretativa viene limitado por cláusulas legales. Esta circunstancia debe conducir a afirmar que, incluso en los llamados delitos especiales de posición, el acceso de *extranei* a la autoría requiere que concurran dos condiciones. La primera (i) es material, a saber, que el *extraneus* pueda acceder a la posición típica de la que se trate, no solo controlando de modo directo o mediato la realización del hecho concreto, sino en particular el «contexto social» en el que se produce el delito. En realidad, precisamente en este punto cabe distinguir entre variantes extensivas y restrictivas del concepto de «acceso a la posición», en función de si para ello basta con un «control momentáneo» sobre la organización del *intraneus* o se exige un «control permanente» de la posición que este ocupa. Por su parte, la segunda condición (ii) es formal, a saber, que la integración de aquellos sujetos en el círculo de autores resulte compatible con el principio de legalidad. Este principio se concreta en la respectiva redacción de cada tipo, en sus complementos jurídico-privados y jurídico-públicos, y en la de las cláusulas generales del Código penal que sean aplicables.

2.3.3. Los delitos especiales «de deber»

Por oposición a lo que sucede en los delitos de posición, se afirma que los 17
tipos legales cuyo núcleo es la infracción de un deber —paradigmáticamente, la prevaricación (art. 404 CP español)— están cerrados a la posibilidad de una autoría de *extranei*. Es más, una opinión doctrinal añade que en ellos la infracción de un deber institucional no es requisito únicamente de la autoría, sino de toda forma de intervención punible. Por lo tanto, quienes, sin pertenecer a la institución afectada —la función pública, sobre todo—, «intervienen» en un delito legalmente configurado como de infracción de un deber institucional, no podrían ser castigados por tal infracción.[30] En efecto, ellos no lesionan el deber institucional —en tanto que deber positivo especial—, sino en su caso otro diferente. En concreto, un deber negativo cuyo contenido sería el de «no perturbar las instituciones» desde fuera. Ahora bien, la infracción de ese deber, para poder ser castigada, tendría que ser objeto de una tipificación explícita, de modo que, si no se tipifica, la conducta es impune. A este respecto, como se ha anticipado, el caso más claro es el de los delitos de los funcionarios públicos. Así, se afirma que quien induce a un funcionario o le ayuda a cometer el delito correspondiente, queda impune salvo que el legislador haya tipificado expresamente su conducta. Esta tipificación sería, por ejemplo, la que —de modo limitado— existe en la legislación española, a propósito de algunas formas

[30] *Lesch* (1995), 70; *Robles Planas* (2003), 242 ss.; *el mismo*, InDret 4/2013, 16; *el mismo* (2014), 75. En contra, ya la STS 1312/1994, de 24 de junio: la impunidad del *extraneus* «repugna a la justicia material y a la propia conciencia social».

de intervención en el delito de cohecho (arts. 419 ss. CP español). Con todo, pese al razonamiento expuesto, la mayoría de los partidarios de esta posición no han seguido su lógica hasta el final. Por el contrario, y para matizarla, han indicado que las instituciones les atañen a todos los ciudadanos, de modo que los *extranei* pueden contribuir a su degradación, aunque no sea de modo directo. A fin de cuentas, esto ha conducido a que se admita la participación punible de *extranei* en los delitos de infracción de un deber, sobre la base de que favorecen la «corrupción» de la institución respectivamente afectada.[31]

2.4. El marco legal español: los tipos de delito y las cláusulas legales de «actuar en lugar de otro»

2.4.1. Consideraciones generales

18 Como se ha indicado, la admisión de la categoría de unos «delitos especiales de posición» requiere el alejamiento de concepciones formalistas o accesorias del Derecho penal y la adopción, en mayor o menor medida, de una concepción autónoma —o teleológica— de este. En la materia que ahora nos ocupa, el debate sobre esta cuestión ha tenido por objeto fundamental los delitos especiales de empresa, en los que la cualidad de *intraneus* concurre sobre la persona jurídica titular del negocio económico del que se trate. Tales delitos son objeto de análisis más adelante. De modo previo, corresponde determinar cuáles son los términos de la responsabilidad de un *extraneus* persona física que interviene en el delito especial cuyo *intraneus* es otra persona física. Pues bien, en algunas legislaciones se prevé expresamente la posibilidad de que ciertas personas físicas, que de entrada son *extranei*, accedan a la condición de autores del delito especial —o, en todo caso, a una condición de sujeto activo equiparada a la autoría—. Esto último tiene lugar pese a que las «cualidades, condiciones o relaciones» determinantes de la condición de «sujeto activo» de dicho delito no concurren en ellos, sino en otra persona física *intraneus*. En realidad, tal cosa sucede en todos los sistemas legales que contienen una cláusula de «actuar en lugar de otro» o «en nombre de otro», en la que ese «otro» no se circunscribe a las personas jurídicas, sino que también alcanza a otras personas físicas distintas de quien actúa.[32] En la legislación española, el art. 31 CP es el precepto que establece los términos en los que un *extraneus* puede ser reputado *intraneus* cuando actúa en nombre de este último. No es infrecuente que esta cláusula se entienda como relativa únicamente a la responsabilidad de personas físicas por delitos especiales cuyas condiciones de autoría recaen sobre personas jurídicas. Ciertamente, en algunos países ese es su alcance.[33] Sin embargo, en el caso español esta forma de responsabilidad

[31] En alemán, «*korrumpieren*»: *Jakobs* (2012), 86 ss.; *el mismo* (2016), 110 ss.; *Sánchez-Vera* (2002), 215; *el mismo* (2014), 452.

[32] Así, el art. 29 CP colombiano.

[33] Art. 27 CP peruano.

constituye solo la mitad de su contenido real; la otra mitad se refiere al caso del *extraneus* que actúa por un *intraneus* persona física.[34]

La naturaleza jurídica de las cláusulas de actuar en lugar de otro es discu- 19
tible. Así, pueden ser entendidas (i) como reglas de extensión del ámbito de las conductas típicas —en virtud de una forma de equivalencia— que operan ya en el ámbito de la norma de conducta; (ii) como reglas de interpretación del alcance de los tipos; o bien (iii) como reglas de imputación que se mueven en el ámbito de la norma de sanción. En coherencia con el modelo de teoría de las normas acogido, aquí se asume que, integradas con los tipos de delito, permiten la construcción de normas derivadas cuya vulneración es equivalente a la infracción de la norma de conducta principal. Por lo tanto, se trata de cláusulas de equivalencia, aunque de naturaleza distinta a las de la comisión por omisión.

2.4.2. El manejo de la cláusula de actuar en lugar de otro en el caso de relaciones entre personas físicas

2.4.2.1. El texto de la regla legal

Como se ha indicado, el texto del art. 31 CP español contiene dos reglas 20
distintas. Una se aplica a los casos de delitos especiales cuyas cualidades de autoría concurren en personas jurídicas; a ella se alude más adelante. Otra, más amplia, comprende también los casos en los que la cualidad de *intraneus* concurre en una persona física. Esto significa, en primer lugar, que el mencionado art. 31 CP abre una posibilidad a la responsabilidad de *extranei* —de un modo equiparado a la autoría— por delitos especiales. En segundo lugar, que, a diferencia de la doctrina, el artículo no establece una diferencia en función de supuestas clases de delitos especiales, sino tan solo en función de la relación existente entre el *intraneus* y el *extraneus*.

Según la segunda regla del art. 31 CP español, responde a título de autor el 21
extraneus que realiza materialmente el tipo, obrando además «en representación legal o voluntaria» o bien «en nombre» de una persona física *intraneus*. Por tanto, la referida cláusula establece algunas relevantes limitaciones para la responsabilidad del *extraneus* a título de autor. En este punto, la exigencia de una relación de representación legal —paternidad, tutela, curatela— o voluntaria —el mandato representativo— es clara en términos jurídico-formales. Así, la cuestión fundamental es la de qué significa actuar «en nombre» de otro. Pues bien, una interpretación sistemática de esta expresión en el contexto de las dos reglas del art. 31 CP español conduce a establecer un paralelismo con la relación de «administración de hecho o de derecho» de las personas jurídicas. Es decir, requiere que el *extraneus* ostente una relación contractual de administración con la persona física *intranea* o, alternativamente, actúe de modo prolongado

[34] *Silva Sánchez* (2000), 413.

en el tiempo como administrador fáctico de ella. En definitiva, el texto no alcanza a la situación en la que el *extraneus* actúa «en nombre propio», aunque lo haga «por cuenta» de un *intraneus*. A su vez, esto implica que las formas de dominio —o de «acceso a la posición»— que no permiten afirmar que el sujeto actúa «en nombre del *intraneus*» no son suficientes, por razones de legalidad, para acceder a la condición de sujeto activo del delito. Por la misma razón, y *a fortiori*, tampoco es posible construir la condición de sujeto activo sobre la base de que el *extraneus*, instrumentalizando al *intraneus*, ostente un mero dominio circunstancial del proceso de producción de la lesión del bien jurídico.

2.4.2.2. Las actuaciones del extraneus en nombre propio y la instrumentalización del intraneus

22 En definitiva, debe descartarse la autoría del *extraneus* que ocupa la posición del *intraneus* sin que pueda afirmarse simultáneamente que aquel sujeto obra en nombre de este. Ciertamente, el art. 31 CP español no se puede extender por analogía, pues esta operaría en perjuicio del reo, esto es, *in malam partem*. Por lo demás, tampoco es posible el recurso a una interpretación fáctica directa de los concretos tipos de «delitos especiales de posición», eludiendo el alcance del art. 31 CP español. En efecto, puede afirmarse razonablemente —en virtud de un argumento *a contrario*— que esa elusión se opone a la voluntad de la ley. Cuando, en el contexto de una disposición extensiva de la responsabilidad, el legislador incluye de modo expreso determinados supuestos, debe entenderse que ha excluido todos los demás —*inclusio unius, exclusio alterius*—. Por lo tanto, el *extraneus* que pasa a dominar a un *intraneus* generando en él un estado de error —mediante engaño—, o de miedo —mediante coacción—, o bien ocupando circunstancialmente la posición del *intraneus*, no puede ser autor del delito especial respectivo. Ello vale para todos los delitos especiales en virtud de lo dispuesto en el texto del art. 31 CP español. Ahora bien, incluso dejando aparte el texto de este artículo, la doctrina de los delitos especiales de posición no está en condiciones de sostener que los *extranei* lleguen a ser autores en virtud de ejercer un mero dominio circunstancial sobre el hecho típico. En efecto, si no ha existido de modo previo un acceso a la posición típica, el hecho de ejercer una coacción concreta sobre el *intraneus* o de engañarle no puede ser suficiente para la autoría. Desde luego, en tal caso no puede hablarse de un auténtico «dominio de la posición» —ni de un dominio «social»—, ni tampoco de un «acceso a la posición», sino solo de un «acceso al hecho». Por lo tanto, este mero dominio del hecho (concreto) mediante la coacción o el engaño no proporciona un fundamento suficiente para la atribución de autoría por los delitos especiales.

2.4.2.3. El caso de los delitos especiales de «deber»

23 Ya se ha indicado que, en los delitos especiales de deber —cuyo paradigma se sitúa en delitos como la prevaricación—, es común afirmar que ningún

extraneus puede acceder a la autoría. En efecto, esta posibilidad no solo se excluye para los casos en los que un *extraneus* obtiene únicamente el dominio sobre el hecho típico —por ejemplo, mediante el engaño o la coacción del *intraneus*—. Además, también se descarta para cualesquiera otros casos, porque se parte de que ningún *extraneus* puede acceder a la infracción del deber. Sin embargo, es preciso observar que la cláusula del art. 31 CP español no cierra la puerta a la responsabilidad —a título de autor— de ciertos *extranei* por delitos especiales de deber. Ahora bien, requiere también en estos casos que el *extraneus* se encuentre en una relación de «representación legal o voluntaria» o actúe «en nombre» del *intraneus*.

Más adelante se indicará cuáles pueden ser tales *extranei*, que se vinculan 24
con actividades empresariales de colaboración con la administración pública. Ahora es preciso adelantar que la expresión legal no alcanza a los casos de meros delegados fácticos de funcionarios públicos, ni tampoco a las personas a las que un funcionario encomienda la realización de alguna tarea concreta. Por lo demás, estos tampoco pueden ser considerados autores de los delitos contra la administración pública con base en una interpretación fáctica de la expresión «funcionario público». En España, esto último lo impide la existencia de una definición legal de funcionario público. En efecto, el art. 24.2 CP español dispone lo siguiente: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas». Como puede advertirse, para ser reputado funcionario no basta con la participación en el ejercicio de funciones públicas. Por el contrario, es preciso un nombramiento formal, que traiga causa de la ley, una elección o una disposición de la autoridad.

En el ámbito de los delitos especiales de infracción de un deber, la coau- 25
toría en sentido estricto constituye una figura muy limitadamente posible. En efecto, solo es imaginable en el caso de que un único deber recaiga sobre dos sujetos que deben unir sus aportaciones para cumplirlo. En los demás supuestos, la única figura compatible con el delito de infracción de un deber es la autoría paralela. Así, el acuerdo de varios *intranei* para infringir de modo simultáneo o sucesivo sus respectivos deberes con ocasión de una concreta situación de riesgo se integra en esta segunda figura y no en la coautoría.

3. LOS SUPUESTOS DISCUTIDOS EN LA DOCTRINA

3.1. El caso del «instrumento doloso no cualificado»

La expresión «instrumento doloso no cualificado» designa —de modo 26
impropio— una pluralidad de casos distintos entre sí. En efecto, (i) lo común a todos ellos es que el ejecutor del delito es un *extraneus* —un sujeto no cualificado para realizar el tipo—; sin embargo, (ii) en algunos de ellos, resulta que

este no obra con dolo; en cambio, en otros (iii), no sufre una instrumentalización plena. Por lo tanto, en puridad solo puede hablarse propiamente de que exista un «instrumento doloso» en un subgrupo de tales casos. Un ejemplo de instrumentalización sin dolo del instrumento son los casos de engaño a un *extraneus* por parte de un *intraneus*, en los que aquel no obra dolosamente. En cambio, un ejemplo de concurrencia de dolo sin instrumentalización se da en los casos de mera inducción de un *extraneus* por parte un *intraneus*, en los que aquel no es instrumentalizado en sentido fuerte. Otro tanto sucede cuando el *intraneus* se limita a cooperar activamente o a no evitar el hecho del *extraneus*. Para designar estos supuestos, es preferible utilizar respectivamente la expresión de «instrumento no cualificado en error» y de «agente doloso no cualificado». El escenario central se observa en la variante en la que un *intraneus* ejerce coacción sobre un *extraneus*. Como se advierte solo en esta puede hablarse con propiedad de la existencia de un instrumento doloso y, a la vez, no cualificado.

27 Pues bien, un sector doctrinal sostiene que, en los casos de instrumento doloso no cualificado en sentido amplio, el *intraneus* debe ser reputado autor mediato y el *extraneus*, aunque ejecute el hecho, cooperador necesario.[35] Esta solución es correcta para los casos en los que el *intraneus* instrumentaliza al *extraneus*; en concreto, los de engaño o coacción. En cambio, no existe instrumentalización en los supuestos en los que se convence al *extraneus* para que este realice la conducta ejecutiva. En ellos, el *intraneus* puede ser autor directo del delito especial, para lo cual no es preciso que realice una aportación material constitutiva de autoría activa, sino que basta con su omisión de evitar la conducta materialmente delictiva del *extraneus*. Por otro lado, cabe que haga más que eso; a saber, que induzca. En tales casos, en los que el *intraneus* hace algo más que no evitar, tiene un doble fundamento de responsabilidad: la infracción de su deber y, además, la intervención activa. Pues bien, la concurrencia de ambos títulos debe dar lugar a un incremento de la pena en el proceso de individualización judicial.[36]

28 Por su parte, el *extraneus* que realiza dolosamente una conducta materialmente ejecutiva —y dada la ausencia en él de las cualidades de autoría— debe ser considerado un cooperador. Ciertamente otras propuestas pretenden recurrir al art. 31 CP español para castigar al *extraneus*, considerando que actúa «en nombre» del *intraneus*.[37] Pues bien, si el *extraneus* realizara los presupuestos del art. 31 CP español podría darse entre él y el *intraneus* una situación de autoría paralela. Sin embargo, como se ha indicado, no cabe presumir que siempre que un *extraneus* actúa de acuerdo con el *intraneus* se da una situación de actuación en nombre de este último.

---

[35] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 14/58. Próximo, *Martínez-Buján* (2019), 246 ss.

[36] Distinto, *Colomer Bea*, LH Górriz Royo, 2020, 248.

[37] *Gracia Martín*, II, 1986, 111 ss.; *Hernández Plasencia* (1996), 318; *Colomer Bea*, LH Górriz Royo, 2020, 248-249.

3.2. El caso del *intraneus* en error —el «instrumento cualificado no doloso»—

29 La expresión «instrumento cualificado no doloso» designa a un *intraneus* que se encuentra en una situación de error de tipo vencible o invencible.[38] Pues bien, cuando se da tal circunstancia, la cuestión es cómo hacer responsable al *extraneus* que le engaña. La doctrina dominante no puede sostener la autoría mediata de un *extraneus* que ha instrumentalizado a un *intraneus*, puesto que aquel carece de las condiciones específicas de autoría. Esta afirmación, además, vale tanto para los casos de instrumentalización por engaño, como para los de coacción o de corrupción. Pues bien, para afrontar la resolución de casos como estos, es preciso optar previamente, en el plano teórico, por una de las siguientes tres vías: (i) la de la remitir cualquier solución a la modificación del Código penal, tipificando estructuras de instrumentalización de *intranei* por parte de *extranei*; (ii) la de reconstruir la doctrina de la autoría en los delitos especiales, admitiendo formas de autoría de *extranei*; y (iii) la de reformular el alcance del principio de accesoriedad limitada de la participación, en su concepción objetivo-subjetiva dominante.

30 Ciertamente, es posible proponer *de lege ferenda* la introducción en el Código penal de una disposición relativa a la autoría (mediata) de sujetos no cualificados.[39] Además, esta última podría adoptar la forma de una regla general, o bien concretarse en la tipificación de conductas de instrumentalización de un *intraneus* por parte de un *extraneus* en contextos determinados. Así, por ejemplo, en el caso del particular que induce a error a un funcionario público que ha de dar fe documental. Sin embargo, una construcción así no es posible *de lege lata*. Sentado esto, en el marco legal vigente, es preciso distinguir si el hecho en cuestión constituye un delito especial impropio o propio. En el primero de ellos, caben dos opciones. Por un lado, la de la participación dolosa del *extraneus* en el delito especial cometido sin dolo por el *intraneus*; por otro, la de una autoría mediata dolosa del delito común cometida por el *extraneus*, instrumentalizando a un *intraneus* que realiza sin dolo el delito especial.[40] La primera solución es la que aquí se prefiere puesto que no rompe el título de imputación.[41] Ciertamente, esta requiere adoptar la tesis de la accesoriedad mínima de la participación, acogida en esta obra de modo general (*cfr. supra* capítulo 16/45). Además, de este modo, se sienta la base de la solución propugnada para los delitos especiales propios. En efecto, en el marco legal actual, los *extranei* que intervienen en delitos especiales propios más allá de lo previsto en la cláusula de actuación

---

[38] *Ragués i Vallès*, InDret 3/2008, 1 ss.

[39] *Casas Hervilla*, EPC XXXVIII (2019), 632 ss.

[40] STS 920/2023, de 14 de diciembre.

[41] Ambas pueden conducir a soluciones punitivas muy próximas (por ejemplo, si se comparan el art. 390 —junto con el art. 65.3— y el art. 392 CP español). Sin embargo, solo la primera opción tiene en cuenta el desvalor derivado del hecho de que se ha instrumentalizado a un funcionario público.

en lugar de otro deben ser considerados, de modo general, partícipes.[42] En definitiva, el *extraneus* interviniente debe ser sancionado a título de inductor o cooperador.

3.3. El supuesto de la realización por el *intraneus* de una conducta justificada

31 En un modelo de accesoriedad como el que se ha propuesto aquí, la justificación de la conducta del *intraneus* no impide castigar a los *extranei*. Por tanto, el que presiona a un *intraneus* hasta el punto de colocarlo en estado de necesidad justificante no solo responde por las correspondientes amenazas. Además, la accesoriedad mínima a la tipicidad objetiva de la conducta del autor permite calificar el comportamiento del *extraneus* como participación en el correspondiente delito especial propio.

4. EL PROBLEMA DE LOS DELITOS ESPECIALES DE EMPRESA

4.1. Generalidades

32 Es común definir los «delitos especiales de empresa» como aquellos tipos de delito en los que, dado que la actividad económica la realizan sobre todo empresarios sociales, la cualidad de *intraneus* concurre exclusivamente en la persona jurídica que es titular del negocio. Así, por ejemplo, en ella concurre la condición de deudor, fabricante o distribuidor. Para tales delitos, algunas legislaciones prevén una regla de atribución de la responsabilidad que, como ya se ha indicado, se conoce como cláusula de actuar en nombre de otro o en lugar de otro (art. 31 CP español). Un sector doctrinal ha vinculado esta cláusula con los denominados delitos especiales «de posición». Sin embargo, dicha regla legal —y la estructura dogmática que subyace a ella— es aplicable desde luego a los delitos contra la hacienda pública, que —dada su vinculación con los deberes establecidos en la legislación tributaria— no pueden ser reputados de posición. Además, la cláusula legal también es aplicable en el caso de los delitos de funcionarios públicos, como singularmente la prevaricación o el cohecho.[43] Esta situación se ha generado por el fenómeno de las personas jurídicas de capital privado que colaboran con la administración pública. En efecto, estas entidades colaboradoras no responden solo al modelo de las empresas concesionarias de servicios públicos, sino que llegan a ejercer auténticas potestades administrativas, para cuyo ejercicio han sido nombradas (art. 24 CP español).[44] Por lo tanto, la cláusula del art. 31 CP español es aplicable también a delitos especiales de deber.

---

[42] *Martínez-Buján* (2019), 230.

[43] *Silva Sánchez*, LH Górriz Royo, 2020, 785 ss.

[44] Así, el art. 2.2 b) Ley española 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común.

4.2. Las aproximaciones fáctica y formalista al problema

33 Cuando las «condiciones, cualidades o relaciones» que definen al autor de un delito concurren en una persona jurídica, caben, de entrada, dos aproximaciones para atribuir responsabilidad a las personas físicas que la dirigen. Por un lado, es posible adoptar un método formalista —el de la «representación»—, que pretende atribuir responsabilidad a aquellas personas físicas que ostentan una relación de representación legal o voluntaria con la persona jurídica. Por otro lado, cabe acoger una vía fáctica —la del «dominio social»— que pretende atribuir responsabilidad a quienes ejercen el control sobre la actividad empresarial de la que es titular formal la persona jurídica. La primera vía requiere una regulación legal sobre la que apoyarse. La segunda, en cambio, pretende operar sin especial habilitación legal, mediante la interpretación fáctica directa del tipo de delito correspondiente.

34 A lo largo del último tercio del siglo XX, algunas legislaciones han ido incorporando cláusulas legales habilitadoras de la transferencia de las condiciones de autoría concurrentes en una persona jurídica a las personas físicas que las rigen. A su vez, estas «cláusulas de actuar en lugar de otro» han oscilado entre la adopción de perspectivas formales-internas y materiales-externas. La regla vigente en España combina ambas perspectivas, dando entrada a conceptos claramente fácticos —en particular, el de administrador de hecho— junto a los estrictamente formales de la administración de derecho y la representación legal o voluntaria. Con todo, su facticidad no alcanza a ampliar la posibilidad de transferencia de las condiciones de autoría a aquellas personas físicas —sujetos *extranei*— que actúan en los términos de una mera gestión de negocios ajenos. En efecto, el art. 31 CP español señala que: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».[45]

4.3. La cláusula legal de actuar en nombre de una persona jurídica

35 La recepción de la transferencia establecida en el texto legal requiere que el *extraneus* ostente una de las siguientes cuatro relaciones con la persona jurídica: (i) la de administrador de derecho; (ii) la de representante legal o voluntario; (iii) la de administrador de hecho; o (iv) en fin, la de actuar en nombre de ella, y no simplemente en nombre propio y por cuenta de la entidad. Pues

[45] El art. 318 CP español contiene, para los delitos en materia de derechos de los trabajadores, otra cláusula de actuar en lugar de otro: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello».

bien, si se deja al margen los casos claros de la administración de derecho, la representación legal y la voluntaria, el caso realmente discutido es el de la «administración de hecho». A este respecto, la jurisprudencia y la doctrina han concluido que debe reputarse administrador de hecho a aquel sujeto que, sin ostentar cargo alguno, controla la totalidad de la organización económica desde fuera, en su caso, con la cooperación de un testaferro u hombre de paja, que figura como administrador de derecho. En estos casos de planes delictivos comunes de administradores de derecho y administradores de hecho puede afirmarse la concurrencia de una autoría paralela entre estos.[46]

36 En cambio, es problemático si puede ser reputado administrador de hecho un sujeto situado por debajo de los administradores de derecho en la escala jerárquica de una empresa. Por el momento, el Tribunal Supremo español ha entendido que en este marco solo puede ser reputado administrador de hecho el director general —o director-gerente— siempre y cuando los administradores de derecho hayan delegado en él la responsabilidad por la gestión de la totalidad de la empresa, reservándose para sí la realización de funciones de vigilancia.[47] Lo anterior significa que se ha excluido la posibilidad de calificar de administradores de hecho a los directivos sectoriales, a los jefes regionales, o bien a los directores de fábrica o establecimiento. Con todo, ello podría cambiar, pues desde luego el texto legal no lo impone.

37 En efecto, en su círculo más amplio el art. 31 CP español se refiere a sujetos que, sin una relación de representación voluntaria con la persona jurídica, actúan «en nombre» de la entidad, lo que puede comprender algunos otros casos de apoderamiento fáctico. Ahora bien, este apoderamiento fáctico debe ser compatible con la idea que tratan de expresar las nociones doctrinales de «dominio social» o de «acceso a la posición». Esto, que no se da en los casos de instrumentalización circunstancial de los administradores —por lo demás, excluidos del tenor del art. 31 CP—, tampoco concurre en las actuaciones singulares generadas en virtud de un encargo. Ahora bien, cabe discutir si es posible apreciarla en el caso de los directivos que gestionan de modo prolongado en el tiempo el sector de actividad en el que se ha producido la conducta delictiva. El ejemplo más relevante puede ser el de los directivos sectoriales

---

[46] Sin embargo, esto no puede ser generalizado a todos los casos de «instrumento doloso no cualificado»: *Bolea Bardon* (2000), 440-441; *Gómez Martín*, LH Cobo del Rosal, 2005, 435.

[47] STS 606/2010, 25 de junio. En sentido contrario, la antigua STS 431/1997, de 24 de marzo, que había adoptado un puro criterio de dominio funcional. Así: «La persona jurídica, siempre, por definición, por la realidad de las cosas, ha de actuar a través de personas físicas. En el Derecho penal lo que interesa es quien actúa realmente, qué persona despliega el comportamiento. Se atienda en consecuencia a los miembros de los órganos de dirección o personas físicas que poseen expresa y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desenvuelto la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamiento, determinando como base para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción, o cooperación del delito concreto cometido. Esas personas físicas podrán ser el administrador, un directivo, el gerente, quien de hecho lleve la gestión de una parcela concreta de la sociedad, etc.».

de las filiales de empresas multinacionales, que dirigen su ámbito de competencia sin dependencia de los administradores o directores generales de la mencionada filial, sino de modo coordinado con el correspondiente director sectorial de la matriz o subordinado a este último.

4.4. La conducta realizada por el administrador —*intraneus* por transferencia—

38 Un supuesto discutible es aquel en que el sujeto a quien cabe atribuir la condición de autor en virtud del art. 31 CP español no realiza ninguna conducta ejecutiva activa. Este es el caso, por ejemplo, del administrador de hecho o de derecho que imparte una orden que a su vez redunda en la comisión de un delito cuyo *intraneus* es la persona jurídica y, por transferencia en virtud del art. 31 CP español, el referido administrador. En este caso, el inferior jerárquico que cumple la orden no realiza el tipo objetivo del delito por falta de las cualidades propias del autor. Por lo tanto, el administrador no puede responder de modo accesorio, ni a título de inductor ni de cooperador necesario. Además, tampoco puede ser reputado autor mediato, pues el subordinado es un sujeto responsable.[48] Esta situación se esgrime en ocasiones para sostener lo ineludible de apreciar, en el ámbito de las empresas, conductas de autoría de quienes solo intervienen en la fase preparatoria del delito. Sin embargo, ello no es preciso. El delito, que se prepara mediante la orden del superior, entra en la fase de tentativa en el momento en que aquel omite revocar la orden cuando el inferior comienza a ejecutarla. Por su parte, el inferior —si su conducta no es neutra— debe ser calificado de cooperador necesario. En definitiva, lo que determina que la conducta del superior sea calificada de autoría no es el mero dictado de la orden, sino su no revocación en el momento en que el subordinado inicia la ejecución. En este segundo momento es cuando empieza la tentativa para ambos —administrador y subordinado—.

4.5. La relación entre las cláusulas de actuar en lugar de otro y las de comisión por omisión

39 Un sector doctrinal español —con base en ciertas posiciones sostenidas en Alemania— considera que a la regulación legal del actuar en lugar de otro (art. 31 CP español) y a la de la comisión por omisión (art. 11 CP español) les subyace una misma estructura.[49] Sobre esta base, afirma que en ambos casos el criterio rector de la autoría es la asunción del dominio sobre un ámbito de riesgo, lo que, en el supuesto del art. 31 CP español —y de preceptos análogos en otros países— se concretaría en el dominio «social» sobre la empresa. A

[48] Salvo si se acoge la doctrina de los aparatos organizados de poder, cuyos presupuestos son, por lo demás, de alcance limitado.

[49] *Schünemann*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 991 ss., 995 ss. *Cuello Contreras*, CPC 97 (2009), 19 ss.; *el mismo*, InDret, 1/2011, 1.

su juicio, por lo tanto, en los casos de realización por omisión de un delito especial basta con recurrir a la cláusula de la comisión por omisión, sin que sea preciso recurrir a la del art. 31 CP español. Sin embargo, el art. 31 CP español no se extiende a todas aquellas personas que «dominan la causa del resultado», es decir, que han asumido *de facto* el control de un foco de riesgo dentro de la empresa. Por el contrario, en su interpretación jurisprudencial solo se extiende a aquellas que ostentan la posición de administrador de hecho de toda la empresa. Ahora bien, aunque la interpretación del texto se extendiera a todas las posibilidades de su tenor literal, este no podría ir más allá de relaciones de apoderamiento fáctico dotadas de permanencia. Esto es bastante más de lo que requiere el art. 11 CP español para la imputación de la autoría de un delito común por omisión, puesto que para esta última basta con la asunción circunstancial del control de un foco de riesgo. Por lo tanto, los sujetos que pueden cometer por omisión un delito de empresa, si este es común, no adquieren por eso la condición de *intranei* por transferencia si el delito es especial.

III. LOS PROBLEMAS DE LA PARTICIPACIÓN DE *EXTRANEI* EN DELITOS ESPECIALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Planteamiento

40 Como se ha indicado, no es razonable excluir la participación punible de *extranei* en los delitos especiales que se consideran «de deber».[50] En efecto, en el marco del modelo de autoría y participación delictivas propuesto en esta obra, es preciso sostener que, incluso en los contextos institucionales, la protección de los bienes jurídicos requiere que se den las normas principales dirigidas a los *intranei* y también normas derivadas para los *extranei* (*cfr. supra* capítulo 16/17 ss.).[51] Así, por un lado, las conductas de los *extranei* infringen tales normas derivadas de la norma principal. Por otro lado, tales comportamientos realizan un tipo que se construye con base en el tipo respectivo de la Parte Especial y la regla de la participación, contenida en la Parte General.

41 Es cierto que, a primera vista, parece que en los delitos de (infracción de un) deber no tiene sentido pensar en una intervención accesoria de terceros. Sin embargo, tal primera impresión genera confusión. En primer lugar, es obvia la posibilidad de la inducción a cometer un delito especial de deber, igual que esa figura cabe en los delitos de omisión. Más aún, las diversas formas de inducción constituyen una forma paradigmática de intervención en delitos especiales de deber, corrompiendo al *intraneus*, como ponen de relieve la

[50] En este sentido *Sánchez-Vera* (2002); *Bacigalupo Saggese* (2007); *la misma*, LH Mir Puig, 2017, 444-445. Distinto, *Robles Planas* (2003), 242 ss.; *el mismo* (2007).

[51] *Silva Sánchez* (2015), 168-170; *Caro John* (2021), 345 ss.

dogmática de los delitos de los funcionarios públicos y la criminología en esta materia. En segundo lugar, es posible, por la misma razón, una cooperación moral —o motivacional—. Por ejemplo, mediante la promesa, la amenaza, o cualesquiera otras formas de refuerzo de la decisión delictiva.[52] En tercer lugar, es posible intervenir por omisión, mediante la no neutralización —por parte de un garante— de la conducta favorecedora del delito realizada por un partícipe activo. Incluso la no neutralización —por parte de un garante— de la conducta del propio *intraneus*, si es que ello no se reputa autoría, también puede ser constitutiva de participación.

En cambio, las formas de cooperación material en los delitos especiales de deber requieren uno de estos presupuestos: (i) que el delito especial de deber contenga en su descripción típica alguna dimensión activa-organizativa —que el delito sea mixto—; o (ii) que la modalidad concreta de realización del tipo de delito especial de deber discurra a través de una organización activa en la que sea posible intervenir en términos materiales activos; en concreto (iii), de modo que la cooperación se manifieste en un consejo técnico sobre cómo realizar el delito.[53] En efecto, una posibilidad es que ese modo concreto de organización se exprese legalmente como requisito general del tipo correspondiente. Así, cuando el tipo de delito exige realizar una conducta de «recibir», de «solicitar» o de «aceptar». Desde luego, estas conductas, a su vez, pueden precisar un favorecimiento activo. De hecho, en algunas redacciones legales se alude a realizarlas de modo directo o por persona interpuesta (art. 419 ss. CP español). Pues bien, la conducta del intermediario debe reputarse constitutiva de una cooperación material en el delito especial del funcionario público. Sin embargo, aunque la redacción legal del tipo no lo explicite, cabe que el modo concreto de realización delictiva, en la configuración fáctica elegida por el *intraneus*, lo admita. Por ejemplo, es constitutiva de participación en la prevaricación la conducta del particular que proporciona a un juez los argumentos para «vestir» la fundamentación jurídica de la sentencia injusta. 42

1.2. El principio de accesoriedad de la participación y los delitos especiales

Sin embargo, es cierto que la acogida por la doctrina dominante del principio de accesoriedad limitada en su variante objetivo-subjetiva puede impedir castigar al *extraneus* como partícipe. Así las cosas, el problema de la accesoriedad de la participación se suscita en todos los delitos especiales, incluidos los delitos especiales de deber. Pues bien, aquí procede simplemente aplicar a estas situaciones particulares lo que se ha sostenido de modo general. Por lo tanto, la accesoriedad no debe entenderse conforme a la concepción dominante media 43

[52] En esta línea, cabe pensar también en la promesa de un vigilante que se presta a interrumpir cualquier eventual curso salvador. En efecto, la promesa de interrupción de cursos salvadores constituye una forma de intervención en un delito de infracción de un deber.

[53] *Perini*, RTDPE 2003, 735, 740.

(o limitada) objetivo-subjetiva, que rechaza la participación punible cuando el autor obra justificadamente o en error. Tal construcción se muestra aquí especialmente impracticable desde una perspectiva material de merecimiento de pena. En efecto, cabe que el *intraneus* obre en error y que, sin embargo, sea razonable reputar partícipe a quien genera ese error —que no puede ser autor mediato—. Otro tanto sucede con cualquier *extraneus* que favorece el hecho del autor en error. Además, quien, mediante la provocación de una situación justificante, da lugar a que el *intraneus* obre de modo no antijurídico, también debe responder por una conducta de participación antijurídica y culpable en el hecho justificado. Así pues, como se ha sostenido de modo general, lo razonable es apreciar también aquí una accesoriedad mínima, es decir, orientada al tipo objetivo (*cfr. supra* capítulo 16/45).

44 Precisamente los casos de «instrumento cualificado en error» han desempeñado un papel decisivo en la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina españolas en materia de intervención delictiva. A este respecto, ya marcó un hito la STS 539/2003, de 30 de abril, en la que se condenó a un padre como inductor de trece delitos fiscales en las declaraciones de IRPF de sus hijos, quienes habían obrado sin dolo. Igualmente se ha sostenido la responsabilidad a título de cooperación necesaria o de inducción a la prevaricación de un *extraneus* que sabe que su intervención va a favorecer una resolución arbitraria del *intraneus*, aunque este último la dicte sin obrar «a sabiendas de su injusticia» (art. 404 CP español).[54]

1.3. Sobre la existencia de tipos de delito «mixtos»

45 La forma de tipificación de algunos delitos especiales pone de relieve que estos no son de posición. Sin embargo, tampoco son exclusivamente de infracción de un deber. En efecto, algunos tipos de delito requieren para su realización la infracción de un deber por parte de un *intraneus*, pero delimitan la conducta de este mediante elementos fácticos o jurídicos adicionales. En particular merecen atención aquellos que requieren, además de la infracción del deber, que el autor tenga alguna clase de intervención organizativa en el hecho. En su día califiqué a estos delitos especiales de «mixtos»,[55] poniendo como ejemplo singular de ellos a los delitos tributarios en la legislación española. En efecto, estos no solo requieren que el autor infrinja un deber tributario, sino que ello tenga lugar mediante la realización de conductas concretas en relación con el bien jurídico.[56] Por lo tanto, aunque mayoritariamente se

---

[54] SSTS 539/2003, de 30 de abril; 37/2006, de 25 enero; 1394/2009, de 25 de enero de 2010; 222/2010, de 4 de marzo; 606/2010, de 25 de junio; 222/2010, de 4 de marzo, aunque en este caso la absolución no se fundó en la ausencia de dolo típico, sino de conocimiento de la antijuridicidad (error de prohibición); 624/2013, de 27 de junio; 402/2019, de 12 de septiembre.

[55] Aunque la idea tiene múltiples raíces en planteamientos anteriores, *Silva Sánchez* (2005), 69. Próximos, *Martínez-Buján* (2019 b), 111 ss.; *Roso Cañadillas*, InDret 3/2019, 1 ss.

[56] STS 560/2020, de 29 de octubre: «son delitos de infracción de deber, que se atribuyen a aquellas personas que, por su posición de organigrama societario, tienen un específico deber de lealtad y

consideran delitos especiales de (infracción de un) deber, lo cierto es que requieren —salvo en el caso de la omisión de declaración— la realización de determinadas formas de conducta activa, con respecto a las que cabe la cooperación material.

46 En realidad, ningún delito especial puede reputarse un «delito de mera infracción de un deber extrapenal». En primer lugar, porque en los delitos de aparente infracción de un deber es necesario practicar una reducción teleológica de su alcance literal, para salvaguardar la vigencia del principio de lesividad. Ello implica (re-)construir una dimensión organizativa en la conducta del autor. En segundo lugar, en muchos de ellos, el tipo del delito requiere que el autor lleve a cabo una determinada conducta activa. Por tanto, la mera condición de *intraneus* no determina que el sujeto en cuestión sea siempre autor, salvo que esté claro que el tipo admite la comisión por omisión y sus presupuestos se puedan estimar concurrentes. Esto, que vale para los delitos especiales de deber, vale *a fortiori* para los delitos especiales de posición. En estos últimos, el *intraneus* debe realizar la conducta típica de autoría activa, salvo que el tipo admita la comisión por omisión. Pues bien, en todos estos casos la organización del autor *intraneus* constituye la base a la que es posible vincular una cooperación material punible. Así, por ejemplo, en el cohecho pasivo cabe que el funcionario público tenga que realizar una conducta organizativa de aproximación al particular; y en esa aproximación es obvio que puede ser ayudado por un particular «intermediario». Por poner otro ejemplo, en los delitos de malversación activa está igualmente claro que se realizan actos de organización, en los que obviamente puede participar un *extraneus*.[57]

47 Este planteamiento relativo al carácter «mixto» de la mayor parte de las realizaciones típicas, incluso de delitos considerados de «infracción de un deber», no coincide exactamente con el contenido del planteamiento finalista de que algunos delitos, además de dominio final del hecho, requieren la concurrencia de elementos personales especiales. Sin embargo, lo cierto es que converge con esta última en que ambas afirman la condición mixta de ciertos delitos, e incluso de la mayoría de las realizaciones típicas.[58] En efecto, cabe incluso considerar que el planteamiento de que la realización típica de delitos de infracción de un deber contiene elementos organizativos tiene un paralelo en el resto de los delitos. A saber, que, en ellos, aun cuando la conducta consista en la organización de un riesgo para un bien jurídico, se excluye la tipicidad cuando es posible negar la desaprobación jurídica de aquella creación de riesgo. Esto último, a su vez, tiene lugar cuando no se infringen determinados deberes.

---

transparencia en relación a la sociedad que representan, con la precisión de que, en nuestra doctrina casacional, para determinar la autoría en este tipo de delitos no basta con la infracción del deber, sino que también se requiere el dominio del hecho».

[57] *Silva Sánchez* (2005), 69 ss., 72.

[58] *Cuello Contreras*, InDret 1/2011, 1 ss.

2. LA INDUCCIÓN Y LA COOPERACIÓN NECESARIA DE LOS *EXTRANEI*

2.1. El desarrollo de la doctrina de la atenuación

48 La mayoría de la doctrina y toda la jurisprudencia han sostenido que los *extranei* que intervienen en un delito especial en calidad de inductores o cooperadores necesarios pueden recibir una atenuación de la pena. En la jurisprudencia española esta posición se consolidó ya en los años noventa del siglo XX, en el marco de la discusión sobre las formas de intervención en los delitos de funcionarios públicos. En efecto, en ese contexto, el Tribunal Supremo alcanzó dos conclusiones. Por un lado, entendió que los intervinientes carentes de la condición funcionarial podían participar en el mismo delito especial a título de inductores o de cooperadores. Por otro lado, añadió que el marco penal del tipo del delito especial, en el que incidía la infracción del deber personal del sujeto activo *intraneus*, no podía aplicarse sin más a personas carentes de esa cualidad. A su juicio, hacerlo vulneraría el principio de proporcionalidad.[59] En consecuencia, procedió a aplicar primero una atenuación simple, con base en la cláusula general de individualización —actual art. 66.1.6.ª CP español— y, luego, a aplicar la atenuante de análoga significación —el actual art. 21.7.ª CP español—, como simple e incluso como muy cualificada (*cfr. infra* capítulo 28/36).

49 El fundamento material de esta postura se relacionaba con la doctrina que, en el caso de los delitos especiales impropios, rechazaba (i) tanto la ruptura del título de imputación como (ii) la aplicación de la doctrina de la unidad del título de imputación sin matiz alguno. Según se ha indicado, lo primero (i) —que partía de considerar los delitos especiales impropios como delitos cualificados por la concurrencia de elementos personales— implicaba castigar por el delito común correspondiente a los *extranei* que participaban en un delito especial impropio. Por su parte, lo segundo (ii) —que partía de considerar los delitos especiales impropios como delitos cualificados por la concurrencia de un elemento objetivo— conllevaba castigar a los inductores y cooperadores *extranei* por el mismo delito especial y aplicarles el mismo marco penal abstracto que a los autores *intranei*. En el caso de los delitos especiales propios, lo primero resultaba especialmente drástico pues, al no existir el delito común correspondiente, la consecuencia era la impunidad de los partícipes.

50 La posición desarrollada por un amplio sector doctrinal y por la jurisprudencia es razonable. En efecto, no procede deconstruir los delitos especiales conforme a la teoría de las circunstancias y aplicarles las reglas acerca de la comunicabilidad de estas (art. 65.1 y 2 CP español). Por el contrario, en los delitos especiales el elemento agravante ya no es una circunstancia, sino que se «sustancializa». Además, lo hace conformando el injusto típico del delito, cuya realización es transmisible, al menos parcialmente, a los partícipes. Ahora bien, solo los *intranei* pueden realizar plenamente el desvalor del hecho

[59] SSTS de 14 de enero de 1994; 1312/1994, de 24 de junio; 274/1996, de 20 de mayo.

puesto que la dimensión de infracción del deber integrada en este no puede extenderse sin más a los *extranei*.

2.2. El art. 65.3 del Código penal español

Esta posición —si se quiere, intermedia— que inicialmente careció de cober- 51
tura legal explícita en España, pasó a tenerla con la entrada en vigor —en 2004— del art. 65.3 CP español, que establece la posibilidad de la rebaja de pena en un grado para los inductores y los cooperadores necesarios.[60] En concreto, el texto legal autoriza la atenuación facultativa de la pena cuando en ellos no concurran las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» del delito especial. Esta regla, que tiene su origen en disposiciones solo relativamente similares existentes en otras legislaciones, ha sido objeto de una intensa polémica doctrinal.[61] Y ciertamente debe reconocerse que su exégesis es compleja,[62] sobre todo si se pretende entender el término «culpabilidad» en el sentido de la categoría sistemática de la teoría del delito y no de un modo laxo, para aludir a la responsabilidad.

La acogida por el legislador de una cláusula de atenuación facultativa («los 52
jueces o tribunales podrán imponer») significa que en algunos delitos especiales la atenuación de la pena es obligatoria. En cambio, en otros delitos especiales no procede la atenuación; por lo tanto, en estos últimos lo obligatorio es no atenuar.[63] Así pues, el establecimiento legal de una fórmula de atenuación facultativa no significa que en un caso concreto el órgano judicial pueda atenuar o no atenuar según su libre arbitrio.[64] Ciertamente, la atenuación es facultativa si se contempla el género. Sin embargo, no es facultativa, sino obligatoria o prohibida, si se atiende a la especie. Para decidir cuál es la solución del caso concreto, el órgano judicial debe analizar previamente si este pertenece al subgrupo de supuestos que merecen la atenuación o al subgrupo de aquellos que no la merecen. Sentado esto, es decisivo que la jurisprudencia y, en su auxilio, la doctrina, determinen cómo componer ambos grupos de casos.

La conclusión favorable o contraria a la atenuación no puede adoptarse con 53
base en una valoración general de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.[65] En efecto, tales circunstancias deben considerarse al margen de la aplicación del art. 65.3 CP español, en el marco de la individualización de la pena correspondiente al hecho (art. 66 CP español). Así las cosas, no basta con la exigencia de que la decisión judicial de rebajar la pena en un grado o

---

[60] STS 494/2014, de 18 de junio.

[61] Es representativo el debate contenido en *Robles Planas* -ed.- (2014).

[62] *Rueda Martín* (2010), 5 ss.

[63] Distinta, *Rueda Martín* (2010), 117, 125, favorable a la atenuación del *extraneus* en todo caso. Con matices: *Rueda Martín*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1054 ss.

[64] Ya *Bierling* (1894), 80.

[65] Sin embargo, STS 1394/2009, de 25 de enero de 2010.

no hacerlo sea motivada. Sobre todo, es preciso que la motivación tenga lugar de acuerdo con la lógica de los delitos especiales. En este punto, la solución del Tribunal Supremo español, que opta por la atenuación salvo que el órgano judicial correspondiente haya motivado su improcedencia, es solo parcialmente correcta. Desde luego, esta doctrina tiene sentido desde un punto de vista favorable al reo, es decir, *pro libertate*. En parte, también lo tiene como recordatorio a los órganos judiciales del deber constitucional de motivación de sus resoluciones, pues desincentiva la adopción inmotivada de decisiones de no atenuar. Sin embargo, presenta el inconveniente de que incentiva la adopción de decisiones inmotivadas de atenuación. Sobre todo, es cuestionable que no avance en el sentido de establecer una doctrina sustantiva sobre cuya base los jueces y tribunales inferiores puedan motivar razonadamente la atenuación de la pena o el rechazo de esta.

2.3. El manejo de la regla legal

54 Desde una perspectiva como la acogida aquí, que parte de que los delitos especiales denominados «de deber» —así, por ejemplo, los tributarios o los de los funcionarios públicos— en realidad son mixtos, el régimen del art. 65.3 CP español resulta perfectamente asumible.[66] En efecto, el fundamento de la atenuación que establece es considerar, por un lado, que el cooperador favorece la actuación organizativa del *intraneus*; pero, por otro lado, que no puede participar plenamente de la dimensión de infracción de deber propia del delito especial.[67] Así pues, la atenuación de la pena del inductor y del cooperador necesario —o el rechazo de aquella— ha de relacionarse con el significado que se atribuye al hecho de que en tales intervinientes no concurran las «condiciones, cualidades o relaciones personales» del autor. En consecuencia, procede, en primer lugar, cuando el injusto específico del delito se halla vinculado a la infracción de un deber jurídico-público, que solo recae sobre la persona del autor; por ejemplo, en los delitos de los funcionarios públicos. Ciertamente, en algunos delitos contra la administración pública el legislador español equipara expresamente la pena de ciertos particulares —no todos— con la del funcionario. Sin embargo, ello responde a razones de criminología de la corrupción y no a consideraciones jurídico-dogmáticas. En segundo lugar, la atenuación también procede en el caso de los delitos tributarios y contra la seguridad social. En efecto, en la mayoría de estos el injusto se asienta sobre un deber jurídico-público especial —el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la propia capacidad económica— que además en España tiene rango constitucional (art. 31.1 CE). Por lo demás, en aque-

---

[66] *Silva Sánchez* (2005), 72-74; parcialmente distinto, *Peñaranda Ramos*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1419 ss. Radicalmente en contra, proponiendo una «inocuización» del texto legal, *Robles Planas* (2007), 121; *Robles Planas/Riggi*, InDret 4/2008, 22 ss., 24 ss.

[67] Parcialmente distinta, *Rueda Martín*, InDret 3/2018, 13 ss., desde la perspectiva del «dominio social».

llos delitos tributarios en los que se trata de otras posiciones jurídicas —por ejemplo, la de retenedor de cantidades a cuenta— estas responden a deberes de colaboración con el Estado específicamente impuestos en la legislación tributaria.

55 En cambio, es más discutible que proceda la atenuación de los inductores y los cooperadores necesarios cuando el fundamento del injusto específico del *intraneus* responde a la concurrencia en él de un deber jurídico-privado. Ciertamente, parece que existen todavía razones para atenuar la pena de los *extranei* en delitos como la gestión desleal, en los que el injusto puede fundarse en la lesión de un deber fiduciario con respecto a la persona cuyo patrimonio se gestiona (arts. 252 y 252 bis CP español). Sin embargo, ello no está tan claro en las insolvencias. Así, por ejemplo, es cierto que el punto de partida de los delitos de insolvencia es la regla de la responsabilidad patrimonial universal del deudor,[68] un deber que no alcanza a terceros. Ahora bien, en este caso no se trata de un deber personal —de lealtad con respecto al acreedor— que recae sobre el sujeto deudor, sino que lo determinante es que los bienes de este están sometidos a la mencionada responsabilidad universal. Por lo tanto, probablemente no hay razones para atenuar la pena de los inductores y cooperadores necesarios *extranei*. En cambio, el hipotético deber personal de lealtad del deudor sí pasa a definirse de modo más claro una vez que se ha generado una situación concursal. En fin, en los casos en los que la especialidad del delito viene dada por la condición de «fabricante» o «distribuidor» del *intraneus*, no parece que pueda hablarse de un injusto específico vinculado al hecho de ocupar un lugar en la cadena de suministro de bienes.[69] Así pues, probablemente en estos casos tampoco debería atenuarse la pena a los inductores y cooperadores necesarios.

56 Por lo demás, la regla del artículo art. 65.3 CP español debe aplicarse siempre a los delitos especiales impropios, de modo que con frecuencia sus efectos prácticos son análogos a los que produce la ruptura de la unidad del título de imputación. Así, por ejemplo, cuando un particular engaña a un funcionario público para que este cometa una falsedad en un documento oficial, la solución de castigar al particular *extraneus* como partícipe en el delito especial impropio con una atenuación (art. 390 en relación con el art. 65.3 CP español) y la de castigarle como autor mediato del delito común, mediante la instrumentalización del funcionario (art. 392 CP español) conducen a penas similares. Con todo, y según se ha indicado, aquí se opta por la primera solución, que es la única que salva la unidad del título de imputación y, con ello, la única que tiene en cuenta el factor de la instrumentalización sufrida por el funcionario público.

---

[68] Art. 1911 CC español: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

[69] Igualmente, en los casos de los delitos urbanísticos, en cuanto a las posiciones de constructor, promotor o técnico-director: *Robles Planas* (2007), 129.

3. EL CASO DEL CÓMPLICE

57 La literalidad de las reglas reguladoras de la participación, en su relación de generalidad y especialidad, establece que al cómplice en un delito especial solo se le puede rebajar la pena en un grado (art. 63 CP español). Sin embargo, ello es inconsistente en términos valorativos y debe ser corregido *praeter legem*. Así pues, una interpretación del sistema de participación en los delitos especiales conforme a los principios constitucionales de igualdad y de proporcionalidad debe dar como resultado la rebaja de la pena del cómplice en dos grados.[70] Ahora bien, ello vale únicamente para el caso de aquellos delitos especiales en los que previamente se ha estimado razonable rebajar la pena de los cooperadores necesarios en un grado. En tal caso, el rechazo de la rebaja de la pena de los cómplices en dos grados, con base en un argumento *a contrario* a partir del tenor literal del art. 65.3 CP español, conduciría a un trato igual de dos casos conceptualmente desiguales —las contribuciones constitutivas de cooperación necesaria y de complicidad—. Así pues, frente al argumento literal *a contrario* procede acoger aquí un argumento analógico *in bonam partem* que tiene un patente fundamento constitucional.

IV. OTRAS ESTRUCTURAS DELICTIVAS

1. LOS DELITOS ESPECIALES «DE DELIMITACIÓN NEGATIVA»

58 Los delitos especiales ordinarios se caracterizan por que la posición de autor se vincula a la concurrencia de determinadas «cualidades, condiciones o relaciones» positivas en el sujeto, al que —por este motivo— se denomina *intraneus*. En cambio, existen otros delitos especiales en los que la delimitación del círculo de autores tiene lugar de forma negativa. Así, la autoría viene dada por el hecho de que el sujeto precisamente no ostenta la condición, cualidad o relación que, de concurrir, legitimaría su acceso al bien jurídico. Por lo tanto, estos delitos no son comunes, sino especiales, pero con la peculiaridad de que quien los comete ha de ser precisamente un *extraneus* (un no-*intraneus*). Un claro ejemplo es el delito de intrusismo, pero de modo general se integran en este grupo todos aquellos tipos que caracterizan a su autor por «no estar legítimamente autorizado» a realizar una determinada actividad. La repercusión práctica de esta figura es que, si el *extraneus* realiza fácticamente la conducta típica, pero lo hace en el marco de la organización responsable —en términos normativos— de un *intraneus*, entonces el *extraneus* obra de modo atípico. Ello está claro en los casos en que tal *extraneus* recibe un concreto encargo de ejecución. En cambio, podría ser más difícil de aceptar si se tratara de una delegación que implicara la posibilidad de una actuación autorresponsable, aunque eso puede depender del sector de que se trate. Por lo demás, en algunos casos, la condición de *intraneus* —que, como se ha indicado, en estos delitos conlleva un acceso lícito al bien jurídico— concurre en una persona

[70] *Rueda Martín* (2010), 129-131; *Robles Planas* (2014), 315.

jurídica. Entonces se plantea, por un lado, la cuestión de cómo extender ese efecto de atipicidad a las personas físicas que obran en su marco y en las que, de entrada, la condición no concurre. Y, por otro, a qué personas concretas se extiende, a saber, si únicamente a los administradores o también a sus directivos y empleados. Entre otros ejemplos de delitos que responden a esta estructura, en la legislación española se cuentan los contenidos en los arts. 172, 202, 247, 359 y 403 CP.

2. LA CUESTIÓN DE LOS «DELITOS DE PROPIA MANO»

Los delitos de propia mano son aquellos que únicamente cabe cometer a través de la ejecución corporal de la conducta típica. Ello se atribuye a que su contenido de injusto viene dado por el desvalor moral asociado a la realización corporal directa. Así, son ejemplos usualmente citados de delitos de propia mano, allí donde estos existen, el incesto[71] o las relaciones sexuales con animales. En lo que hace a la teoría de la intervención, una consecuencia fundamental de su naturaleza sería la imposibilidad de la autoría mediata,[72] de la coautoría y de la comisión por omisión a título de autor. Ahora bien, lo cierto es que la existencia y el fundamento de su castigo son objeto de polémica tanto doctrinal como jurisprudencial.[73] En general, cabe constatar una tendencia creciente a negar su configuración como tales, reconduciéndolos a la categoría de delitos ordinarios de dominio del proceso ejecutivo, o bien de infracción del deber subyacente al tipo. En definitiva, ello conduce a la sanción de personas que no realizan corporalmente la conducta, aunque con resultados diversos en función de que el criterio acogido sea uno u otro. En efecto, la lógica del dominio permitiría imputar la autoría a quien domina el proceso ejecutivo, aunque no lo realice directamente. En cambio, la lógica de la infracción de un deber requeriría identificar si el citado deber existe en quien da lugar a la producción del hecho. **59**

En realidad, el problema histórico de los delitos de propia mano ha venido propiciado no solo por razones conceptuales acerca del concepto de delito, sino también por la defectuosa redacción de ciertos verbos típicos. Esta, al recurrir a verbos como «conducir» o «yacer», parecía oponerse a su realización en autoría mediata. De este modo, abría la cuestión interpretativa de si procede estimar autor a quien sin yacer domina el acceso carnal, o a quien sin conducir domina la conducción automovilística. En realidad, no faltaban razones literales para sostener que dicha extensión podía estimarse constitutiva de una analogía *in malam partem*. **60**

---

[71] Un caso académico, cuya ideación se atribuye a von Liszt, es el de la dueña de un burdel que provoca la relación sexual de un hombre con su hermana, ignorando estos la relación que les une. De este modo da lugar a la comisión de un acto de incesto, delictivo en Alemania.

[72] *Sánchez-Vera* (2004), 32.

[73] Críticos, desde perspectivas distintas, *Maqueda Abreu* (1992), 23 ss.; *Sánchez-Vera* (2004); *Gómez Rivero*, RP 18 (2006), 102 ss.; *Reyes Alvarado*, LH Berdugo, II, 2022, 360 ss.

V. LA INTERVENCIÓN POR OMISIÓN Y POR INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES

1. LA DOCTRINA GENERAL SOBRE LA INTERVENCIÓN POR OMISIÓN

1.1. Generalidades

61 Los delitos de comisión por omisión constituyen, en su estructura dogmática, una forma peculiar de «realización típica», que es posible en relación con tipos de delito tanto comunes como especiales. Además, desde la difusión de la doctrina formal del bien jurídico, una de sus concepciones más generalizadas ha sido la de entenderlos como delitos de infracción de un deber. Pues bien, la proyección de esta doctrina sobre el ámbito de la autoría y la participación se tradujo en la acogida de la tesis del denominado «concepto indiferenciado de omitente». En efecto, esta sostiene que todo aquel que infringe un deber de garante en relación con la evitación del resultado típico debe ser reputado autor del delito.[74] En realidad, sin embargo, tal construcción no es siempre fácilmente aplicable, sino que tropieza con dificultades de intensidad diversa en función de los grupos de casos a los que se aplique. Así, en aquellos en los que el proceso lesivo tiene un origen no humano se da una estructura puramente resultativa, de modo que el omitente garante puede ser considerado «autor único» de modo relativamente poco problemático. En cambio, en los casos en los que el proceso lesivo tiene su origen en una conducta humana, las dificultades aumentan.[75]

1.2. Los problemas del «concepto indiferenciado de omitente»

62 Ciertamente, la puesta en relación del concepto indiferenciado de omitente con la no evitación de delitos comisivos activos ha suscitado problemas de difícil solución. Así, desde una perspectiva de legalidad, se da el caso (i) de los tipos que no son susceptibles de ser realizados, a título de autor, en comisión por omisión. Por otro lado, y desde la perspectiva de la coordinación con el delito de comisión activa, se plantean (ii) aquellas situaciones en las que el omitente ha intervenido previamente de modo activo en el hecho. En fin, aunque con menor nivel de problematicidad, se suscita el problema axiológico (iii) de la distinción entre omisiones de mayor y de menor gravedad. Todos ellos fueron esgrimidos por la doctrina más tradicional, que —en oposición al concepto indiferenciado— consideraba que el garante que favorece por omisión la realización de una conducta de comisión activa debe ser considerado partícipe en este último delito.[76] Por cierto, esta última solución había sido la acogida

---

[74] *Arm. Kaufmann* (1959), 291 ss.; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 201 ss., 213; *Roxin*, AT, II, 2003, 31/65, 31/140 ss.; con matices, *Becker*, HRRS 6 (2009), 247-248.

[75] *Risicato*, RIDPP 1995, 1279; *Gargani* (2022), 33 ss., 52 ss.

[76] *Luzón Peña*, PJ 2 (1986), 73 ss.; *Huerta Tocildo* (1987), 59 n. 162.; *Sánchez-Vera*, ADPCP 1995, 187 ss.; *Robles Planas* (2007), 38 ss.; *Mosenheuer* (2009), 172 ss.; *Haas*, ZIS 2011, 395 ss. En esta línea habían argumentado otros autores alemanes anteriores como, en particular, Gallas, Bockelmann o Jescheck.

tradicionalmente en España. Es más, la figura omisiva más reiteradamente utilizada por la jurisprudencia había sido, en concreto, la de la «complicidad por omisión», en relación con la conducta delictiva activa de un tercero.

Así las cosas, la doctrina del concepto indiferenciado de omitente tuvo que admitir que, excepcionalmente, (i) la autoría en comisión por omisión debe ser excluida cuando la redacción del tipo de que se trate —como delito de medios determinados, de propia mano, o como delito de infracción de deberes altamente personales o de determinada tendencia subjetiva— impide tal construcción. Expresado de otro modo, y de conformidad con el vigente art. 11 CP español, la posibilidad de una autoría en comisión por omisión se tiene que excluir cuando la omisión no puede equivaler nunca a la comisión activa según el sentido del texto de la ley. Así, por ejemplo, el sujeto en posición de garante que no impide un robo con violencia, o la violación sexual de una persona, no puede ser reputado autor, en comisión por omisión, de aquel robo o de la violación. **63**

Como se ha indicado, también eran problemáticos los casos (ii) en los que el sujeto, tras cooperar de modo activo y doloso a una conducta de autor en comisión activa, omite dolosamente evitar el resultado lesivo. En efecto, de conformidad con la doctrina del actuar precedente peligroso —o de la injerencia— aquel se convertiría en autor en comisión por omisión siempre que hubiera dispuesto de la capacidad de evitar el resultado. Sin embargo, parece absurdo que lo menos —no impedir el hecho tras haber contribuido a él— dé lugar a una mayor responsabilidad (a título de autor) que lo más —contribuir activamente a él— (participación). Por lo tanto, en estos casos debe prevalecer la participación en comisión activa, lo que implica que el contenido del deber de garante del sujeto se reduce a desactivar su contribución como partícipe. **64**

En fin, el tercer problema —el de la cuantificación de las omisiones— desde luego podía ser resuelto en el marco del modelo indiferenciado, atendiendo a la diversa intensidad de los deberes.[77] En efecto, si se admite que existen deberes de garante de diferente intensidad y con objetos distintos de referencia, cabe establecer diferencias de pena aun partiendo de que todos los garantes son autores del delito no impedido. Sin embargo, ello tampoco se opone, desde luego, a un modelo alternativo. Por ejemplo, a uno que distinga entre realizar una conducta de autor por omisión y el de favorecer por omisión la conducta de autor de otro. **65**

1.3. Las propuestas diferenciadoras del último tercio del siglo XX

A lo largo del último tercio del siglo XX se consolidaron varias posiciones doctrinales que, para los casos en los que un garante no neutraliza la conducta delictiva activa de un tercero, distinguen entre posiciones de garante que **66**

[77] En contra, *Roxin*, AT, II, 2003, 31/161.

permiten sostener una autoría del omitente y aquellas otras que dan lugar a su caracterización como partícipe. Así, se apunta que, si el garante lo es por la función de protección de un bien jurídico, su omisión debe ser calificada como una conducta de autoría —siempre con el límite de que el delito no impedido pueda cometerse por omisión—. En cambio, si el garante lo es en virtud de la función de control de una fuente de peligro, la omisión debería ser caracterizada como constitutiva de participación.[78] Una construcción relativamente próxima a estas últimas es la que distingue entre posiciones de garantía por responsabilidad institucional, que darían lugar a autoría, y por responsabilidad organizativa, que darían lugar solo a participación.[79]

67 Estas distinciones parecen responder a la idea de que, en las posiciones de garante de protección, la conducta tiene autonomía significativa, en virtud de la conexión directa existente entre el garante y el bien jurídico. En cambio, en las posiciones de garante de control, existe dependencia significativa con respecto a la conducta que crea el riesgo —a su vez, objeto de control— para el bien jurídico. Ahora bien, lo cierto es que en este último caso la construcción de una «participación por omisión» en el correspondiente hecho comisivo activo requiere establecer —como en todos los demás casos— una relación de dependencia o accesoriedad de la omisión con respecto a la comisión activa. Esta última, por su parte, exige advertir en la omisión no la mera no evitación del resultado lesivo, sino precisamente la no neutralización de la conducta del autor del delito comisivo.

2. UNA PROPUESTA DIFERENCIADORA DISTINTA

2.1. Planteamiento

68 En esta obra se parte de que la comisión por omisión, además de la concurrencia de una posición de garante en el sujeto omitente, requiere una identidad estructural y material de su omisión con la correspondiente comisión activa (*cfr. supra* capítulo 11/47). Esta concepción, que tiene una sólida base dogmática, resulta asimismo obligada en el marco de la legislación penal vigente en España. En efecto, el art. 11 CP español requiere que la infracción del deber de garante equivalga a la comisión activa según el sentido del texto de la ley. Pues bien, en este marco parece razonable distinguir entre las omisiones de garante idénticas a la realización típica a título de autor en comisión activa y aquellas que no lo son. A su vez, las omisiones de garante que no son estructuralmente equivalentes a la comisión activa de un autor, según el texto de la ley, pueden ser: (i) estructuralmente idénticas a la comisión activa de un partícipe; o bien (ii) no estructuralmente idénticas a la comisión activa

---

[78] *Schünemann* (1971), 377-378; *Herzberg* (1972), 259 ss.

[79] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 29/28 ss., 29/101 ss.: garantes por «responsabilidad organizativa» (con base en deberes de aseguramiento del tráfico, por injerencia o por asunción) y por «responsabilidad institucional» (con base en un contrato, relaciones familiares o deberes de funcionarios públicos).

de autoría ni tampoco a la de participación. Estas últimas son las que aquí se han denominado de modo reiterado «omisiones de garante» u «omisiones de gravedad intermedia», cuyo principal problema es un importante déficit de tipificación, que obliga a soluciones de compromiso (*cfr. supra* capítulo 11/132).

2.2. Las omisiones estructuralmente idénticas a la autoría comisiva activa

69 Sentado lo anterior, deben reputarse estructuralmente idénticas a la autoría comisiva activa aquellas omisiones en las que el garante puede acceder a la realización típica. Esto, a su vez, exige cumplir dos requisitos. Por un lado, que (i) el compromiso de garante tenga por objeto el control de la relevancia típica del riesgo, es decir, el fenómeno natural o la conducta humana que constituye uno de los riesgos directos o principales de lesión del bien jurídico.[80] Y, por otro, (ii) que el tipo de delito del que se trate pueda realizarse en comisión por omisión. Sin embargo, ello no debe conducir a apreciar una coautoría entre el sujeto que realiza la conducta comisiva activa y el garante que no la impide. Ciertamente, dos o más sujetos pueden elaborar el plan de un delito, articulando la concurrencia de una comisión activa y una comisión por omisión —por ejemplo, en virtud de un acuerdo entre un sicario y el guardaespaldas de la víctima—. Sin embargo, en tales casos cada uno de los intervinientes accede al tipo sin necesidad de construir un sentido conjunto de sus conductas. Desde luego, el plan delictivo es conjunto; pero la noción de «plan conjunto» describe una realidad más amplia que el «sentido típico conjunto». Por tanto, entre quien comete activamente el delito y el garante que no lo impide, aunque ambos se hayan puesto de acuerdo para obrar así, lo razonable no es afirmar la existencia de una coautoría, sino de una «autoría paralela».[81]

2.3. Las omisiones estructuralmente idénticas a la participación comisiva activa

70 En cambio, otras omisiones no pueden considerarse idénticas a la autoría comisiva activa, sino, en su caso, solo a la participación comisiva activa. Estas son, en primer lugar, (i) aquellas en las que el objeto del compromiso previo del garante se refiere al control de otros factores secundarios —instrumentos o medios del delito— determinantes de la producción del resultado lesivo, o bien al de otras contribuciones humanas activas distintas de la del autor.[82] En

---

[80] Próximo, *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620. Parcialmente distinto, *Luzón Peña*, LH Díez Ripollés, 2023, 861 ss., con base en su criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho.

[81] *Robles Planas* (2007), 72; *el mismo*, InDret, 2/2012, 17 n. 41.

[82] *Luzón Peña*, PJ 2 (1986), 73 ss.; *Silva Sánchez*, CPC 38 (1989), 389-390; *el mismo* (1997), 76; *Dopico Gómez-Aller* (2006), 757 ss.; *Robles Planas* (2007), 71 ss.; *Portilla Contreras*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1535.

segundo lugar, (ii) aquellas en las que, aun cuando el compromiso del garante tenga por objeto el riesgo principal, su omisión no puede realizar el tipo. Ello puede suceder, como se ha indicado, en los tipos de delito que requieren elementos especiales de autoría, medios determinados, determinados elementos subjetivos, o son de propia mano. Por ejemplo, en el robo con violencia. En efecto, la omisión de impedir tal delito por parte de un garante no puede reputarse constitutiva de autoría por omisión.

71 Un problema adicional es que, en algunos de estos casos, cabe que tampoco sea posible vincular la omisión de modo accesorio con la comisión activa. Ciertamente, en algunas variantes la omisión puede ser calificada de participación, pues favorece la simultánea o posterior realización de la conducta activa del autor. Sin embargo, si la omisión es posterior en el tiempo a la realización de la conducta de comisión activa, por razones (crono-)lógicas no la puede favorecer materialmente. Esto vale para el caso del garante que, pudiendo actuar solo una vez que los atracadores ya han realizado todas las conductas ejecutivas del delito, no impide su consumación. En efecto, este no es autor paralelo de un robo con violencia, pero tampoco partícipe en él, puesto que no ha favorecido ninguna conducta de autoría, sino que sencillamente no ha impedido la consumación. En estos casos, sentado que no cabe la autoría y tampoco cabe construir una participación material, no se dan muchas opciones de fundamentación del castigo. Una es considerar constitutiva de participación la previa promesa de la posterior omisión, si es que tal promesa se da. Sin embargo, esta ya es una conducta activa de favorecimiento psíquico o motivacional. Esto genera un problema cuando el garante se limita a no impedir la consumación de un delito del que no puede ser autor, y lo hace además de modo unilateral, esto es, sin ninguna conexión previa con quienes han cometido el delito de modo activo. Como se advierte, este es un caso de omisión de gravedad intermedia, en el que un garante no impide la consumación de un delito del que no puede ser autor ni partícipe.

3. ALGUNOS ARGUMENTOS EN RELACIÓN CON OTRAS PROPUESTAS

3.1. La distinción entre seguridad y solo posibilidad de evitación del resultado

72 Una posición ampliamente difundida, de origen alemán, es la que considera que debe apreciarse una «complicidad» por omisión cuando el objeto del deber de garante es la «disminución del riesgo» del hecho principal.[83] Así pues, se reputa cómplice —y no autor— a quien no puede impedir, pero sí dificultar, y omite realizar una conducta de obstaculización del curso que conduce al resultado. Esta posición ha sido acogida en ocasiones por el Tri-

[83] Con matices diversos, *López Peregrín* (1997), 345 ss.; *Portilla Contreras*, LH Torío López, 1999, 465; *Murmann*, FS Beulke, 2015, 194-195.

bunal Supremo español. Así, este último señala que «comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable».[84]

73 Sin embargo, el problema es que esta posición mezcla la perspectiva causal *ex post* con la perspectiva de la desaprobación de la conducta *ex ante*. En efecto, desde un punto de vista *ex ante*, lo decisivo para calificar una conducta como comportamiento desaprobado de omisión es que exista alguna posibilidad de actuar en evitación del resultado. Sentado esto, la distinción entre formas de intervención se produce, como se ha expuesto, en función de si aquello contra lo que no se ha intervenido era un riesgo directo o un riesgo contributivo. Por lo tanto, quien omite intervenir frente a un riesgo directo existiendo una posibilidad *ex ante* de neutralización, por mínima que sea, debe ser reputado autor en comisión por omisión (*cfr. supra* capítulo 11/72). En cambio, desde el punto de vista *ex post*, en orden a la imputación objetiva del resultado, sí se puede optar entre la acogida de doctrinas que requieren la evitabilidad segura del resultado u otras que se conforman con la disminución de oportunidades para el bien jurídico (*cfr. supra* capítulo 14/173). Si solo se puede advertir una disminución de oportunidades, es razonable apreciar una atenuación de la pena, lo que debería conducir a una solución que, en términos penológicos, no es distinta de la propia de la complicidad. Pero no se trata de un caso de complicidad. Esta última, al igual que la cooperación necesaria, requiere que el objeto del compromiso del garante no sea el riesgo principal, sino una contribución secundaria a este. Una cuestión adicional es que la intervención neutralizadora, *ex ante* posible, plantee problemas de exigibilidad. En efecto, el Tribunal Supremo español se ha servido de la complicidad por omisión para calificar las omisiones de las madres que no evitan el maltrato de sus hijos por parte del compañero sentimental de aquellas. En estos casos, puede darse una atenuación adicional de la culpabilidad.

3.2. La supuesta posibilidad de una participación por omisión sin ostentar una posición de garante

74 Un sector de la doctrina admite la posibilidad de que un sujeto que no ostenta una posición de garante realice una conducta de participación por omisión. Así, en primer lugar, cuando el sujeto tiene un deber especial de actuar, pero este no es de garante. Así, por ejemplo, se afirma que el titular de un local en el que se trafica con drogas sería partícipe en el delito, pese a no

[84] STS 482/2017, de 28 junio.

ser garante de la evitación del hecho.[85] En segundo lugar, cuando un sujeto con ánimo de favorecer un delito omite la realización de una conducta que ordinariamente lleva a cabo, lo que produce realmente un efecto favorecedor de aquel. El ejemplo más citado es el de quien no cierra la valla que usualmente cerraba a una hora determinada, dejando así que un tercero pase por su jardín para agredir al vecino. Lo cierto es que, en ninguno de los dos casos procede advertir una conducta jurídicamente desaprobada de omisión equivalente ni a la autoría ni a la participación en comisión activa.

4. OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL CONTEXTO DE LOS DELITOS DE OMISIÓN

4.1. La articulación de omisiones de diversos garantes

75 La coautoría entre dos omitentes, cada uno de los cuales infringe su deber de garante, aunque lo hagan de acuerdo, tampoco es fácil de construir.[86] Por tanto, salvo en el caso de que el deber infringido sea único para los dos,[87] lo razonable es recurrir de nuevo a la opción de la autoría paralela. En fin, la cooperación por omisión a una conducta de autoría en comisión por omisión no solo requiere que esta sea estructuralmente equivalente a la realización activa del tipo de la Parte Especial y aquella, a la cooperación activa.[88] Además, como se ha indicado, es preciso que esta última omisión favorezca a la primera, es decir, sea accesoria de ella.[89]

4.2. La cooperación activa a un delito de omisión

76 La doctrina tradicional sostiene que no es posible la cooperación activa a un delito de omisión. Sin embargo, en realidad sí es concebible. Ciertamente, resulta difícil apreciar una cooperación activa material a un delito de omisión. En cambio, cabe imaginar todos los casos que se quiera de inducción y de cooperación psíquica (o motivacional) a un delito de omisión. En este punto, los autores finalistas habían calificado la inducción a omitir como «interrupción de un curso salvador ajeno». Sin embargo, ya se ha indicado que ello no puede admitirse. Por un lado, la propuesta resulta demasiado indiferenciada, pues equipara cursos salvadores en ejecución y aquellos que ni siquiera han salido de la mente del hipotético salvador (*cfr. supra* capítulo 11/176). Por otro lado,

---

[85] Sin embargo, el art. 36.19 de la Ley española 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana la califica de infracción administrativa grave: «La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos».

[86] *Mosenheuer* (2009), 135 ss.

[87] *Dencker* (1996), 173; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 15/25.

[88] *López Peregrín* (1997), 349.

[89] Otras variantes en *Gargani* (2022), 187 ss.

en términos prácticos, plantea el problema de que la inducción a una omisión de socorro tendría que reputarse constitutiva de homicidio por interrupción de un curso salvador. Ello quiebra toda la lógica de la accesoriedad.

4.3. La autoría y la participación en la interrupción de cursos salvadores

La intervención del vigilante que pasa a actuar «impidiendo que otros impi- 77
dan» la consumación del delito constituye la interrupción de un curso causal salvador. Sin embargo, esta no siempre puede calificarse como una forma de favorecimiento accesorio de la conducta del autor. En efecto, si se produce con posterioridad a la ejecución de esta última, solo puede constituir un título autónomo de realización del tipo si es que este lo admite. Como puede observarse, tal intervención posterior no favorece la conducta del autor. Sentado esto, el hecho de que favorezca su plan o la producción del resultado pretendido por aquel no puede determinar su calificación como participación material. Por tanto, a estos efectos lo relevante es solo la previa promesa o, incluso, el previo conocimiento por parte del autor de que se va a llevar a cabo, que redundan en un favorecimiento psíquico de la conducta de autoría.

Por lo demás, procede distinguir entre la conducta de interrupción de un 78
curso salvador y la conducta de ayudar a otro a que interrumpa dicho curso causal. A su vez, es necesario distinguir entre esta última conducta de favorecimiento de la interrupción de un curso salvador y la conducta de interrupción de un curso de favorecimiento accesorio de un curso salvador principal. Así, debe distinguirse (i) la conducta de quien informa de que viene un tercero para inyectar un antídoto a la víctima de una mordedura de serpiente, a fin de que otro impida la inyección; (ii) y la de quien impide que alguien vaya a buscar el antídoto para traérselo, a su vez, al médico que lo ha de inyectar. Cuestión distinta es que ambas merezcan un tratamiento jurídico similar.

4.4. Algunos supuestos de omisión en el marco de estructuras jerárquicas

4.4.1. Las omisiones del superior

La orden impartida por un superior al inferior que ostenta una posición 79
de garante para que omita actuar todavía no es la interrupción de un curso salvador ajeno, pues esta última estructura requiere una exteriorización de la conducta salvadora, como mínimo en fase preparatoria. Por el contrario, constituye una conducta de inducción a una comisión por omisión. Ahora bien, esta puede llegar a reputarse constitutiva de una autoría mediata —por el deber de obediencia del inferior—, siempre y cuando el superior reúna las condiciones de autoría del delito correspondiente. En cambio, la orden impartida por el superior a un inferior jerárquico, a fin de que este desista de actuar, cuando ya ha empezado a cumplir el mandato, sí es la interrupción de un curso salvador. Por lo demás, si el curso principal no es natural, sino delic-

tivo, la orden del garante —en ambas variantes— constituye una participación en el hecho principal. El caso es, pues, idéntico al supuesto más sencillo de un partícipe activo que luego no impide el resultado.

80 El superior jerárquico que, de modo contrario a su deber de garante, no proporciona a un subordinado los medios —informaciones, instrumentos— para que este cumpla su propio deber de garante puede ser reputado autor mediato por omisión. En efecto, el caso parece estructuralmente idéntico a aquel en el que el superior proporciona informaciones falsas a su subordinado. En ambos casos el sujeto de detrás es responsable de la falta de capacidad del sujeto de delante para realizar una conducta idónea de neutralización del riesgo. Ahora bien, en la medida en que la conducta de quien «omite» sin capacidad de actuar no puede ser reputada una auténtica omisión típica, más bien parece darse el caso de instrumento que actúa atípicamente. En tal caso puede afirmarse la concurrencia de una autoría directa por omisión. En fin, la conducta del superior consistente en no impedir la realización de la conducta delictiva por parte del subordinado puede calificarse de participación o de autoría en función de la configuración del caso.[90] En concreto, puede ser reputado autor si se halla en condiciones de neutralizar directamente la conducta delictiva principal; en cambio debe ser reputado partícipe si solo puede neutralizar un riesgo secundario.

4.4.2. Las omisiones del subordinado

81 Es posible que un subordinado instrumentalice dolosa o imprudentemente a su superior jerárquico no proporcionándole las informaciones que necesita para adoptar las decisiones adecuadas de control de riesgos. En tal caso, intuitivamente se tiende a afirmar la concurrencia de una autoría mediata por omisión.[91] Sin embargo, el problema es que, con frecuencia, podría tratarse de la autoría mediata de un *extraneus,* que no cabe admitir. Por lo tanto, en casos así puede ser necesario reconstruir su responsabilidad a título de participación. Sin embargo, el problema es que tampoco se cumple el requisito de la tipicidad objetiva de la conducta principal, puesto que el superior al que se priva de la información carece de la capacidad de evitación. Una forma de afrontar el problema es advertir que, en todo caso, la constatación de una intervención punible por omisión requiere la concurrencia de una posición de garante en el sujeto que omite. En concreto, una posición de garante relativa al suministro de información fáctica o técnica, de modo que pueda afirmarse que es un «garante de información». Pues bien, si un garante de información no se la proporciona al garante de evitación, puede sostenerse que está asumiendo la evitación directa del resultado por un «omitir precedente» (art. 11 CP español). Ello permite calificar su conducta de autoría mediata.

---

[90] *Mosenheuer* (2009), 189 ss., 195-196.

[91] En contra de la autoría mediata por omisión, *Mosenheuer* (2009), 116 ss., 121 ss.

VI. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN POR IMPRUDENCIA ACTIVA U OMISIVA

1. GENERALIDADES

82 La doctrina finalista del delito había sostenido que los conceptos de «inducir» y «ayudar» son finales, de modo que resultan ontológicamente incompatibles con los delitos imprudentes. Pues bien, ciertamente ambos son conceptos finales-teleológicos. Sin embargo, esto no tiene nada que ver con si el sujeto que ayuda o induce a otro a realizar una conducta sabe que ésta realiza un tipo de delito, o no lo sabe. Por lo tanto, en absoluto son incompatibles con la imprudencia como título de imputación subjetiva. Sea como fuere, la concepción finalista fue incorporada a la legislación positiva alemana en 1975,[92] lo que dio lugar a la acogida del concepto unitario de autor como doctrina mayoritaria en los delitos imprudentes.[93] Es decir, a la calificación como autor de todo aquel que infringe un deber de cuidado que redunda en la producción del resultado lesivo. Desde luego, ello determina la impunidad de la participación imprudente, como tal, en Alemania. Sin embargo, esta afirmación no debe malinterpretarse, puesto que tal construcción legal no obsta a que tales partícipes puedan ser calificados de autores imprudentes conforme a la mencionada doctrina unitaria. En cambio, en España la doctrina dominante se muestra a favor de la diferenciación de autores y partícipes, y de la acogida de un concepto restrictivo de autor también en los delitos imprudentes.[94] En Italia, la legislación tampoco se opone a una intervención imprudente.[95] Asimismo, un amplio sector de la doctrina alemana acoge dicha diferenciación, con la consecuencia —en su sistema legal, distinto del español— de que la participación imprudente tenga que quedar impune.[96]

2. LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ACTIVOS IMPRUDENTES

2.1. Generalidades

83 La consideración del problema de la intervención de varios sujetos en un delito imprudente requiere distinguir tres situaciones: (i) el interviniente

---

[92] *Robles Planas*, RDPC 6 (2000), 224 ss.

[93] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 113; *Roxin*, AT, II, 2003, 25/8; *Gómez Benítez*, ADPCP 1984, 123 ss.; *Cerezo Mir*, PG, 2008, 955 ss. En contra, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 16/112; *Lesch* (1995), 78 ss.

[94] *Luzón Peña*, ADPCP 1989, 889 ss.; *Silva Sánchez* (1997), 108; *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 319 ss.; *Pérez Manzano* (1999), 64 ss.; *Roso Cañadillas* (2002), 305 ss.; *Sánchez Lázaro* (2004), 463 ss.; *González Lillo*, RECPC 24 (2022), 1 ss.

[95] Art. 116 CP italiano: «Cuando el delito cometido sea distinto del querido por alguno de los intervinientes, este responde también, si el resultado es consecuencia de su acción u omisión. Si el delito cometido es más grave que el querido, la pena se atenúa respecto a quien quiere el delito menos grave».

[96] *Renzikowski* (1997), 211 ss., 259 ss.; *van Weezel* (2004).

imprudente en un delito doloso; (ii) el interviniente imprudente en un delito imprudente; y (iii) el interviniente doloso en un delito imprudente. Como se advierte, solo la primera y la segunda son de intervención por imprudencia. Pues bien, el modelo de intervención delictiva acogido en esta obra parte de la perspectiva *ex ante*. Así, subraya que la infracción de la norma de conducta es autónoma para cada interviniente y de que la accesoriedad de la participación es mínima —a la realización del tipo objetivo por parte del autor—. Sobre esta base, buena parte de los problemas que aquejan a la doctrina de la intervención en los delitos imprudentes pierden entidad. En efecto, la participación imprudente, tanto si es a un hecho principal doloso como si es a un hecho principal imprudente, es, sencillamente una «conducta de participación», que se le imputa al sujeto a título de imprudencia. Por su parte, la participación dolosa, tanto si es a un hecho doloso como si se refiere a un hecho principal imprudente, es una conducta de participación que se imputa a quien la realiza a título de dolo. En efecto, como se ha indicado, la imputación subjetiva tiene lugar para cada interviniente por separado y se refiere a su conducta.

84 Además, un problema relevante es que en el delito imprudente no se separe con claridad la fase ejecutiva, la fase preparatoria e incluso fases previas al inicio de la preparación. Ello determina que la discusión se extienda a conductas de favorecimiento imprudente de posteriores hechos dolosos que tienen lugar antes de que se tome siquiera la decisión de cometer el delito doloso. En concreto, sobre la creación imprudente de las circunstancias en las que se toma la decisión de cometer un delito doloso. Un ejemplo relevante es el de la *culpa in eligendo*, a la que después sucede una actuación dolosa o imprudente de la persona elegida.[97] Sin embargo, también se halla el caso clásico de quien deja una escopeta cargada en un espacio en el que luego otros la utilizan dolosamente o la manipulan pensando imprudentemente que está descargada.[98] En este punto, como después se verá, es preciso tener presente, la diferencia entre las conductas neutras y las que no lo son. Asimismo, hay que considerar la incidencia del principio de confianza.

2.2. Las formas discutidas de autoría imprudente

85 La coautoría imprudente, aunque no plantea especiales problemas desde un punto de vista conceptual, es una figura polémica. Ello se debe, sobre todo, a la proyección sobre ella de las divergencias metodológicas generales de la doctrina. Así, desde la perspectiva que subraya la perspectiva *ex post*, de imputación del resultado, se rechaza la figura o se afirma su innecesaridad. En efecto, para este punto de vista los problemas deben resolverse apuntando a la relación de causalidad de cada uno de los intervinientes, por separado, con el

---

[97] *Binding* (1919), 158 ss.; *Cornacchia* (2004), 529-530.

[98] *von Bar* (1907), 210 ss.

resultado;[99] o, al menos, a la incidencia causal del actuar conjunto.[100] En cambio, la adopción de la perspectiva *ex ante* obliga a fijarse en cuál es la relación recíproca entre las conductas de los sujetos intervinientes, prescindiendo de momento del resultado. Si se asume este punto de vista, existen razones para sostener que hay conductas de dos o más agentes que tienen una unidad de sentido conjunto. Por citar ejemplos discutidos tradicionalmente, el caso en el que dos personas arrojan un colchón o una viga desde una azotea hasta la calle, sin pensar en los posibles paseantes. Ahora bien, la unidad de sentido conjunto tampoco requiere una intencionalidad común, sino que puede obtenerse de otros criterios sociales de atribución de sentido.[101] Adicionalmente, la discusión adolece de centrarse en delitos puramente resultativos, y en particular en el homicidio imprudente. Así, tan pronto como se introducen tipos de medios determinados —susceptibles de imputación a título de imprudencia— se observa la necesidad de introducir la construcción de la coautoría para poder imputar el delito a título de autor a un interviniente determinado. Por ejemplo, en el blanqueo de activos o en el contrabando. En realidad, si la imprudencia se entiende, como aquí se ha hecho, como una forma de imputación subjetiva, entonces la coautoría imprudente no plantea problemas. Se trata sencillamente, de una conducta de coautoría, que se imputa a un sujeto a título de imprudencia. Ni siquiera es problemático que una coautoría se le impute a un coautor a título de dolo y al otro a título de imprudencia. Por ejemplo, en el caso de la viga, uno de los sujetos puede representarse el resultado en los términos del dolo eventual y el otro, no.

La intensidad del debate sobre la coautoría imprudente responde a otras 86
razones. En primer lugar, a que los partidarios del concepto unitario de autor en la imprudencia y, en particular, los autores finalistas, se oponen a tal figura. En segundo lugar, a que buena parte de los defensores de conceptos restrictivos de autor en el ámbito de la imprudencia sostienen la impunidad de la participación imprudente. Así las cosas, el rechazo de la coautoría conduce para ellos a la impunidad de uno de los dos intervinientes. Si, se acoge un concepto restrictivo de autor para los delitos imprudentes y, además, se sostiene la punición de la participación por imprudencia, la discusión pierde intensidad. En efecto, es posible calificar a un interviniente de autor, rechazar la coautoría y, adicionalmente, fundamentar la sanción de otro u otros intervinientes como partícipes. Por ejemplo, no es preciso construir una coautoría en el caso de quienes participan en una carrera ilegal de automóviles por el centro de una ciudad. Aquel de ellos que atropella a un peatón puede ser calificado de autor y el otro, o los otros, como cooperadores psíquicos. En tercer lugar, la coautoría imprudente también ha tenido que afrontar problemas como consecuencia de su utilización para sortear supuestas dificultades probatorias en cuanto a

---

[99] Así *Puppe*, GA 2004, 138 ss.; *la misma*, ZIS 2007, 240; *Rotsch*, FS Puppe, 2011, 887 ss.

[100] *Kraatz* (2006), 353; *Greco*, JRE 27 (2019), 2019, 380 ss.

[101] *Jakobs* (2016), 71; *van Weezel* (2008), 343; con matices, *Sánchez Lázaro* (2004), 193 ss., 223 ss.

la relación de causalidad entre el resultado y la conducta de uno de los intervinientes o incluso entre tal resultado y el actuar conjunto de estos.[102] Así, por ejemplo, en el caso en que dos personas se enzarzan en un tiroteo callejero, en el que acaba muriendo un paseante sin que se sepa cuál de los dos lo ha matado. Pues bien, si se considera que el tiroteo en sí no puede calificarse de actuar conjunto al que cabe imputar el resultado, entonces ambos deberían ser calificados de cooperadores necesarios por participación en una conducta de autoría imprudente cuyo concreto sujeto no ha podido ser determinado. Por lo demás, el legislador español ha ampliado la coautoría a casos de intervención ejecutiva —que son en realidad de autoría adjunta—, en los que cabrá hablar de coautoría imprudente si se dan los elementos correspondientes (*cfr. supra* capítulo 16/70).[103]

87 La autoría mediata por imprudencia es conceptualmente posible y, asimismo, resulta fácil pensar en casos prácticos en los que concurra. El ejemplo clásico es el de quien da instrucciones defectuosas al conductor de un vehículo que está intentando estacionar o salir de un estacionamiento, de modo que el vehículo sufre daños o se los causa a un tercero.[104] Igualmente puede imaginarse en supuestos en los que el instrumento obra en estado de necesidad. Por ejemplo: el peatón «A», que cruza imprudentemente la calzada, determina que el motorista «B», para evitar el atropello, gire bruscamente colisionando con un kiosko, en el que causa daños patrimoniales, al tiempo que él mismo sufre lesiones corporales. Pero, como cabe advertir, esta situación se multiplica en contextos industriales y tecnológicos, en los que el propio actuar depende con frecuencia de las indicaciones que se reciban de terceros o, en todo caso, de las conductas de estos.

2.3. La participación imprudente

2.3.1. Los tres problemas de la participación imprudente

2.3.1.1. El argumento de la prohibición de regreso

88 En España existe debate sobre la posibilidad de apreciar una participación punible por imprudencia. Así, un sector doctrinal sostiene la posibilidad de sostener la punición de la participación imprudente.[105] En cambio, otra posición defiende su impunidad.[106] Para sostenerlo, esta última ha esgrimido tres argumentos, de diversa entidad. En primer lugar, sostiene que la institución

---

[102] *Binding* (1919), 162.

[103] *Luzón Peña*, ADPCP (1989), 898 ss.; *Roso Cañadillas* (2002), 580 ss.; *Corcoy Bidasolo*, LH Bajo Fernández, 2016, 75; *Martínez-Buján* (2019), 332 ss.; *Rodríguez Vázquez*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1011 ss.

[104] Ya *Rodríguez Mourullo*, ADPCP 1969, 461 ss.

[105] *Corcoy Bidasolo* (1989), 361-362; *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 327 ss.; *Silva Sánchez* (1997), 105 ss.; *Díez Ripollés*, RDPC 1 (1998), 40; *Sánchez Lázaro* (2004), 400 ss.

[106] *Luzón Peña*, RDCirc 1984, 278 ss.; *Díaz y García-Conlledo* (1991), 283 n. 94; *Pérez Manzano* (1999), 81 ss.; *Roso Cañadillas* (2002), 414 ss.

de la prohibición de regreso es un obstáculo para apreciar una participación por imprudencia en un delito doloso. En segundo lugar, apela a la insuficiente gravedad de las conductas imprudentes de participación para ser castigadas. En fin, en tercer lugar, argumenta, con base en el principio de legalidad, que en la legislación española las formas de intervención distintas de la autoría solo fueron configuradas para el caso del delito doloso. Con todo, cabe responder a los tres argumentos.

89 Existe una opinión muy extendida según la cual la prohibición de regreso impide la sanción del favorecimiento imprudente de un delito doloso. En efecto, quienes realizan conductas estandarizadas no responden por las conductas dolosas de terceros, tanto si las pudieran haber previsto como si incluso las previeron. Este es el caso de quien vende cuchillos, u otros objetos de libre comercio, aunque sean peligrosos y a pesar de que en el caso concreto se podía pensar en su posterior utilización delictiva. La única excepción en relación con estos casos es la situación de peligro concreto, grave e inminente para bienes personales intrínsecos (*cfr. supra* capítulo 10/130). Ahora bien, la cuestión es distinta cuando ya no se trata de conductas estandarizadas, y, por tanto, no hay ninguna libertad cualificada que proteger. Esta consideración comprende el caso tradicional de quien se deja la escopeta cargada en el perchero de una taberna, uno de cuyos clientes la utiliza dolosamente para matar a un tercero. Otro ejemplo más moderno —cuyo amparo por la causa de justificación de ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede discutirse— es el de quien, sin dolo de que se consume ningún delito violento, inflama una red social con discursos agresivos.

90 En los casos que se corresponden con esta última estructura, la sanción de la participación imprudente en delitos dolosos tiene sentido tanto desde una perspectiva analítico-conceptual como teleológico-axiológica.[107] Esto último vale en particular para aquellos supuestos en los que el favorecedor ostenta una posición de garante con respecto a alguna dimensión de la conducta del sujeto favorecido.[108] Así, un ejemplo claro es el de los garantes del control de objetos o medios específicamente peligrosos, como por ejemplo el de quien vende —legal o ilegalmente— un arma; o el del superior jerárquico —o encargado de vigilancia— que descuida los deberes de control en relación con los hechos de sus subordinados. El caso más delicado es, sin duda, el de la injerencia imprudente y su delimitación con respecto a las conductas neutras de intervención.

2.3.1.2. El argumento de la limitada gravedad

91 Como se ha adelantado, un sector de la doctrina española sostiene la impunidad general de la participación imprudente con base en razones «políti-

---

[107] *Feijóo Sánchez* (1999); *el mismo* (2000); *el mismo*, LH Valle Muñiz, 2001, 229 ss.; *Robles Planas*, RDPC 6 (2000), 223 ss.

[108] *Robles Planas* (2007), 74.

co-criminales».[109] Pues bien, en términos teleológicos-axiológicos no existe ninguna razón para que, en delitos en los que la autoría imprudente es punible, deje de serlo la cooperación necesaria. Es obviamente cierto que los delitos imprudentes son menos graves que los dolosos. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por la incriminación de la comisión imprudente de un determinado delito, ello permite sostener que la autoría y la cooperación necesaria imprudentes, dos figuras que tienen la misma penalidad abstracta, no deben tratarse de modo distinto.[110] En términos pragmáticos hay que añadir que proponer la impunidad, por razones legales o dogmáticas, de la cooperación necesaria imprudente solo conduce a que en el caso en cuestión se acabe apreciando autoría imprudente o participación por dolo eventual.[111]

2.3.1.3. El argumento del principio de legalidad

92 Un sector doctrinal sostiene que la intervención imprudente carece de consagración legal.[112] Sin embargo, tal argumento de legalidad no es determinante. Es cierto que la legislación española, como la mayoría de las legislaciones, acoge un sistema de *numerus clausus* para la incriminación de imprudencia (art. 12 CP español). Además, las reglas de la Parte General relativas a la intervención en el delito no mencionan de modo explícito el caso de los hechos imprudentes. Ahora bien, el art. 12 CP español tiene como objeto los tipos de la Parte Especial, y no las reglas contenidas en la Parte General.[113] En realidad, la interpretación gramatical, sistemática e histórica pone de relieve que dicho artículo pretende determinar en qué delitos es punible la forma imprudente de imputación subjetiva, sin establecer distinciones entre intervinientes. A todo esto, cabe añadir, en términos puramente exegéticos, que el art. 28 CP español establece que los inductores y los cooperadores necesarios «se consideran autores». Por lo tanto, las objeciones esgrimidas por la doctrina pueden valer para la complicidad imprudente, pero nunca para la cooperación necesaria ni la inducción imprudente —luego se verá en qué consiste esta última—.

2.3.2. La inducción y el favorecimiento imprudentes de delitos dolosos

93 Con respecto a los delitos dolosos cabe no solo el favorecimiento imprudente, sino también la inducción imprudente. Ciertamente, esta es una figura polémica.[114] Sin embargo, la inducción a realizar una conducta es compatible con la

---

[109] *Luzón Peña*, ADPCP 1989, 904 ss.; *Roso Cañadillas* (2002), 414 ss., 491 ss., 602 ss.

[110] Similar, *Hernández Basualto*, LH Mir Puig, 2017, 608-609.

[111] *Silva Sánchez* (1997), 109.

[112] *Pérez Manzano* (1999), 106 ss., 108 ss.: la coautoría y la autoría mediata pueden subsumirse sin más en los tipos de la Parte especial.

[113] *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 321 ss.; *el mismo* (1999); *el mismo* (2000); *Díez Ripollés*, RDPC 1 (1998), 40; *Robles Planas*, RDPC 6 (2000), 234 ss.; *Miró Llinares* (2009), 251 ss.

[114] En contra, *Baldó Lavilla*, ADPCP 1989, 1120; *Gómez Rivero* (1995), 349.

ausencia de dolo del inductor con respecto a que tal conducta realice un tipo de delito. Por eso, una conducta de inducción puede ser imputada subjetivamente a título de dolo eventual o de imprudencia. Así pues, existe una inducción imprudente en quien hace surgir una decisión en un tercero, representándose la posibilidad —solo la posibilidad— de que la ejecución de esa decisión realice un tipo de delito. A su vez, cabe que el sujeto inducido a realizar una conducta determinada se percate de que es probable o seguro que su conducta realiza el tipo de delito, o que tampoco se percate de ello. Pues bien, en función de lo uno o lo otro, la inducción imprudente puede redundar en la comisión de un delito doloso o imprudente por parte del autor. Así, por ejemplo, el que incita a otro a «limpiar» rápidamente una azotea de trastos, arrojándolos directamente a la calle, realiza una conducta de inducción que, respecto a que los trastos lesionen a alguien, es imprudente. Si el inducido, a su vez, se representa la probabilidad seria de que de que pase alguien por la calle, arrojando los trastos y lesionando a un tercero, entonces, habiendo sido inducido imprudentemente, realiza el tipo de lesiones de modo imputable a título de dolo. Viceversa, como después se indica, cabe que el inductor se represente la probabilidad seria de que se afecte a un paseante, mientras que el ejecutor se represente ese escenario como imposible o ni siquiera se lo represente. Por lo demás, la conducta de inducción dolosa a un delito doloso puede contener asimismo una dimensión de inducción imprudente a otros delitos dolosos más graves.[115]

Todos estos elementos —y otros— alimentaron la polémica del discutido 94
«caso Vinader».[116] Para un sector de la doctrina, en él ni siquiera concurre causalidad; sin embargo, lo cierto es que se da una razonable relación de sentido entre conducta y resultado; no necesariamente de favorecimiento técnico, pero sí de motivación. Para otro sector, se trata de un caso de participación imprudente en un delito doloso, que debe ser impune. Sin embargo, un tercer sector sostiene —con matices— que en él debe apreciarse una conducta de participación imprudente.[117] Aun así, advierte problemas en cuanto al nexo de imputación objetiva del resultado. En realidad, si el caso no se afronta desde la perspectiva de la atipicidad de la conducta como reportaje neutral o desde la justificación por ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, la responsabilidad por el resultado lesivo producido es la hipótesis más razonable.

---

[115] Cabe que un sujeto induzca a otro a cometer unas determinadas lesiones dolosas, de modo que sea probable que el inducido cometa también una detención ilegal e incluso previsible que pueda producirse la muerte de la víctima. STS 1502/2004, de 27 de diciembre.

[116] En el «caso Vinader», un periodista de investigación, en varios reportajes, ofreció informaciones concretas sobre personas integrantes de grupos antiterroristas en el País Vasco. Poco después, dos de ellos fueron asesinados por la banda terrorista ETA. El periodista fue condenado por imprudencia en virtud de la SAN de 17 de noviembre de 1981, y por la STS de 29 de enero de 1983. La STC 105/1983, de 23 de noviembre, le denegó el amparo. La doctrina discrepa sobre la correcta solución del caso: *Sánchez-Vera* (2011), 264 ss., 270-271.

[117] *Sánchez-Vera*, ADPCP 1995, 246 ss.; *el mismo* (2011), 269 ss.; *Robles Planas*, RDPC 6 (2000), 239 ss.; *Sánchez Lázaro* (2004), 417 ss., 419.

95 La actuación posterior dolosa no bloquea necesariamente la responsabilidad, si la conducta del sujeto que obra antes se valora como típicamente desaprobada. En efecto, como ya se indicó, el principio de prohibición de regreso tiene excepciones: la posición de garante, la autoría mediata y la participación (*cfr. supra* capítulo 10/139 ss.). Así pues, no hay prohibición de regreso cuando el primer agente se encuentra en posición de garante con respecto a lo que haga el segundo.[118] Por ejemplo, el que un inferior jerárquico cometa un delito doloso no obsta a la responsabilidad del superior por una *culpa in vigilando* —como estructura de omisión imprudente—.[119] Ahora bien, la posición de garante, a su vez, puede haber surgido en virtud de un actuar precedente consistente en la indebida puesta en circulación de un medio especialmente peligroso —un arma ilícita, pero también una escopeta cargada—. En particular, el ejemplo de quien deja una escopeta cargada en un lugar al que pueden acceder otras personas ha sido extensamente discutido tanto en la tradición germánica como en la angloamericana.[120] Pues bien, tal conducta no es neutra y, además, tampoco es imprevisible que alguien, sabiendo que está cargada, la utilice como instrumento de un delito doloso. En fin, la excepción a la prohibición de regreso puede derivar de que el sujeto ha introducido un medio comúnmente peligroso —alcohol, un cuchillo, un veneno— entre personas que, de entrada, o de modo sobrevenido, son inimputables. Por ejemplo, un demente, un niño o un sujeto ebrio.

2.3.3. La inducción y el favorecimiento imprudentes de delitos imprudentes

96 En este punto procede reproducir las consideraciones efectuadas sobre el favorecimiento imprudente de un delito doloso, que son válidas *mutatis mutandis*. En efecto, cabe inducir imprudentemente (en error vencible de tipo) a un autor que a su vez obra imprudentemente (en error vencible de tipo). Igualmente, la *culpa in vigilando*, como modalidad de omisión imprudente de un garante, también puede tener lugar en relación con conductas imprudentes de terceros. Ciertamente, en un modelo de accesoriedad al tipo objetivo, como el que se propone aquí, se trata exactamente del mismo problema. Ejemplos de favorecimiento imprudente de conductas imprudentes de autoría son el del cazador que se deja la escopeta cargada en el perchero de una taberna, de modo que un comensal, pensando que está descargada, la acciona, matando a un tercero;[121] el del barman que ha servido alcohol en exceso y, advertida la ebriedad del conductor, no impide que este se ponga al volante atropellando

---

[118] *Jakobs* (1996), 168.

[119] *Massaro* (2013).

[120] Ya *von Bar* (1907), 219 ss., inclinándose por la exclusión de la responsabilidad.

[121] Es similar el conocido en Alemania como «caso del guardarropa». El asistente a una función de teatro dejó su abrigo en el guardarropa, con una pistola cargada en el bolsillo. Cuando acabó la función, fue a recogerlo. Al ir a entregárselo la señora del guardarropa, la pistola se cayó. Entonces un mozo del guardarropa la recogió y disparó en broma contra otro, creyendo que estaba descargada.

a un peatón. De hecho, cabe incluso que una intervención en fase previa merezca mayor pena que la intervención directamente ejecutiva. En efecto, la imputación subjetiva puede mostrar diversa intensidad en uno y otro caso. Por ejemplo, un cocinero de un restaurante guarda matarratas en un recipiente de azúcar y deja este último en la zona de comestibles de la cocina; entonces, un camarero rellena un azucarero de comedor con el contenido blanquecino de aquel recipiente. Como consecuencia de ello, un cliente sufre lesiones. Además, como puede advertirse, si en casos así se excluye la punibilidad de la cooperación necesaria imprudente, resulta inevitable que se tienda a ampliar el ámbito de la coautoría imprudente.

2.4. La participación «dolosa» en delitos imprudentes

2.4.1. La inducción al autor que obra imprudentemente

97 Una doctrina consolidada, debida a la influencia alemana, sostiene que no cabe inducir dolosamente a la realización de un delito imprudente. Así, esta posición afirma que, si el que hace surgir la decisión pretende que se produzca el resultado, su conducta debe calificarse como autoría mediata o, alternativamente, paralela. Sin embargo, en ocasiones la conducta de quien induce al hecho imprudente no puede ser calificada ni como autoría mediata ni como autoría paralela. Así, por ejemplo, quien induce a la comisión imprudente de un delito especial propio; o quien induce a un garante a no obrar, cuando lo prudente sería que actuara. Pues bien, en el marco de un modelo de accesoriedad mínima, como el que se propone aquí, la inducción dolosa a delitos imprudentes tampoco plantea problemas. En efecto, la vinculación de sentido se produce en el plano de los significados intersubjetivos, mientras que la imputación subjetiva tiene lugar por separado para inductor e inducido. Por lo tanto, cabe que el que induce a la realización de un delito imprudente pueda responder a su vez por una conducta dolosa, si se representa el riesgo de producción del resultado en los términos del dolo eventual, incluso aunque el autor responda por imprudencia.

2.4.2. El favorecimiento «doloso» de un delito imprudente

98 La adopción de la teoría de las normas de conducta y del principio de accesoriedad mínima objetiva proporciona asimismo una solución para este grupo de casos. Como se ha indicado, esto conlleva, por un lado, que la conducta del partícipe lesiona su propia norma, que a su vez —como norma derivada— tiene un contenido significativo dependiente de la norma de conducta del autor. Sin embargo, por otro lado, la antinormatividad de su conducta se le imputa a cada interviniente de modo autónomo. En fin, la sanción del partícipe depende de la realización del tipo objetivo por parte del autor. A partir de estas premisas, es concebible el favorecimiento doloso de un delito imprudente siempre que la conducta del partícipe contenga el riesgo *ex ante*

de producción de un resultado lesivo y dicho partícipe se represente ese riesgo como mínimo en los términos del dolo eventual.[122]

2.5. El problema de los delitos especiales imprudentes de empresa

99 La imprudencia adquiere una configuración especial en los casos en los que se vincula con la infracción de deberes extrapenales de cuidado —de Derecho administrativo regulatorio—. En efecto, cabe que estos deberes extrapenales tengan como destinatarios formales directos únicamente a personas jurídicas, que son las que ostentan la posición jurídica de «obligado especial» (*cfr. supra* capítulo 11/103). En tal caso, el delito imprudente es, además, un delito especial. Así pues, para atribuírselo a una persona física, es necesario el recurso a la cláusula de actuar en lugar de otro (art. 31 CP español). Entonces, en los términos de esta regla, la atribución de responsabilidad a título de autor solo alcanzará a algunos integrantes de la empresa y no a todos. A continuación, la infracción de deberes extrapenales —por ejemplo, en materia de prevención del blanqueo y de financiación del terrorismo— debe poder imputarse subjetivamente —a título de imprudencia personal— a la concreta persona física. Un problema puede venir dado por la existencia en una empresa determinada de una situación o «estado de imprudencia estructural», no imputable subjetivamente a ninguna persona física en particular.

VII. OTRAS ESTRUCTURAS ESPECIALES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES DE ÓRGANOS COLEGIADOS

100 Las decisiones adoptadas en el marco de órganos colegiados, tanto en la administración pública como en el marco de personas jurídicas privadas, han dado lugar a una discusión clásica, que se ha incrementado en las últimas décadas.[123] En ella se entremezclan tres problemas: (i) el de los acuerdos en fase preparatoria y en fase ejecutiva; (ii) el de la autoría y la participación en la adopción de las propias decisiones colegiadas en fase ejecutiva —en tanto que conductas típicamente desaprobadas—; y (iii) el relativo a la imputación objetiva de los resultados lesivos derivados de aquellas. En relación con lo primero, si el acuerdo se toma en fase preparatoria, en función de sus características puede constituir ya una conspiración punible o bien un acto de participación en fase previa, cuya punibilidad dependerá de si se inicia o no la actuación ejecutiva. En cuanto a lo segundo —acuerdos ya en fase ejecutiva—,

---

[122] *Robles Planas*, RDPC 6 (2000), 223 ss.; *el mismo* (2003), 225, 273.

[123] *Suárez González*, Justicia penal 1995, 61 ss.; *Rodríguez Montañés*, AFDUA 1999, 206 ss.; *Meini* (2009), 183 ss.; *Pérez Cepeda*, LH Luzón Peña, I, 2020, 929 ss.; *Estrada Cuadras*, LLC 4 (2021), 1 ss.; *Turienzo Fernández*, RECPC 23 (2021), 1 ss.

un sector doctrinal parte de que en los órganos colegiados cabe advertir la existencia de estructuras formalizadas de coautoría. Así, el contenido de la decisión colegiada ejecutiva de un delito —por ejemplo, la no retirada de un producto tóxico en el mercado—[124] se imputa de entrada al órgano correspondiente, en la medida en que la resolución conjunta adoptada por este constituye la expresión formal de una «acción colectiva».[125] A continuación, la atribución de esa resolución a cada uno de los miembros del órgano debe tener lugar sobre la base del procedimiento que rija su actuación; por regla general, lo determinante aquí es el acto del voto.[126] En fin, el contenido del acuerdo se imputa subjetivamente a todos los que lo votaron, a título de dolo o de imprudencia, en función de cuál haya sido su respectiva representación acerca de tal contenido.[127] Una vez fijado así el comportamiento desaprobado, los resultados lesivos derivados de este se imputan objetivamente al acuerdo. Por consiguiente, quien ha votado a favor del acuerdo no puede luego esgrimir que —dado el juego de mayorías— dicho voto resulta irrelevante en cuanto a la producción de tales resultados lesivos.

Con todo, este planteamiento debe ser completado con otras considera- **101**
ciones. En primer lugar, las aportaciones realizadas en la fase preparatoria, es decir, antes de la constitución formal del órgano, de su deliberación y de la adopción de la decisión correspondiente pueden alcanzar una relevancia fundamental. En efecto, estas pueden determinar que quien se abstiene o incluso vota en contra de la resolución haya realizado, al igual que otros terceros no integrantes del órgano, conductas de inducción o de cooperación necesaria, e incluso de autoría mediata. En segundo lugar, resulta problemático el caso de quien forma el *quorum* del órgano respectivo y luego (i) vota en contra del acuerdo, (ii) se abstiene o (iii) se ausenta. Es frecuente señalar que quien, tras conformar el *quorum*, vota en contra del acuerdo ilícito ha realizado una cooperación neutra a este último, pues su conducta mantiene todo su sentido lícito, al margen del favorecimiento de la conducta delictiva. Ello, aunque firme el acta de la sesión del órgano.[128] Sin embargo, los casos de abstención, de voto en blanco o de abandono de la sesión no son tan claros.[129] En este punto, es preciso suscitar el problema de si cada uno de los integrantes de un órgano colegiado se halla en la posición de garante de evitar la comisión de hechos ilícitos en el marco de la actuación formal de este. De ser así, debería

---

[124] En el caso alemán del «pulverizador para el cuero» («*Lederspray-Fall*»), en el que el órgano de administración de una persona jurídica, teniendo noticia sobrevenida de que un producto ya comercializado tenía efectos nocivos para la salud, adoptó el acuerdo de no retirarlo del mercado.

[125] Una «*persona moralis composita*» (o «comunidad de personas»): *Renzikowski* (1997), 100 ss.; *el mismo*, ZIS 2021, 95. O una «persona multipersonal»: *Mylonopoulos* (2017), 46 ss.

[126] *Cornacchia* (2021), 77-78.

[127] Esto es suficiente para los delitos cuyo tipo objetivo se ciñe a la adopción del acuerdo.

[128] *Cornacchia* (2021), 79-80.

[129] Sobre todas las variantes, *Cornachia* (2021), 80 ss.; *Estrada Cuadras*, LLC 4 (2021), 1 ss.; *Turienzo Fernández*, RECPC 23 (2021), 1 ss.

abstenerse de formar el *quorum* del órgano cuando este es la condición de posibilidad de la posterior adopción del acto delictivo por parte de los demás miembros. Existen argumentos en este sentido.[130] En concreto, en los miembros de los órganos colegiados de administración de sociedades mercantiles debe plantearse la existencia de un deber jurídico-penal de poner la situación en conocimiento del departamento de cumplimiento normativo (como expresión del cumplimiento del deber de vigilancia). Ello, en términos de que su omisión no solo diera lugar a la responsabilidad por el delito de omisión de impedir determinados delitos (art. 450 CP español), sino concretamente a una responsabilidad por omisión en cuanto a las consecuencias del acuerdo (art. 11 CP español).

2. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN

102 Como se indicó al inicio, el art. 30 CP español contiene una regla especial para la intervención en delitos cometidos a través de medios o soportes de difusión mecánicos —lo que sucede en el ámbito de los medios de comunicación—.[131] En particular, dicha regla excluye la responsabilidad de los cómplices y, en cuanto a los autores *lato sensu*, establece un régimen de responsabilidad escalonada o «en cascada».[132] Esto implica una responsabilidad excluyente del sujeto situado en el escalón superior con respecto al que se halla en el inferior o, viceversa, subsidiaria de este último con respecto a aquel.

3. LA ACTUACIÓN PARALELA —O CONVERGENTE—

103 La concurrencia —o convergencia— de las conductas de varios sujetos en la producción de un resultado lesivo puede tener lugar mediante su coordina-

---

[130] Así, en España, el art. 237 de la Ley de Sociedades de Capital: «Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel». La STS 906/2016, de 30 de noviembre, en un *obiter dictum*, reduce el alcance de la responsabilidad a quienes hayan votado a favor.

[131] Así reza el tenor del art. 30 CP: «1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente. 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1.° Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2.° Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3.° Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4.° Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. 3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior».

[132] *Vives Antón* (1977); Gómez Tomillo, RDPC 3 (1999), 77 ss.; *el mismo* (1999); *Díaz y García-Conlledo*, RP 2013, 21 ss.; *Morillas Cueva*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 976 ss.

ción —coautoría— o la subordinación de unas a otras —participación—, pero también como actuaciones separadas, aunque éstas se produzcan de modo agregado. Así, existe un hecho punible único y, por tanto, una intervención conjunta en los casos de coautoría o de favorecimiento de la conducta de uno o varios autores por parte de uno o varios partícipes. En concreto, como ya se ha indicado, en la coautoría se da una dependencia recíproca en cuanto a la constitución del sentido de las respectivas conductas, hasta el punto de que algunos autores aluden a la concurrencia de una «persona compuesta» o a una «persona colectiva».[133] En cambio, en segundo lugar, en la articulación de las conductas de autor y partícipe existe una dependencia unilateral en cuanto a su sentido. Ciertamente, la conducta de aquel no precisa de la del partícipe para la constitución del sentido, mientras que la de este último sí requiere la del autor. Es a esto a lo que se denomina «accesoriedad» (*cfr. supra* capítulo 16/38).

Pues bien, frente a ambas, en tercer lugar, la «autoría paralela»[134] se caracte- **104**
riza por el hecho de que la conducta de cada sujeto tiene su propio significado, sin conformarse una relación de coordinación ni de subordinación significativa con ninguna otra. Con todo, no siempre es fácil distinguir los casos de participación de los supuestos de intervención paralela, debiendo admitirse la existencia de situaciones-límite. Las conductas de intervención «paralela» se caracterizan por el hecho de que acaban agregándose y convergiendo en un resultado, que es imputable objetivamente a la concurrencia de los riesgos generados por una y otra. Esta situación se puede dar entre dos conductas de comisión activa, una de comisión activa y otra de comisión por omisión y, desde luego, entre dos conductas separadas de comisión por omisión. En realidad, en algunos casos cabe afirmar que existen varios o incluso muchos intervinientes cuyas aportaciones se agregan y, sin embargo, ninguno de ellos puede ser calificado de «autor».[135] Además, cabe que las conductas sean imputables a título de imprudencia o incluso de dolo. En efecto, la estructura de autoría paralela puede adoptar dos variantes: una primera, en la que uno de los sujetos —o todos ellos— conocen la actuación de los demás; o una segunda, en la que no es así. Desde luego, solo en el primer caso puede plantearse que lo realizado por los demás tenga alguna repercusión en la valoración jurídica de la conducta de cada uno. Sin embargo, aun así, tal valoración no puede ser la misma que si los intervinientes hubieran articulado sus conductas en una unidad común de sentido.[136]

---

[133] *Joerden* (2004), 137-138.

[134] *Murmann* (1993). «*Nebentäterschaft*», tradicionalmente traducida al español como «autoría accesoria». Cada vez más, se alude a ella como autoría paralela (o yuxtapuesta). Ahora bien, igualmente cabe denominarla agregada, convergente o acumulativa.

[135] Ciertamente, en alguno de casos el legislador prevé el fenómeno de modo explícito, de modo que convierte a todos ellos en autores (arts. 325.1 y 325.2, I, CP), al aludir a conductas que resultan lesivas «por sí mismas o conjuntamente con otras», sin que esa descripción se circunscriba a supuestos tradicionales de coautoría. Ahora bien, esa asimilación legal es axiológicamente criticable.

[136] En fin, también es posible que uno de los intervinientes paralelos sea precisamente el sujeto cuyo bien jurídico resulta lesionado. Este es el caso de la contribución de la víctima al resultado, al

105 Supuestos particulares de autoría paralela son los de acumulación de aportaciones de sujetos indeterminados en el espacio o a lo largo del tiempo (art. 325 CP español). En estos, de modo todavía más claro que en los mencionados anteriormente, se pone de relieve lo cuestionable de imputar plenamente el resultado lesivo a todos los intervinientes. En realidad, cuando no existe actuación conjunta y la conducta de cada uno de los intervinientes solo aporta una parte del riesgo que se realiza en el resultado, debe procederse a alguna forma de atenuación de la pena, dado que solo es posible afirmar la concurrencia de un nexo de imputación débil.[137]

VIII. LA INTERVENCIÓN POSTEJECUTIVA

1. EL TIEMPO DE LA PARTICIPACIÓN

106 Es común afirmar que el límite cronológico de la intervención delictiva viene dado por la finalización de la ejecución del delito. A su vez, esta última concluye con la tentativa perfecta, es decir, una vez finalizada su fase activa (acabamiento) y cometida una omisión de aseguramiento (neutralización) del riesgo. Sin embargo, una vez alcanzada la tentativa perfecta, y finalizada con ello la ejecución del delito, también se da la posibilidad de realización de acciones y de omisiones. Así, por ejemplo, conductas activas de interrupción de cursos salvadores ajenos, como la neutralización del desistimiento postejecutivo de uno de los intervinientes o el bloqueo de la aproximación de la policía. Por otro lado, pueden darse omisiones de salvamento, llevadas a cabo por parte de un garante o no. Con todo, la calificación de estas últimas conductas como típicas no puede tener lugar de modo general.

107 En primer lugar, estas conductas postejecutivas no pueden ser constitutivas de participación. En efecto no son accesorias, pues no adquieren su sentido en virtud de la dependencia significativa con respecto a la conducta del autor, sino que se relacionan directamente con el resultado lesivo. Así, una conducta de un sujeto previa a la consumación pero que ya no puede favorecer la conducta del autor —porque ésta ya ha sido realizada— no da lugar a la calificación de participación, sino solo de intervención paralela. Esto significa que el fundamento de su sanción no puede sostenerse por accesoriedad, sino solo con base en sí misma. Ciertamente, cabe que fuera comprometida con anterioridad. Sin embargo, en tal caso, la conducta de favorecimiento no viene dada por el posterior cumplimiento del compromiso, sino por la previa promesa de realizarla, que es una conducta distinta de favorecimiento psíquico-motivacional. En este contexto, incluso la promesa de una posterior omisión de socorro puede constituir una cooperación psíquica a un delito de homicidio. Luego, su efectiva realización postejecutiva puede calificarse

---

que con frecuencia se alude con la expresión de concurrencia de «culpas» o de riesgos. *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/83; *Corcoy Bidasolo* (2.ª, 2005), 353; *la misma*, LH Boix Reig, 2021, 107 ss.

[137] Próximo, *Martínez-Buján* (2019), 334.

como un supuesto de coautoría sucesiva o de autoría paralela, en función de las circunstancias del caso. Además, también puede ser constitutiva de otro delito, como los de omisión de socorro o de impedir delitos.

2. LAS VARIANTES PARTICULARES

2.1. La intervención intraconsumativa

Los delitos de consumación instantánea y ejecución permanente, en los que la ejecución prosigue tras una primera consumación —por ejemplo, las detenciones ilegales— generan una estructura peculiar. En efecto, en tales delitos permanentes el delito se va consumando al tiempo que prosigue la realización de actos ejecutivos de formas más graves de la misma realización típica. Por lo tanto, en ellos cabe una intervención «intraconsumativa», es decir, ubicada temporalmente en la fase consumativa. Sin embargo, esto no significa que se trate de una participación en la consumación. Como se ha indicado, lo único que puede ser favorecido es la conducta ejecutiva del autor. Ahora bien, lo que sucede es que esta ejecución —que va dando lugar a una forma más grave de realización del tipo— se produce de forma simultánea a la consumación de una forma menos grave de realización de ese mismo tipo. **108**

2.2. La intervención postconsumativa

2.2.1. Las situaciones discutibles de intervención postconsumativa

Los actos de intervención post-consumativos pueden tener lugar tras la consumación formal del delito, en los casos de consumación anticipada, e incluso tras la consumación en sentido material. En los delitos de consumación anticipada, en los que la ejecución típica ya no prosigue, cabe todavía incrementar el riesgo de producción del resultado lesivo o no disminuirlo. Ello se observa con claridad en los casos de interrupción de cursos salvadores o de omisión de salvamento. Sin embargo, como se ha indicado, estos ya no constituyen formas de participación. Un caso algo distinto es el de los delitos permanentes, incluidos los «delitos instantáneos con efectos permanentes» —como las falsedades o la imposición de condiciones ilegales de trabajo—. Además, también deben incluirse los delitos de peligro abstracto permanente, en los que tiene lugar una superextensión de la fase omisiva del hecho. En efecto, en ellos la conducta típica —por ejemplo, un vertido tóxico— da lugar a la consumación del delito al producir un estado de cosas peligroso. Ciertamente, en tal caso, es posible todavía una intervención intra- o postconsumativa por omisión. Por ejemplo, la de un sujeto en posición de garante que, siendo posible, no minimiza las consecuencias del estado de peligro —es decir, incurre en una omisión de salvamento—.[138] Igualmente, en un contexto así cabe imaginar **109**

[138] Un ejemplo es lo dispuesto en el art. 385 CP español.

una intervención que tenga lugar mediante una conducta de interrupción de cursos causales salvadores. Sin embargo, como se ha indicado, este no es un caso de intervención conjunta ni accesoria, sino, en su caso, paralela. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad por esta última debe tener lugar de modo autónomo. En definitiva, la punibilidad —autónoma— de estas formas de intervención paralela postconsumativa dependerá de la semántica de la correspondiente redacción del tipo de delito.

2.2.2. La intervención postconsumativa punible como delito contra el bien jurídico del delito consumado

110 Entre el agotamiento —o terminación— de un delito y la eventual decisión de cometer otro, tienen lugar una serie de hechos cuya calificación no es fácil. Una de ellas es la figura que, en Derecho penal internacional, se denomina «responsabilidad del superior» (art. 28 del Estatuto de Roma; art. 615 bis CP español). En ella, entre otras modalidades de conducta, se establece la participación en un delito en virtud de su no persecución, lo que ciertamente impide que se active la norma de sanción del delito correspondiente. Otros hechos postdelictivos pueden calificarse como formas de intervención postconsumativas, en la medida en que agravan los efectos del delito anterior, cometido por el mismo sujeto o por terceros. Sin embargo, también es posible verlos como actos preparatorios o incentivadores de la hipotética comisión de delitos en el futuro. Así sucede, por ejemplo, con el ensalzamiento de actos delictivos cometidos por terceros, o con la posesión de pornografía infantil.

2.2.3. La intervención postconsumativa punible como delito contra la administración de justicia

111 Por lo demás, la intervención favorecedora postdelictiva —*auxilium post delictum*— se considera generalmente un delito contra la administración de justicia. Sin embargo, en realidad se trata de algo más. En efecto, tal intervención postdelictiva afecta a la norma de sanción del delito encubierto, pues dificulta la aplicación de esta. Por su parte, ciertamente las normas penales de sanción son idénticas en su estructura —relativa a la pretensión punitiva del Estado—, pero en sus presupuestos de contenido se vinculan a las normas de conducta más diversas. Así pues, el encubrimiento, al incidir en la norma de sanción del delito encubierto, también afecta indirectamente a la norma de conducta de este último. En suma, la norma de conducta que prohíbe el encubrimiento cumple una función de «resguardo» con respecto a la norma de sanción del delito encubierto.[139] Además, en última instancia, aunque de forma indirecta, la conducta de encubrimiento desestabiliza la norma de conducta principal que lesiona el autor del delito correspondiente. Ello se sigue manifestando en

[139] *Sánchez-Ostiz* (2004), 260 ss., 273.

la existencia de una cierta dependencia de la definición y la penalidad típica del encubrimiento con respecto a las propias del hecho encubierto.[140]

Esta dependencia la muestran asimismo otras conductas, frecuentemente 112
objeto de tipificación especial —los llamados «delitos ancilares»—. Una cuestión distinta es que el legislador decida sancionarlas de modo total o parcialmente autónomo, o de modo accesorio. Ciertamente, la tendencia legislativa es tipificarlos como delitos relativamente autónomos. Con todo, en muchos casos su autonomía es relativa, en la medida en que dependen de la calificación y de la pena establecida para el delito previo o posterior. Precisamente por ello se denominan delitos ancilares.[141]

2.2.4. El «autoencubrimiento»

Es posible realizar conductas de autoencubrimiento, como en general de 113
encubrimiento, antes del comienzo de la ejecución típica, durante esta o con posterioridad. Sin embargo, las conductas de autoencubrimiento —a diferencia de las de encubrimiento de terceros— no son en sí mismas delictivas, salvo que el legislador decida tipificarlas, normalmente como agravantes de otros delitos. Al respecto, cabe pensar en el recurso a un disfraz. Lo que sucede es que en algunos casos el autoencubrimiento tiene lugar mediante la comisión de un nuevo delito, como por ejemplo las falsedades documentales. Tradicionalmente, la comisión de nuevos delitos por parte del interviniente que pretende autoencubrirse de la realización de uno anterior ha merecido un trato matizado. Así, en el caso determinados delitos contra bienes jurídico-públicos —como las inhumaciones ilegales, las falsedades documentales o la omisión del deber de socorro— se reputó exenta de pena. Al respecto, las razones oscilaban entre el derecho a no declarar contra uno mismo, la inexigibilidad y la exclusión de su punibilidad por tratarse de hechos posteriores ya «copenados» en el delito principal. En cambio, la comisión posterior de delitos contra bienes jurídicos individuales, intrínsecos o extrínsecos, usualmente no se beneficiaba de este régimen (*cfr. infra* capítulo 26/96). Con todo, en las

---

[140] *Merkel*, PG, s/f, 155-156: «de donde se infiere, por un lado, la distinción, y por otro, el parentesco entre la participación o complicidad (*Teilnahme*) y el encubrimiento (*Begünstigung*). La primera viola el interés en que no se cause una determinada situación de cosas; el segundo viola el interés en que la situación ya originada ceda de nuevo el lugar a otra situación de cosas acomodada al Derecho. Sin embargo, en el fondo, no se trata sino de manifestaciones diversas de un interés realmente idéntico. El mantenimiento de una situación de cosas perjudicial afecta al mismo interés que el establecimiento de esa situación. El que, después de consumado un hurto, ayuda al ladrón a poner en seguridad la cosa hurtada atenta contra el interés del propietario de ella lo mismo que quien haya auxiliado al ladrón para la ejecución del delito, haciendo, por ejemplo, de vigilante. El primero no participa en la comisión del hurto, pero sí participa en la violación del interés del propietario y del interés general enlazado con este otro. Es, por consiguiente, erróneo creer que haya oposición entre la manera de concebir el encubrimiento, expuesta antes, y la que lo considera como un delito contra la administración de justicia».

[141] En el original inglés, «*ancillary crimes*». De *ancillus/a*: en latín, esclavo/a. *Balmaceda Quirós* (2014).

últimas décadas la situación ha cambiado. Por un lado, la jurisprudencia se ha manifestado más reticente a seguir su línea anterior. Por otro, el legislador tiende a una creciente incriminación explícita de esta clase de hechos. Incluso sucede que la realización programada de conductas de autoencubrimiento aparece como agravante de la conducta desaprobada. Un ejemplo de esto último puede hallarse en la legislación española en materia de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, cuando se recurre a paraísos fiscales o a la interposición de sociedades para dificultar el descubrimiento de los hechos (art. 305 bis c CP).

Capítulo 18

LA TEORÍA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Bibliografía seleccionada: *Alexander,* Deontology at the Threshold, San Diego L. R. 37 (2000), 893; *el mismo,* Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification, L&Ph 24 (2005), 611; *Alexy,* Teoría de los derechos fundamentales, 1997; *Ambos,* Terrorismo, tortura y Derecho penal: respuestas en situaciones de emergencia, 2009; *Amelung,* Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 1991, 94; *Baldó Lavilla,* Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Baron,* Putative Justification, JRE 13 (2005), 377; *la misma,* The Provocation Defense and the Nature of Justification, U. Michigan J. L. R. 43 (2009), 117; *Bazargan-Forward,* Vesting Agent-Relative Permissions in a Proxy, L&Ph 37 (2018), 671; *Berman,* Justification and Excuse, Law and Morality, Duke L.J. 53 (2003), 1; *el mismo,* Lesser Evils and Justification, L&Ph 24 (2005), 681; *Bellagamba,* I problematici confini della categoria delle scriminanti, 2007; *Berner,* La teoría de la legítima defensa (1848), 2020; *Bierling,* Juristische Prinzipienlehre, I, 1894; *Börner,* Das Erlaubnistatbestandsirrtum bei Fahrlässigkeitsdelikten, GA 2002, 276; *Borowski,* Absolute Rights and Proportionality, German Yearbook of International Law 56 (2013), 385 (=Derechos absolutos y proporcionalidad, Revista de Derecho del Estado 48 -2021-, 297); *Brandão,* O erro sobre os pressupostos das causas de justificação: um erro que pode excluir a ilicitude?, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 171; *Brugger,* Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 35 (1996), 67; *el mismo,* Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 167; *Cano Paños,* Caso de la Luftsicherheitsgesetz, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 911; *el mismo,* Análisis ético-jurídico de la denominada tortura de rescate, RDPC 12 (2014), 13; *el mismo,* En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal. El caso Jakob von Metzler y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho, 2017; *Carbonell Mateu,* La justificación penal, 1982; *el mismo,* El sistema de la justificación en el art. 20 CP, LH Valle Muñiz, 2001, 121; *Cavaliere,* L'errore sulle scriminanti nella teoría dell'illecito penale, 2000; *Cerezo Mir,* La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 17; *el mismo,* Valor de acción y valor del resultado en las causas de justificación, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 743; *Cobos Gómez de Linares,* Doctrinas unitaristas y exención de la responsabilidad penal, LH Rodríguez Ramos, 2013, 45; *Coca Vila,* Coches auto-pilotados en situaciones de necesidad, CPC 122 (2017), 235; *el mismo,* Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad, LH Reyes Echandía, 2022, 551; *Consulich,* Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti, 2018; *Corcoy Bidasolo,* Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa, ADPCP 1991, 903; *Córdoba Roda,* Las eximentes incompletas en el Código Penal, 1966; *Cortés Rosa,* La función de la delimitación de injusto y culpabilidad en el sistema del Derecho penal, LH Roxin, 1995, 267; *Cuello Contreras,* Elemento objetivo y elemento subjetivo de las causas de justificación, LH Valle Muñiz, 2001, 147; *Cuerda Riezu,* La colisión de deberes en Derecho penal, 1983; *el mismo,* Sobre el concurso entre causas de justificación, ADPCP 1990, 519; *el mismo,* Hechos omisivos y causas de justificación, LH Roxin, 1994, 51; *el mismo,* La prueba de las eximentes en el proceso penal, InDret 2/2014, 1; *de la Cuesta Aguado,* El fundamento de la justificación, LH Quintero Olivares, 2018, 313; *Dershowitz,* Why Terrorism Works, 2002; *Diamanti,* La scriminante ipotetica, RIDPP 2019,

1338; *el mismo*, Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali, 2019; *Díez Ripollés*, La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, ADPCP 1991, 715; *el mismo*, La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, en: Luzón/Mir (eds.), Causas, 1995, 87; *el mismo*, La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal, 2.ª, 2011; *Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905; *Doménech Pascual*, ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?, RAP 170 (2006), 380; *Donini/ Orlandi* (eds.), Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali, 2010; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnungen bei Rechtfertigungsgründen, 2003; *Dressler*, New Thoughts about the Concept of Justification in Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking, UCLA L. R. 32 (1984/1985), 61; *Dsouza*, Rationale-Based Defences in Criminal Law, 2017; *Duarte d'Almeida*, Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law, 2015; *el mismo*, Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework, Phil. Compass 11 (2016), 554; *Duff*, Rethinking Justifications, Tulsa L. R. 39 (2004), 829; *el mismo*, Excuses, Moral and Legal: A Comment on Marcia Baron's Excuses, Excuses, CL&Phil 1 (2007), 49; *el mismo*, Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law, 2007; *Eicker*, Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010; *Enderlein*, Abwägung in Recht und Moral, 1992; *Engisch*, Interessenjurisprudenz und Strafrecht, MschrKrim XXV (1934), 65; *el mismo*, Der rechtsfreie Raum (1952), en: el mismo, Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, 9; *el mismo*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe, ZStW 70 (1958), 587; *Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), 266; *Eser*, Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren, en: Albrecht (Hrsg.), Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag, 2000, 43; *G. Fernández*, El elemento subjetivo de justificación, 2015; *el mismo*, El error sobre las causas de justificación, FS Sancinetti, 2020, 313; *Figueroa Rubio*, Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes, Discusiones 18 (2016), 209; *Finkelstein*, When the Rule Swallows the Exception LQR 2000, 505; *Finnis*, Moral Absolutes, 1991 (=Absolutos morales, 1992); *Fletcher*, The Right Deed for the Wrong Reason, UCLA L. R. 23 (1975), 293; *el mismo*, Rethinking Criminal Law, 1978; *el mismo*, A Crime of Self-defense. Bernhard Goetz and the Law on Trial, 1988; *Fornasari*, Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca, en: Fiandaca (ed.) Sistema penale in transizione e ruolo del Diritto giurisprudenziale, 1997, 21; *Franckuski*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014; *Frisch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselement, FS Leckner, 1987, 114; *Frister*, Erlaubnistatbestandszweifel, FS Rudolphi 2004, 45; *García Amado*, ¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?, NFP 86 (2016), 12; *García-Huidobro*, Las normas morales que no admiten excepciones, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 12 (2005), 131; *García-Huidobro/ Miranda Montecinos*, ¿Cabe destruir una nave agresora en la que viajan pasajeros inocentes?, en: Cruz Cruz (ed.), Delito y pena en el Siglo de Oro, 2010, 125; *los mismos*, Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 (2013), 351; *Gardner*, Offences and Defences, Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, 2008; *Gil Gil*, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, 2002; *la misma*, Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto, RDPC 15 (2005), 95; *la misma*, El tipo subjetivo de las causas de justificación, en: Carbonell/Martínez (eds.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008, 67; *Gimbernat Ordeig*, El estado de necesidad: un problema de antijuricidad, en Estudios de Derecho penal, 3.ª, 1990, 218; *el mismo*, Justificación y exculpación en Derecho Penal español, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho Penal, 1995, 63; *Gössel*, Reflexiones sobre la relación entre norma y tipo: El error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación, CPC 68 (1999), 281; *Gómez Benítez*, El ejercicio legítimo del cargo, 1980; *Górriz Royo*, Límites a la justificación y a la culpabilidad penales, en: Carbonell/Martínez (eds.), Justificación 2008, 217; *Greco*, Las reglas detrás de la excepción, InDret 2/2007, 1; *Greenawalt*, The Perplexing Borders of Justification and Excuse, Columbia L. R. 84 (1984), 1897; *Greer*, Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really Absolute in International Human

Rights Law?, Human Rights L. R. 15 (2015), 1; *Grosse-Wilde*, Handlungsgründe und Rechtfertigungsgründe, ZIS 2011, 83; *Grosso*, L'errore sulle scriminanti, 1961; *H.-L. Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo*, La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal, en: Luzón/Mir (eds.), Causas, 1995, 45; *Guerra Espinosa*, Estado de necesidad como conflicto de intereses, 2017; *el mismo*, Ambivalencia en el principio del interés preponderante, R. D. P. U. C. Valparaíso 49 (2017), 187; *Gur-Arye*, Should the Criminal Code Distinguish between Justification and Excuse, Canadian Journal of Law and Jurisprudence V (1992), 215; *la misma*, Justifying the Distinction between Justifications and Powers, CL&Phil 5 (2011), 293; *Hassemer*, Justificación procedimental en el Derecho penal, en: Hassemer/Larrauri, Justificación material y justificación procedimental en Derecho penal, 1997, 12; *Hauser*, Moral Minds. How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong, 2006; *Heinitz*, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, FS E. Schmidt, 1961, 266; *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandrechts, 2016; *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005; *Hilgendorf* (Hrsg.), Rechtswidrigkeit in der Diskussion, 2018; *H.-J. Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, GS Tjong, 1985, 50; *el mismo*, La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito, en: Eser/Gimbernat /Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 33; *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale L. J. 26 (1917), 710; *el mismo*, Fundamental Legal Conceptions, 1919; *Hoyer*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigüngsgründe, ARSP Beiheft 104 (2005), 99; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtsfertigungsgründe, FS Dreher, 1977, 189; *el mismo*, ¿Realmente es limitada la teoría limitada de la culpabilidad?, en: el mismo, Imputación, 2005, 127; *el mismo*, El objeto del juicio de antijuridicidad según el Derecho penal actual, en: Imputación, 2005, 101; *Huerta Tocildo*, Sobre el contenido de la antijuricidad, 1984; *Hurd*, Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability, Notre-Dame L. R. 74 (1999), 1551; *Husak*, Conflicts of Justification, L&Ph 18 (1999), 41; *Jakobs*, Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand, FS Krey, 2010, 207; *el mismo*, Der sogenannte Erlaubnistatbestandsirrtum, FS Paeffgen, 2015, 221; *el mismo*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020; *Joerden*, Spuren der duplex-effectus-Lehre im aktuellen Strafrechtsdenken, FS Jakobs, 2007, 235; *Arth. Kaufmann*, Zur Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale, JZ 1954, 653; *el mismo*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, FS Maurach, 1972, 327; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 255; *Kindhäuser*, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, JRE 2 (1994), 342; *el mismo*, El denominado riesgo no permitido, en: el mismo, Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo, 2007, 49; *el mismo*, Zur Drittwirkung strafrechtlicher Verhaltensnormen, FS Neumann, 2017, 917; *el mismo*, Setzt Unrecht Schuld voraus?, FS Merkel, I, 2020, 351; *Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; Köhler, Recht und Gerechtigkeit, 2017; *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; *Kuhlen*, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, FS Roxin, 2001, 331 (=el mismo, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021, 189); *el mismo*, Kongruenz zwischen Erfüllung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes bei Rechtfertigungsgründen, FS Beulke, 2015, 153; *Kunz*, Liberalismus und Kommunitarismus in Straftheorie und Kriminalpolitik, FS Kaiser, 1998, I, 859; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *el mismo*, Unvollkommen-zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, 7; *Lange*, Zum Bewertungsirrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, 1994; *Larrauri Pijoan*, Función unitaria y función teleológica de la antijuridicidad, ADPCP 1995, 865; *Laurenzo Copello*, El aborto no punible, 1990; *Lenckner*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtsfertigung, GA 1985, 295; *Lermann*, La omisión por comisión, 2013; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999; *von der Linden*, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, 1988; *Luzón Peña*, Causas de atipicidad y causas de justificación, en: Luzón/Mir (eds.), Causas, 1995, 21; *el mismo*, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, LH Vives Antón, II, 2009, 1189; *Maihold*, Die

Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg, Ancilla Iuris 2007, 1; *Mañalich,* Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, REJ 3 (2003), 147; *el mismo,* Normas permisivas y deberes de tolerancia, RChD 41 (2014), 473 (=en: Pawlik *et al.* -eds.-, La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013, 177); *el mismo,* Norma, causalidad y acción, 2014; *el mismo,* ¿Injusto específico versus injusto genérico?, LH Díez Ripollés, 2023, 873; *Maqueda Abreu,* Los elementos subjetivos de justificación, LL 1984-2, 1091; *Martínez-Buján,* El error en la teoría jurídica del delito, 2017; *el mismo,* El especial elemento subjetivo de la justificación en las causas mutiladas de dos actos: en el ejemplo de la detención practicada por un particular, LH Zugaldía Espinar, 2021, 267; *el mismo,* Los elementos subjetivos de la antijuridicidad, 2021; *McNaughton/Rawling,* Value and Agent-Relative Reasons, Utilitas 7 (1995), 3; *Méndez Rodríguez,* Consideraciones sobre el valor del resultado en las causas de justificación y su relación con el elemento subjetivo de justificación, LH Díaz Pita, 2008, 389; *R. Merkel,* Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895; *Mezger,* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 207; *Minas von Savigny,* Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *Mir Puig,* Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, 661; *el mismo,* Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, RECPC 6 (2004), 1; *Miranda Montecinos,* El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico, RChD 35 (2008), 485; *el mismo,* El principio del doble efecto, 2014; *Mitsch,* Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004; *Möller,* Two Conceptions of Positive Liberty: Towards an Autonomy Based Theory of Constitutional Rights, OJLS 29 (2009), 757; *Molina Fernández,* El estado de necesidad como ley general, RDPC 1 (2000), 199; *el mismo,* Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *el mismo,* Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal, en: Carbonell/Martínez (eds.), La justificación, 2008, 13; *el mismo,* Caso de los intermediarios en secuestros, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 485; *Montiel Fernández,* La analogía in bonam partem en el Derecho penal, 2009; *el mismo,* Regulaciones de excepción y prohibición de analogía, InDret 3/2013, 1; *el mismo,* Legalidad e imputación en Derecho penal, 2020; *Moore,* Torture and the Balance of Evils, Israel L. R. 23 (1989), 280; *el mismo,* Placing Blame, 1997; *Moreso Mateos,* Principio de legalidad y causas de justificación, Doxa 24 (2001), 525; *Moura,* Ilicitude penal e justificação, 2015; *Münzberg,* Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Muñoz Conde,* El error en Derecho penal, 1989; *el mismo,* ¿«Legítima» defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación, EPC XV (1991), 280 (=LH Roxin, 1995, 183); *el mismo,* Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, RP 24 (2009), 122; *el mismo,* Estado de necesidad y tortura, LH Mir Puig, 2017, 769; *Nagler,* Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, FS Binding, 2, 1911, 273; *Navarro,* Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos, Isonomía 34 (2011), 109; *Nino,* Juicio al mal absoluto, 1996; *Noll,* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, 1955; *el mismo,* Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; *Nourse,* Reconceptualizing Criminal Law Defenses, U. Pennsylvania L. R. 151 (2003), 1691; *Oberdiek,* Specifying Rights Out of Necessity, OJLS 28 (2008), 127; *Ortiz de Urbina,* La teoría de los elementos negativos del tipo: ¿Una invención jurídico-penal?, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1393; *el mismo,* De moscas y agresores muertos, InDret 3/2008, 1; *el mismo,* El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: argumentos para su consagración legislativa, LH Ortiz Quiroga, 2020, 237; *el mismo,* La función de llamada del tipo positivo en el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 787; *Ortiz de Urbina/Montaner,* Einwirkung einer Garantenstellung auf die Reichweite von Rechtfertigungsgründen, GA 2013, 651; *Paeffgen,* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; *el mismo,* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, GS Arm. Kaufmann, 1989, 399;*Pantaleón Díaz,* Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *la misma,* Justificación penal, sacrificio y unas abejas, ADPCP 2022, 589; *Pawlik,* Der rechtfertigende Notstand, 2002; *Pawlik/Kindhäuser et al.* (eds.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013; *Pérez Alonso,* La duda sobre la prohibición, ADPCP 1995, 71; *Perron,* Rechtfertigung und Ents-

chuldigung im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *el mismo,* Justificación y exculpación en Derecho penal alemán, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1994, 73; *el mismo,* Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán, en: Luzón/Mir (eds.), Causas, 1995, 67; *el mismo,* Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, FS Lenckner,1998, 227; *Peters,* Die Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehung zur Rechtswidrigkeit, Verw. Arch. 29 (1922), 369; *Philipps,* Moralische Doppelwirkungen —die Wiederkehr einer naturrechtlichen Denkfigur aus dem Internet, FS Hassemer, 2010, 199; *Piña Rochefort,* La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law, 2002; *Pomares Cintas,* La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes, 2004; *Puppe,* Justificación y certeza, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012, 251; *la misma,* La estructura de la justificación, en: El Derecho penal, 2014, 317; *la misma,* Der Umkehrschluss, ZStW (128) 2016, 301; *Quong,* Agent-Relative Prerrogatives to Do Harm, CL&Phil 10 (2016), 815; *Rath,* Das subjektive Rechtfertigungselement, 2002; *Renzikowski,* Notstand und Notwehr, 1997; *el mismo,* Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, JRE 13 (2005), 643; *el mismo,* Pflichten und Rechte — Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, 561; *Rinck,* Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000; *Robinson,* A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability, UCLA L. R. 23 (1975), 266; *el mismo,* Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis, Columbia L. R. 82 (1982), 199; *el mismo,* Structure and Function in Criminal Law, 1997; *Robles Planas,* En los límites de la justificación, LH Mir Puig, 2010, 445; *el mismo,* Sobre la exclusión del injusto penal, en: el mismo, Estudios de dogmática jurídico-penal, 2014, 185; *Rodríguez Mourullo,* Legítima defensa real y putativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1976; *Rödig,* Zur Systematik des Verbrechensaufbaus, FS Lange, 1976, 39; *Romano,* Cause di giustificazione, cause escusanti, cause di non punibilità, RIDPP 1990, 55; *el mismo,* Cause di giustificazione procedurali?, RIDPP 2007, 1269; *Roxin,* Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa, CPC 17 (1982), 297; *el mismo,* ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, CPC 83 (2004), 23; *el mismo,* El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, InDret 4/2012, 1; *Rudolphi,* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, GS Arm. Kaufmann, 1989, 371; *Saliger,* Prozedurale Rechtfertigung im Strafrecht, FS Hassemer, 2010, 599; *Sánchez Dafauce,* Algunos problemas singulares de la antijuridicidad penal, NFP 93 (2019), 76; Sánchez Lázaro, Una teoría de la argumentación jurídico-penal, 2009; *Sánchez-Ostiz,* Imputación y teoría del delito, 2008; *Menezes Sanhudo,* Exclusão da ilicitude e justificação putativa: uma redefinição de fronteras, 2021; *Sanz Morán,* Los elementos subjetivos de justificación, 1993; *el mismo,* Teoría general de la justificación, RP 5 (2000), 74; *el mismo,* Los elementos subjetivos de justificación, LH Valle Muñiz, 2001, 723; *el mismo,* Naturaleza del sistema de justificación, en: Carbonell/Martínez (eds.), Justificación, 2008, 37; *Scanlon,* Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame, 2008; *Schiaffo,* L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma, RIDPP 1994, 1003; *el mismo,* Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato, 1998; *el mismo,* Riflessioni critiche intorno ad un dogma: l'antigiuridicità generica, RIDPP 1999, 1075; *Schmid,* Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, 2002; *Schneider,* Die Auslegung von Rechtfertigungsgründen am Beispiel der strafprozessualen Ermächtigungsvorschriften, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung, 2017, 141; *Schroth,* Die Annahme und das Für-Möglich-Halten von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, FS Arth. Kaufmann, 1993, 595; *Schünemann,* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft, GA 1985, 341; *el mismo,* La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, LH Roxin, 1995, 205; *Schünemann/ Greco,* Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, GA 2006, 777; *Schweiger,* Prozedurales Strafrecht, 2018; *Sessa,* Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato, 2018; *Shafer-Landau,* Specifying Absolute Rights, Arizona L. R. 37 (1995), 209; *Silva Olivares,* Imputación y causas de justificación, REJ 18 (2013), 25; *Silva Sánchez,* Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal Español, ADPCP 1982, 663; *el mismo,* Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad, ADPCP, 1987, 647; *el mismo,* Sobre las actuaciones en una situación de

necesidad que no implican deberes de tolerancia, en: Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 155; *el mismo,* Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007; *el mismo,* Los indeseados como enemigos, RECPC 9 (2007), 1; *el mismo,* Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 979 (=en: Mañalich (ed.), La ciencia penal en la Universidad de Chile, 2013, 229); *el mismo,* ¿Adiós a un concepto unitario de injusto?, InDret 3/2014, 1; *el mismo,* Imputación objetiva y causas de justificación, DPC 52 (2015), 173; *Simón Yarza,* Entre el deseo y la razón, 2017; *el mismo,* Ley natural y realismo clásico, 2022; *Spagnolo,* Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti, 1980; *Stratenwerth,* Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), 41; *el mismo,* Prozedurale Regelungen im Strafrecht, FS Hassemer, 2010, 639; *Suárez Montes,* Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo, 1963; *el mismo,* Reflexiones en torno al injusto penal, en Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y causas de atipicidad, 1995, 187; *Tadros,* Ilícito y motivación, en: Duff/Green (eds.), Fundamentos filosóficos, 2020, 227; *Thorburn,* Justifications, Powers, and Authority, Yale L. J. 117 (2008), 1070; *Tomás-Valiente,* El efecto oclusivo entre causas de justificación, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1039; *la misma,* El concurso entre causas de justificación: Una aproximación, en: Carbonell/Martínez (eds.), Justificación 2008, 135; *la misma,* El efecto oclusivo entre causas de justificación, 2009; *Torío López,* Elementos teleológicos y científicos en el tipo del injusto, LH Valle Muñiz, 2001, 817; *el mismo,* Antinormatividad y tipicidad. Perspectiva británica y continental europea, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1677; *la Torre,* La justicia de la tortura. Variaciones sobre el tema, Revista de Derecho del Estado 47 (2020), 3, *Trapero Barreales,* Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal, 2000; *la misma,* El examen conforme a deber, LH Valle Muñiz, 2001, 827; *la misma,* El error en las causas de justificación, 2004; *Troxler,* Die Universalität von Rechtfertigungsgründen im Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, 2014; *Valle Muñiz,* Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas, ADPCP 1992, 561; *el mismo,* El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994; *el mismo,* La naturaleza graduable de lo injusto, LH Roxin, 1997, 439; *de Vero,* Le scriminanti putative, RIDPP 1998, 773; *Viganò,* Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, 2000; *Waldron,* The Role of Rights in Practical Reasoning: Rights versus Needs, J. Eth. 4 (2000), 115; *el mismo,* Self-Defense: Agent-Neutral and Agent-Relative Accounts, California L. R. 88 (2000), 711; *el mismo,* Torture, Terror and Trade-offs. Philosophy for the White House, 2010; *Walen,* The Mechanics of Claims and Permissible Killing in War, 2019; *Walter,* Der Kern des Strafrechts, 2006; *Warda,* Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, FS Maurach, 1972, 143; *el mismo,* Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, FS Welzel, 1974, 499; *el mismo,* Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung, FS Lange, 1976, 119; *Webber,* Proportionality and Absolute Rights, LSE Working Papers 10/2016, 1; *van Weezel,* Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad, PolítCrim 26 (2018), 1074; *Wertheimer,* Coercion, 1988; *Westen,* Individualizing the Reasonable Person in Criminal Law, CL&Phil 2 (2008), 137; *el mismo,* Is Intent Constitutive of Wrongdoing?, FS Duff, 2011, 193; *el mismo,* Unwitting Justification, San Diego L. R. 55 (2018), 419; *Wilenmann,* Injusto, justificación e imputación, en: Pawlik *et al.* (eds.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013, 99; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo,* La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal, LH Roxin, 1994, 65.

I. LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

1. GENERALIDADES

1 Las legislaciones penales surgidas de la codificación del siglo XIX se asientan sobre la distinción fundamental entre los tipos legales de delito, por un lado,

y las eximentes de responsabilidad criminal, por el otro.[1] En efecto, el sujeto que lleva a cabo una conducta que realiza la definición legal de una figura de delito puede, pese a ello, quedar exento de pena. Por su parte, son eximentes todas aquellas circunstancias —«causas» o «razones»— por las que, pese a la tipicidad de la conducta del sujeto, no cabe apreciar en esta la concurrencia de un hecho punible. Así, en la legislación española la mayoría de las eximentes se hallan descritas en el art. 20 CP, mientras que el resto de ellas se encuentran dispersas en distintos lugares de la Parte General y de la Especial. Así, por ejemplo, la regulación de los casos de error invencible de tipo y de prohibición se halla en el art. 14 CP español. Por poner otro ejemplo, la regulación de la «excusa absolutoria» de parentesco, que excluye la punibilidad de los delitos patrimoniales no violentos se contiene en el art. 268 CP español.

Las eximentes pueden ser consideradas excepciones en un doble sentido. 2
Por un lado, su apreciación conduce al juez a separarse de la literalidad de las reglas legales de la Parte Especial, en las que la imposición de la pena se asocia aparentemente a la mera concurrencia del tipo delictivo. Constituyen, por tanto, reglas de no-asignación de responsabilidad pese a la realización de una conducta típica. Sin embargo, esto no quiere decir que todas ellas sean reglas de (no-)imputación, sino que, como se verá, muestran una naturaleza diversa. Por otro lado, las eximentes pueden entenderse también como excepciones (lat. *exceptio*) en sentido estricto, esto es, como causas de oposición a una *actio* —a una acción en sentido procesal—. Esta segunda forma de entenderlas es criticable por las resonancias civilistas que tiene.[2] En particular, porque redunda en la idea de que la prueba de los tipos le corresponde a la acusación y la de las eximentes, en cambio, a la defensa. Por lo demás, en nuestra tradición la relación de las eximentes legales con el proceso penal no es directamente evidente.

Es cierto que en el sistema penal español existen huellas de una visión pro- 3
cesal de las causas de exención de responsabilidad. Estas pueden detectarse en las disposiciones legales y en las doctrinas jurisprudenciales relativas al sobreseimiento del proceso penal, así como en las que se refieren a la carga y al estándar de la prueba. En efecto, en estas reglas legales se distingue entre el «hecho» y las «eximentes» (art. 637 LECrim). Así, se ha entendido que la ausencia de alguno de los elementos del «hecho» debe conducir a la no incoación del procedimiento o a su sobreseimiento. En cambio, se ha vacilado en relación con si las eximentes debe probarlas la defensa y deben estar tan probadas «como el hecho mismo». En esta línea, en ocasiones se ha entendido que la determinación de la concurrencia o no de los elementos de las eximentes ya sería materia de juicio oral.

Sin embargo, lo cierto es que, a diferencia de los sistemas angloamericanos, 4
nuestra cultura jurídica no contempla las eximentes desde un punto de vista

[1] *Consulich* (2018), 9 ss.

[2] *Cuerda Riezu*, InDret 2/2014, 1 ss.

claramente procesal.[3] En efecto, en el mundo angloamericano la orientación procesal se refleja incluso en la terminología, pues las denomina «defensas» —tanto negativas como afirmativas—.[4] Así, las defensas negativas se entienden como excepciones internas a las definiciones de las figuras delictivas. Concretamente, estas excluyen la parte objetiva —*actus reus*— o la subjetiva —*mens rea*— del hecho y, con ello, el propio hecho constitutivo de delito la propia —*offense*—. En cambio, las defensas afirmativas —tanto las exculpatorias como las no exculpatorias, que responden a razones de política pública— se conciben como auténticas excepciones externas a las reglas que definen las figuras de delito y les asignan un marco de pena.

2. LA POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL DE LAS EXIMENTES

5 Sentado lo anterior, debe afirmarse que son dudosas tanto la posibilidad como la conveniencia de construir una teoría general de las eximentes que vaya más allá de lo que se acaba de señalar.[5] Ciertamente, existen cuestiones comunes a todas ellas. Como luego se verá, una figura común muy relevante en los sistemas legales de eximentes es la «eximente parcial» —que en el sistema español se denomina «eximente incompleta»—.[6] Además, en varias eximentes se suscitan las cuestiones —relativamente comunes— que conciernen a la provocación de los presupuestos de la exención y a la concurrencia de deberes especiales de sacrificio. Más allá de esto, solo cabe efectuar la pura constatación formal de que todas ellas son reglas legales más generales que los tipos —lo más frecuente es que se regulan en la Parte General— y de que son beneficiosas para el reo. En realidad, esta última cuestión ha venido siendo muy relevante. En efecto, ha dado lugar a una menor exigencia de taxatividad, así como a la admisión de la posibilidad de llevar a cabo en ellas las operaciones de reducción teleológica y de analogía *in bonam partem*. Sin embargo, estas diferencias, como ya se ha indicado, han entrado en crisis. En lo restante, la diversidad existente entre unas y otras eximentes impide cualquier pretensión uniformizadora adicional. En realidad, esta variedad incluso puede repercutir en la referida dimensión de legalidad, por ejemplo, en la medida en que incida en el establecimiento de diferencias en cuanto a la aplicación analógica *in bonam partem*.[7] Hay razones, pues, para hacer prevalecer lo distintivo sobre lo común a todas las eximentes.

6 Una perspectiva unitaria en el trato de las eximentes es, por ejemplo, la que parte de que todas ellas sirven a la concreción de la regla contenida en el tipo legal («el que matare a otro...será castigado»). Es decir, que constituyen

---

[3] *Piña Rochefort* (2002).

[4] En el original inglés: «*negative defenses*» o bien «*affirmative defenses*».

[5] *Montiel Fernández*, InDret 3/2013, 1 ss.

[6] *Córdoba Roda* (1966); *Schiaffo* (1998).

[7] Distinciones en *Montiel Fernández*, InDret 3/2013, 14 ss.

elementos para determinar cuál es el auténtico alcance de dicha regla legal a los efectos de imponer una pena. Esta posición entiende que ninguna de ellas excluye la prohibición, sencillamente porque no existen las normas de conducta. Así, todas —desde las causas de justificación hasta las de exclusión de la pena— pertenecen al ámbito de la norma de sanción.[8] Otra perspectiva, que hay que reputar tendencialmente unitaria, es la que entiende que solo cuando concurre el conjunto de presupuestos de la sanción penal puede afirmarse que se ha realizado la conducta prohibida. Esto se manifiesta en una concepción de la norma como expectativa de conducta, de modo que los conceptos de «lesión de la norma» y de «imputación del injusto culpable» a un sujeto son equivalentes. También esta perspectiva conduce a una tendencia a la irrelevancia de las distinciones dentro del concepto de injusto culpable o incluso dentro del concepto de hecho punible.

3. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EL RESTO DE LAS EXIMENTES

3.1. La relevancia de la teoría de las normas

La doctrina dominante considera con razón que es necesario establecer 7
distinciones entre las eximentes. Así, es común distinguir entre las causas de justificación, por un lado, y el resto de las eximentes, por el otro.[9] En este punto nuestra tradición se diferencia de la angloamericana, en la que todavía se duda de la conveniencia de distinguir entre «justificaciones» y «excusas».[10] En efecto, las causas de justificación se diferencian del resto de eximentes en que no constituyen meras reglas de no imputación de responsabilidad. Así pues, no pertenecen al ámbito sistemático de la norma de sanción. Por el contrario, constituyen reglas de valoración que contribuyen a establecer el contenido de la propia norma de conducta.[11] Expresado de otro modo, afectan a la calificación deóntica del hecho del agente. Esto significa que la justificación no solo da lugar a la exención de responsabilidad del sujeto activo, sino que determina que la conducta de este no constituya siquiera una lesión del Derecho, ni de ningún derecho subjetivo del sujeto pasivo.

Por su parte, las restantes eximentes, que se ubican en el ámbito sistemático 8
de la norma de sanción, son diversas entre sí. Por un lado, tienen en común con las causas de justificación que legitiman la no imposición de castigo por la realización de conductas típicas. Sin embargo, son distintas de aquellas pues precisamente eximen de responsabilidad a alguien que ha realizado una conducta antijurídica. Además, las razones por las que se excluye la sanción de conductas antijurídicas son, a su vez, diversas entre sí. Así, algunas de ellas tienen que ver

---

[8] *von der Linde* (1988), 280 ss., 292; *Hoyer* (1997); *Rinck* (2000); *Schmid* (2002), 96 ss.

[9] *Consulich* (2018), 171 ss.

[10] *Greenawalt*, Columbia L. R. 84 (1984), 1897 ss.; *Gur-Arye*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence V (1992), 215 ss.; *Hurd*, Notre-Dame L. R. 74 (1999), 1551 ss.

[11] *Garvey* (2020), 62.

con la exclusión de la imputación del hecho antijurídico al sujeto activo. En cambio, otras excluyen la responsabilidad de sujetos a quienes se les imputa un hecho antijurídico. Como ya se ha indicado, unas y otras también plantean la necesidad de legitimar la exclusión de la sanción frente al sujeto pasivo, pues en caso de apreciación de aquellas este último sufre una disminución de la protección penal. Esta disminución deriva de la retirada de la norma de sanción en su función de refuerzo instrumental de la norma de conducta.

3.2. Las cuestiones centrales de las causas de justificación

9 Las cuestiones centrales en lo relativo a las causas de justificación son cuatro: (i) la normológica-formal; (ii) la axiológica-material; (iii) la dogmática-estructural; y (iv) la de legalidad. La primera tiene por objeto la relación de las permisiones con los mandatos y prohibiciones. La segunda, el fundamento material del carácter justificado de una conducta. La tercera, las relaciones dogmáticas entre la conducta y el resultado justificados, así como las existentes entre la situación intersubjetiva y la representación subjetiva en contextos de justificación. En fin, la cuarta tiene por objeto discutir la posibilidad de reducir teleológicamente las causas de justificación ya existentes, así como de crear nuevas causas de justificación por analogía *in bonam partem*. Las cuatro cuestiones tienen cierta autonomía, pero no son independientes, sino que existen diversas relaciones entre ellas.

II. LA PERMISIÓN

1. EL CONCEPTO DE PERMISO

1.1. Generalidades

10 Todo lo que no está prohibido está permitido. Esta regla es la cláusula de cierre de cualquier sistema jurídico y expresa un permiso débil que cabe entender como «libertad» básica. Sin embargo, tal regla no depende solo del Derecho penal. Existen obviamente hechos que, aunque sean penalmente atípicos, están prohibidos y son relevantes para el Derecho civil de daños o el Derecho administrativo sancionador. Por ello, no constituyen ejercicio de libertad, sino que pueden ser sometidos a toda clase de restricciones. En particular, el Estado puede impedir su realización. En cambio, cuando a la atipicidad penal se añade la no ilicitud extrapenal, puede afirmarse, según se ha indicado, que la conducta del agente está amparada por un permiso débil. En algunos casos, la atipicidad de la conducta va acompañada incluso de un permiso explícito (regulatorio) extrapenal para su realización. En tales casos es posible que el propio permiso extrapenal —fuerte— constituya el fundamento de su atipicidad penal —es decir, de su permisión penal débil— (*cfr. supra* capítulo 10/85) o bien, en todo caso, de su justificación —esto es, de un permiso fuerte con incidencia también en Derecho penal—.

Las conductas penalmente típicas afectan gravemente a una esfera ajena de bienes o, en todo caso, a las condiciones básicas de disfrute de esos bienes. Esta afirmación vale no solo para las conductas incondicionadamente típicas, sino también para las condicionadamente típicas (*cfr. supra* capítulo 15/15). Así las cosas, unas y otras, en tanto que lesiones de una esfera ajena penalmente protegida, ya no pueden ser objeto de un permiso débil. Por el contrario, solo cabe una de dos: o bien son antijurídicas; o bien están justificadas. En efecto, una conducta es antijurídica cuando contraviene el Derecho.[12] En cambio, la concurrencia de una causa de justificación en una conducta determina que esta sea conforme a Derecho. En este punto conviene advertir que las causas de justificación, aunque (también) estén contempladas en el Código penal, no limitan sus efectos al Derecho penal. Por el contrario, alcanzan a cualquier conducta jurídicamente relevante, caracterizándola como conforme al ordenamiento jurídico. Ciertamente, esto no quiere decir que las conductas justificadas carezcan necesariamente de toda consecuencia civil o administrativa. Sin embargo, sí significa que tales consecuencias no pueden tener su origen en una ilicitud de la que las conductas justificadas carecen. Así, por ejemplo, si la realización de una conducta justificada da lugar, pese a todo, a ciertas obligaciones civiles de compensación, ello es debido a consideraciones distributivas propias de ese ámbito y no a la ilicitud del hecho. De hecho, cabe que la obligada a resarcir sea una persona distinta del sujeto activo del hecho —que ni siquiera haya intervenido en el hecho—, o bien el propio Estado (*cfr. infra* capítulo 20/107). 11

1.2. ¿Antijuridicidad general o «teleológica»?

Como se ha indicado, las conductas típicas y no justificadas son antijurídicas. A este respecto, la doctrina ha discutido si el concepto de antijuridicidad es unitario —o general— o bien, por el contrario, existen diversos conceptos de antijuridicidad dentro del conjunto del ordenamiento jurídico. Pues bien, en este punto es preciso distinguir entre las conductas amparadas por una justificación general y aquellas a las que solo alcanza una «justificación teleológica penal» —mejor: una causa de exclusión del carácter penalmente prohibido del hecho—. Como después se expondrá con detenimiento, las primeras no son antijurídicas, de modo que no infringen la norma de conducta. En cambio, las conductas sí son antijurídicas; es decir, infringen la norma general de conducta. Sin embargo, no están prohibidas bajo pena, de modo que no realizan el supuesto de hecho de la norma de sanción penal. Expresado de otro modo, poseen antijuridicidad general —son contrarias a Derecho— pero les falta la antijuridicidad penal. 12

Sentado esto, la pregunta relativa a si la antijuridicidad que le interesa al Derecho penal es la «general» o, por el contrario, la «teleológica», tiene que abordarse desde dos perspectivas distintas. Desde el punto de vista de la norma de conducta, el concepto de antijuridicidad es unitario, de modo que una 13

[12] *Nagler*, FS Binding, II,1911, 273 ss.

conducta o es conforme o contraria al ordenamiento jurídico. En este punto influyen tanto el principio de unidad del ordenamiento jurídico como el de subsidiariedad del Derecho penal. Por tanto, lo que es lícito civil y administrativamente no puede constituir un ilícito penal. Ahora bien, obviamente lo que es ilícito civil o administrativamente no tiene por qué ser ilícito penal.

14 En cambio, desde el punto de vista funcional-teleológico es inevitable hacer distinciones, pues el juicio de antijuridicidad responde a fines diversos en cada uno de los sectores del ordenamiento.[13] Esto ya se advierte a propósito de la categoría de la tipicidad penal, como expresión del injusto penal específico de una figura de delito. En efecto, para el Derecho civil de daños, el concepto de ilícito específico se asocia estructuralmente a la producción de un resultado dañoso no justificado, pues su finalidad es la reparación, matizada por otras funciones de gestión sectorial eficiente. En cambio, el Derecho administrativo sancionador maneja un concepto de ilícito específico que se identifica con un estado de cosas peligroso (incluso solo formalmente peligroso). Ciertamente, su misión es la de prevenir mediante desincentivos la concreción de riesgos en lesiones, de un modo sectorialmente eficiente.[14] En el Derecho penal, por su parte, es importante servirse de un doble concepto de antijuridicidad. Por un lado, del concepto general de antijuridicidad. La antijuridicidad general, también para la dogmática del Derecho penal, viene dada por la lesión del Derecho —por la realización del contenido vetado por la norma de conducta—. Sin embargo, por otro lado, la dogmática del Derecho penal maneja un concepto teleológico que tiene que ver con la peculiaridad de la pena como consecuencia jurídica que responde comunicativamente al injusto culpable del agente. Lo propio del Derecho penal es el injusto merecedor de pena.

15 Esto plantea la cuestión de si el concepto funcional de antijuridicidad penal exige, por esa misma razón, la propia imputación subjetiva y la culpabilidad del agente. Esta cuestión, ya considerada más arriba, fue uno de los temas más debatidos a finales del siglo XIX, y ha resurgido con especial fuerza en las últimas décadas. Pues bien, la antijuridicidad específicamente penal —la antijuridicidad punible— constituye la expresión de la infracción de un deber jurídico-penal. A su vez, esto determina que la exclusión de la culpabilidad general ciertamente elimine el injusto específicamente penal —por razones subjetivas—. Sin embargo, además, existen otras situaciones en las que, sin excluirse la culpabilidad, se elimina el injusto punible. A su vez, ello puede ser debido a dos clases de razones. Por un lado, a razones objetivas —que van más allá del alcance de las causas de justificación—. Por otro, a razones personales —que van más allá del estricto alcance de las causas de exclusión de la culpabilidad—. Como se advierte, el concepto específico de antijuridicidad punible es teleológico, pues tiene en cuenta la especificidad de la consecuencia jurídica de la infracción: la pena. Por eso, solo es aplicable al Derecho penal

[13] *Kirchhof* (1978).

[14] *Peters*, Verw. Arch. 29 (1922), 369 ss.

de las penas para las personas físicas. En efecto, tanto el Derecho penal de las personas jurídicas como el de las medidas de seguridad presuponen un concepto de antijuridicidad distinto. Sus consecuencias jurídicas son materialmente distintas de la pena y ni uno ni otro retribuyen un injusto culpable.

1.3. ¿Justificación funcional-teleológica?

1.3.1. Los problemas terminológicos

Sentado lo anterior, es preciso pasar de la constitución del injusto penal específico a su exclusión. Pues bien, la doctrina vacila acerca de si procede identificar las eximentes legales que se reputan tradicionalmente «justificantes» con el criterio rector de la justificación general o el de la teleológica. La consecuencia de esta disputa no explicitada es que el término «justificación» se utiliza para designar situaciones distintas. Así, algunos autores se han referido a las eximentes consideradas justificantes como causas de no prohibición. Sin embargo, esta expresión es tan ambigua como la de justificación, pues puede significar dos cosas. Por un lado, que aquellas son causas de «no prohibición por el Derecho». Por otro, que definen situaciones en las que concurre una prohibición por el Derecho, pero se da una «no prohibición bajo pena jurídica». **16**

En función de que se entienda lo uno o lo otro, como puede advertirse, las eximentes que se denominan, sin más, justificantes pasan a integrarse en el ámbito de la norma de conducta o bien a ubicarse en el de la norma penal de sanción. Además, en este mismo marco, hay que situar tres debates terminológicos adicionales. Por un lado, el de si tiene sentido la distinción entre las causas de justificación y unas supuestas causas de no prohibición[15] o «de exclusión del injusto penal». Por otro, el de si existen ciertas causas de justificación denominadas «personales»,[16] que se añadirían a las «sociales»,[17] es decir, las tradicionales.[18] En fin, el de si la suposición errónea e intersubjetivamente invencible de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación es, a su vez, una «causa de justificación». **17**

1.3.2. La justificación y la exclusión de la prohibición bajo pena

Las causas de exclusión de la prohibición bajo pena —denominación preferible a la de causas de exclusión del injusto penal—, al igual que las denominadas causas personales y las causas subjetivas de justificación, se examinarán con detalle más adelante. Entonces se propondrá un abordaje sistemático de todo este conjunto de situaciones que permite desterrar razonablemente la **18**

---

[15] *Gimbernat Ordeig* (1990), 218 ss.; *el mismo* (1995), 63 ss.; *Larrauri Pijoan*, ADPCP 1995, 865 ss.; *Molina Fernández* (2001), 663-664; *Sánchez Dafauce* (2016), 332 ss.; *Pantaleón Díaz* (2022), 203 ss.; *la misma*, ADPCP 2022, 589 ss.

[16] En el original inglés: «*agent-relative*».

[17] En el original inglés: «*agent-neutral*».

[18] *Westen*, FS Alexander, 2019, 80-81.

confusa terminología, así como intentar ordenar las soluciones propuestas por la doctrina a los diferentes grupos de casos.[19] Con todo, ya aquí conviene adelantar algunas nociones fundamentales. El punto de partida es que las causas de justificación, ya por su etimología, tienen el sentido de determinar que la conducta es justa, es decir, conforme a Derecho.[20] Como después se verá, esto significa que la conducta justificada no solo está permitida para el agente por el Derecho penal. Por el contrario, dicho comportamiento es conforme con el orden intersubjetivo de conductas —al Derecho—, que rige las interrelaciones de las diversas esferas personales y entre cada una de ellas y el Estado. Por eso, a los terceros se les permite, en principio, prestarle ayuda a quien obra justificadamente. Además, el sujeto pasivo de la conducta justificada y otros terceros tienen el deber de soportarla.[21] Del mismo modo, los funcionarios del Estado tienen el deber de favorecerla y de no impedirla. Por lo tanto, la justificación no es una categoría teleológica-penal.

19 Sin embargo, ello no significa que no existan otras eximentes que, por razones específicamente jurídico-penales, dan lugar a que algunas conductas, aun siendo antijurídicas, no estén prohibidas bajo pena. Estas conductas solo pueden denominarse justificadas de modo impropio. Además, la adición de adjetivos a los sustantivos «justificación» o «permisión» —como los de «personal», «subjetiva» o «relativa al agente»— tampoco corrige la confusión. Por lo tanto, es recomendable prescindir de la expresión «justificación» para referirse a ellas. Lo más razonable es denominarlas causas de exclusión de la prohibición bajo pena o de exclusión del injusto penal. La concurrencia de estas últimas no impide la infracción de la norma de conducta por parte del agente, sino que únicamente afecta a la prohibición bajo pena de su comportamiento. Por eso, sus consecuencias en la relación interpersonal y en la relación de los particulares con los agentes del Estado son muy distintas de las propias de la justificación. Así, a los terceros no se les permite, en principio, prestarle ayuda a quien obra de forma solo penalmente no prohibida; lo que puede suceder es que ellos también obren en la misma situación. Por su parte, el sujeto pasivo de la conducta penalmente no prohibida y los demás terceros no tienen el deber de soportarla, sino que pueden oponerse a ella. En fin, igualmente, los funcionarios del Estado no tienen el deber de favorecerla y pueden impedirla.

1.3.3. La distinción entre los conceptos de «eximente legal» y de «institución dogmática»

20 La corrección introducida exige una aclaración adicional para ser completa. En efecto, cada una de las eximentes contenidas en un determinado

---

[19] Ya *M.E. Mayer*, PG, 1915, 336.

[20] *Amelung* (1991), 99-100. En alemán la cosa es más clara: son razones de conformidad con el Derecho (*«Recht-fertigungs-gründe*).

[21] *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 460 ss.; *Helmers* (2016), 11 ss.; *Köhler* (2017), 188.

ordenamiento jurídico-penal legal no tiene por qué ser, en toda su extensión, alternativamente, o «causa de justificación» o «causa de exclusión de la prohibición bajo pena». Por el contrario, resulta preciso distinguir entre eximentes legales e instituciones jurídico-dogmáticas. Ello ya se subrayó a propósito de la regulación legal española del desistimiento voluntario (*cfr. supra* capítulo 15/144). Lo mismo debe apuntarse ahora. Por tanto, cabe que el tenor literal de una eximente legal comprenda dos instituciones dogmáticas; en concreto, en lo que ahora interesa, una causa de justificación y una causa de exclusión de la prohibición bajo pena. A partir de ahí, la determinación de qué supuestos —de los comprendidos en el tenor literal de la eximente— son reconducibles a cada uno de esos dos ámbitos, y cuáles debe ser los respectivos requisitos, es una cuestión propia de la doctrina jurídico-penal (*cfr. infra* capítulos 19/14; 20/40). Desde luego, si el legislador define dogmáticamente una eximente como causa de justificación, ello debe acatarse. Sin embargo, este etiquetamiento, que es común en otras legislaciones, no es lo propio de la tradición iberoamericana.

1.3.4. La diversidad de perspectivas en la justificación

21 La confusión reinante en la doctrina no solo trae causa de la divergencia entre las concepciones general y «teleológica» de la «justificación». Además, como se ha anticipado, a ello se le añade una —tampoco siempre explicitada— diversidad de concepciones sobre qué es lo decisivo en las causas de justificación. En efecto, lo determinante en estas es, para una perspectiva, la valoración *ex post* de la conducta. En cambio, para otra perspectiva, lo decisivo es la valoración intersubjetiva *ex ante* del comportamiento del sujeto que realiza el hecho típico. En fin, para una tercera, lo decisivo puede ser la consideración de las razones (subjetivas) que dicho agente tiene para obrar como lo hace. En realidad, también es posible sostener que las tres cosas son importantes. En todo caso, si es relevante la valoración de la conducta desde una perspectiva intersubjetiva, ello tendrá que afectar necesariamente al estatuto deóntico del comportamiento. En cambio, la consideración de las razones del agente no tiene por qué cambiar el estatuto deóntico de la conducta, sino solo la imputación de esta al sujeto, que es cuestión de la norma de sanción penal. Como puede intuirse, esta diversidad de criterios de relevancia obliga a un examen diferenciado que también se lleva a cabo más adelante.

2. LA JUSTIFICACIÓN Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS

2.1. Generalidades

22 Es frecuente afirmar que las disposiciones legales que definen las causas de justificación son permisos, esto es, habilitaciones para actuar. Sin embargo, los preceptos legales que definen las causas de justificación no son, en sí

mismos, normas de conducta de naturaleza permisiva, sino que constituyen reglas que contemplan el hecho desde la perspectiva *ex post*. En este punto, no se distinguen de la perspectiva que adoptan los enunciados típicos. Lo que ocurre es que de ellas puede inferirse la existencia de normas permisivas de la conducta. Así pues, por un lado, y de conformidad con la doctrina de las normas de conducta, es preciso distinguir entre prescripciones —prohibiciones y mandatos— y permisiones, que también operan intersubjetivamente *ex ante*. Por otro lado, hay que distinguir entre enunciados típicos y reglas legales justificantes, que operan *ex post* —en el ámbito de la norma de sanción—. Esta doble distinción se encuentra en la base de un debate adicional, existente en la doctrina de cuño alemán, sobre la relación entre lo objetivo *ex post* y lo subjetivo *ex ante* en las causas de justificación. Pero subyace asimismo al debate angloamericano, en el que se discute sobre si lo decisivo en las causas de justificación es actuar por la razón adecuada o bien haber producido el resultado lícito.

23 Las conductas típicamente desaprobadas pero justificadas —desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*— se hallan amparadas por permisos fuertes. Esto significa que, pese a injerirse en la esfera de los bienes ajenos, las conductas plenamente justificadas *ex ante* se reconfiguran como ejercicio legítimo de un derecho. Ahora bien, en la teoría del Derecho existen varias discrepancias en relación con las disposiciones permisivas. Una primera discusión afecta a su relación con las prescripciones; en concreto, a si son simplemente disposiciones limitadoras de estas, o si constituyen normas externas a ellas, dependientes o independientes. Por su parte, la segunda discusión afecta a si de las permisiones cabe inferir deberes de abstención para el Estado y para los terceros que se encuentran frente al agente justificado.

2.2. La relación entre norma prescriptiva y permisión

2.2.1. Planteamiento

24 Como ya se ha indicado, las causas de justificación se contienen en enunciados legales distintos e independientes de los enunciados típicos. Solo excepcionalmente se contienen referencias expresas a su ausencia en la descripción típica de una figura de delito en la Parte Especial. La cuestión es cómo debe entenderse esta dualidad de enunciados. Al respecto, una posibilidad es sostener que se trata de una cuestión de mera técnica legislativa. Sin embargo, también cabe afirmar que tiene una trascendencia valorativa, pues obliga a entender que existen dos niveles de análisis —dos grados de concreción— en relación con la valoración de la conducta. Incluso cabe entender que se trata de dos normas que expresan mensajes contrapuestos. En esta diversidad de perspectivas inciden también distintas concepciones acerca de cómo se entiende el término «norma». En concreto, si se considera que es (i) un enunciado legal; (ii) la expresión de una valoración; o bien (iii) una directiva de conducta para los ciudadanos.

2.2.2. *Las permisiones como «contra-normas»: una primera variante*

Un sector de la doctrina entiende que los enunciados permisivos son inde- 25
pendientes de los prescriptivos, de tal modo que constituyen (contra-)normas que entran en colisión con estos últimos. Desde esta perspectiva existe una importante diferencia, no solo axiológica sino también normológica, entre la ausencia de prohibición y la permisión de una conducta. Así, una conducta prohibida por la disposición prescriptiva correspondiente lo sigue estando, aunque sobre ella concurra asimismo una permisión. Se afirma, entonces, que lo que sucede es que existe una metarregla que resuelve la colisión entre la prescripción y la permisión. A su vez, esta metarregla es la que determina que la conducta justificada, aunque se estime antinormativa —esto es, prohibida por una norma—, no sea contraria al conjunto del ordenamiento jurídico —no sea antijurídica—.[22] De este modo, su realización no da lugar a la infracción personal del deber jurídico por parte del sujeto. Ciertamente, esta concepción atribuye un peso intenso a la realización típica, de modo que la conducta justificada nunca puede tener para el Derecho el mismo significado que la conducta atípica.

2.2.3. *Las permisiones como «contra-normas»: una segunda variante*

Otro sector de la doctrina, partiendo de una teoría de las normas distinta, 26
sostiene, en las consecuencias, algo parecido a lo anterior. Esta otra posición entiende que —en tanto que formulaciones contradictorias de los tipos de delito— las normas se agotan en la prohibición de la conducta objetivamente típica. Desde esta perspectiva, las normas permisivas no delimitan internamente el alcance de la prohibición, sino que colisionan con ella. Esto significa que en los casos de posible justificación de la conducta se produce un conflicto de normas, cuya resolución requiere aplicar una metarregla. Una vez resuelto dicho conflicto, la conducta típica y justificada debe seguir reputándose antinormativa, aunque no antijurídica. Por tanto, la permisión concreta de la conducta no desvirtúa la razón de la prohibición abstracta, que se cumple en virtud de la realización típica, sino que la suspende contextualmente. Solo a propósito de algunas situaciones se indica que «cancelan» directamente la prohibición derivada del tipo —especialmente, el consentimiento (*cfr. infra* capítulo 22/11)—. Ahora bien, en esta posición la calificación de la conducta típica como «antinormativa» no responde a razones materiales, como las mencionadas en el apartado anterior, sino a razones formales[23] —la concepción de la norma como formulación contradictoria del tipo— (*cfr. supra* capítulo 8/67).[24]

---

[22] *Arm. Kaufmann* (1954), 249 ss.; *H.-J. Hirsch* (1960), 276 ss.; *Welzel* (1964), 74; *el mismo*, AT, 11.ª, 1969, 80.

[23] *Kindhäuser* (1989), 110; *el mismo* (2007), 68-69. Próximo, *Ortiz de Urbina*, InDret 3/2008, 31 ss.

[24] Un lugar particular dentro de este esquema es el que ocupan las posiciones que distinguen, con base en criterios de análisis lingüístico de su respectivo tenor, entre dos clases de causas de justificación. Unas se califican de «intrasistemáticas» —en ellas no llega a surgir la pretensión prescriptiva

27 Desde las dos perspectivas mencionadas, las causas de justificación tienden a aproximarse a las de exclusión de la culpabilidad. En efecto, unas y otras dejan en pie la «antinormatividad» de la conducta —que es entendida en el sentido de tipicidad—, mientras que excluyen la «infracción de un deber». Ciertamente, en las causas de justificación ello sucede porque no existe tal deber, dado que la conducta no es antijurídica. En cambio, en las causas de exclusión de la culpabilidad, ello tiene lugar porque el deber no se puede cumplir. Ahora bien, en uno y otro caso se trata de consideraciones relativas a la aplicación de la norma de sanción, no al orden primario de conductas. Expresado de otro modo, a la aplicación de la metarregla en cuya virtud se determina si la conducta contraria la norma —típica— infringe o no un deber.

2.2.4. Las permisiones como entidades dependientes

28 Frente a ellas, una tercera posición entiende que los enunciados permisivos son proposiciones dependientes. Estas delimitan negativamente la aplicación de una prohibición o un mandato en su proceso de concreción frente a su destinatario.[25] Así pues, las causas de justificación son elementos de delimitación interna del alcance de la norma de conducta, mediante la consideración de razones para permitir que priman sobre las que conducen a prohibir. Expresado de otro modo, la valoración concreta de una conducta —en la que se concurren la dimensión de tipicidad y la dimensión de justificación— conduce a considerar conjuntamente las valoraciones subyacentes a una y a otra, con el fin de establecer una norma de conducta. Por lo tanto, en las causas de justificación no se da la colisión de dos normas, sino una colisión de razones distintas y contrapuestas. Por poner un ejemplo, si la prohibición reza «¡no hagas daño a nadie!» —*neminem laede!*—, el permiso delimita su alcance concreto, indicando que «el que ejerce su derecho no daña a nadie» —*qui suo iure utitur, neminem laedit*— (*cfr. infra* capítulo 21/75). En efecto, la resolución de dicha colisión en términos favorables al sujeto activo determina que la conducta de este no vulnere la norma prescriptiva —de mandato o prohibición—. En suma, las causas de justificación operan como elementos de delimitación interna, y no de limitación externa a los mandatos y prohibiciones.[26] Este es el punto de

---

de la prohibición o del mandato—. Otras, en cambio, son «extrasistemáticas» —en cuyo caso tal pretensión surge, pero se elimina—. En estas últimas la mencionada colisión de normas (prescriptiva y permisiva) se resuelve mediante una metarregla (esto es, una regla del metalenguaje). Expresado de otro modo, unas son internas al sistema formal-lingüístico de normas y otras, en cambio, externas a este. Realizada esta diferenciación, existe discusión sobre cuáles se integran en cada uno de los grupos y sobre cuáles son los efectos de la ubicación en uno u otro subgrupo. Los diferentes puntos de vista en: *Hruschka*, FS Dreher, 1977, 189 ss.; *el mismo* (1983), 364 ss., 370 ss.; *Renzikowski*, JRE 13 (2005), 643; *Baron*, U. Michigan J. L. R. 43 (2009), 117 ss.

[25] *Bierling* (1894), 93; *Engisch* (2001), 22 ss.; *Mir Puig*, RECPC 6 (2004), 1 ss.; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 531-532, 638.

[26] Próximo, pero afirmando que se trata de dos normas —porque concurren «dos enunciados legales»—, *Ortiz de Urbina*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1393 ss.; *el mismo*, InDret 3/2008, 14; *el mismo*, LH Ortiz Quiroga, 2020, 237 ss.; *el mismo*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 787 ss.

vista que se sigue aquí, entendiendo que las causas de justificación forman parte del proceso de especificación o concreción de las normas y, con ellas, de los derechos (*cfr. infra* capítulo 21/7).[27]

3. LOS EFECTOS DE LA PERMISIÓN FRENTE A TERCEROS

3.1. Presupuestos

29 La discusión doctrinal no finaliza con lo anterior. Un segundo punto objeto de debate está constituido por la cuestión de si de las regulaciones legales —o de las construcciones supralegales— de las causas de justificación cabe inferir solo permisos para el sujeto o, asimismo, prohibiciones de interferencia para terceros. En realidad, existe amplia convergencia, aunque no unanimidad, acerca de que las conductas justificadas no pueden ser impedidas justificadamente por terceros. Así las cosas, la discusión se refiere a si la ilicitud de las conductas de agentes del Estado o de cualesquiera terceros —en particular, el afectado— que impiden una actuación justificada se infiere de la permisión en sí, o, por el contrario, deriva de disposiciones prohibitivas vinculadas a la permisión de modo contingente. Al respecto, un sector doctrinal clásico, recientemente revivido, sostiene que las causas de justificación son permisos y, como tales, tienen un significado puramente negativo.[28] Así pues, de ellas no cabe inferir más que una «libertad», y no que se otorgue a quien obra conforme a ellas un derecho a actuar. Es decir, la justificación de una conducta no conlleva ningún deber para terceros, incluidos los agentes del Estado, en el sentido de que estos se abstengan de perturbar la realización de la conducta justificada. Ahora bien, cabe que tales deberes deriven de prohibiciones «contingentemente» vinculadas con aquellas permisiones.[29]

3.2. La lógica y la pragmática de la permisión

3.2.1. Planteamiento

30 La respuesta a la pregunta planteada varía en función de que se examine desde una perspectiva de la lógica de la permisión concreta o de la coherencia del ordenamiento. Desde el primer punto de vista, ciertamente puede afirmarse que una permisión no expresa más que la exención de una prohibición. Por tanto, en sí misma no atribuye ningún derecho a quien actúa justificadamente, ni impone deber alguno a terceros.[30] Sin embargo, tal entendimiento lógico y estático de las permisiones hace imposible, por sí solo, la resolución del conflicto de pretensiones que subyace a toda causa de justificación. En concreto,

---

[27] *Köhler,* AT, 1997, 236.

[28] *Bierling* (1894), 93; *Montiel Fernández* (2009), 348 ss.; *Mañalich,* RChD 41 (2014), 512; *Kindhäuser,* FS Neumann, 2017, 930.

[29] *Bierling* (1894), 94.

[30] Así, *Mañalich,* RChD 41 (2014), 508.

el conflicto entre quien obra justificadamente y quien padece la actuación típica pero justificada de un tercero. En efecto, este conflicto solo lo puede resolver la ley del más fuerte o bien la legislación del Estado, atendiendo a la justicia. Afortunadamente, ha sido el Estado el que lo ha hecho.

3.2.2. Las dos cláusulas de cierre

31 Todos los sistemas de leyes penales contienen una cláusula de cierre para proteger la actuación amparada por un permiso. Tal cláusula de cierre está constituida por el delito de coacciones (art. 172 CP español).[31] En efecto, comete este delito el que «sin estar legítimamente autorizado» impide a otro efectuar lo que la ley no prohíbe. Como se advierte, esto alcanza tanto a conductas atípicas —siempre que estas no estén prohibidas por el Derecho civil o administrativo— como a conductas típicas y justificadas. De este modo, tanto la actuación amparada por un permiso débil —una libertad— como la amparada por un permiso fuerte —una facultad de injerencia en la libertad ajena— tienen, desde la perspectiva del tipo del delito de coacciones, idéntica protección. Por su parte, quien se opone a cualquiera de ellas comete, de entrada, este delito. Sin embargo, la calificación como antijurídica de la conducta de quien se opone a una actuación justificada no deriva solo de la existencia del tipo delictivo de coacciones —y de la norma de conducta prohibitiva que subyace a este—. Ciertamente, incluso partiendo de la existencia de este delito, la pregunta decisiva es por qué el sujeto afectado por la conducta justificada de otro no puede reclamar para sí el estar legítimamente autorizado a oponerse a ella.

32 En efecto, una conducta coactiva puede ser, pese a ello, conforme a Derecho si se lleva a cabo de modo autorizado. Por lo tanto, en términos formales podría ser cierto que, si no existiera el tipo de coacciones, cabría que un tercero se opusiera lícitamente a una actuación justificada. Desde luego, ello manifestaría una auténtica contradicción práctica del Estado consigo mismo, pero sería teóricamente posible. Sin embargo, no solo existe el tipo de coacciones, sino también los tipos de delitos de resultado de lesión. De aquel, pero también de estos, deriva el criterio material decisivo. Así las cosas, la conducta de quien obra contra la conducta permitida de otro no puede, a su vez, estar permitida. Esta idea material es la que ha conducido a la doctrina tradicional a afirmar, de modo quizá impropio, que de la justificación de una conducta se «infiere» la existencia de un «deber» de tolerancia —mejor, de no impedir la actuación justificada— para terceros.

33 Por lo tanto, quien reacciona contra una conducta justificada comete un delito de coacciones contra quien obra justificadamente —el legítimo defensor o el que actúa en estado de necesidad—. Además, por otro lado, comete también un delito de resultado lesivo contra el probable beneficiado por la actuación justificada —el agredido, el necesitado—, que puede coincidir o

[31] *Mañalich*, RChD 41 (2014), 508 ss.

no con el agente que realiza la conducta necesaria o defensiva. Ciertamente, dicho delito de resultado lesivo se comete mediante la interrupción de un curso causal salvador —toda conducta justificada es un curso salvador de bienes jurídicos— y afecta al bien jurídico que estuviera en juego en cada caso. Pues bien, esa coacción y esa interrupción de un curso salvador —penalmente típicas— no pueden ser conformes a Derecho, porque lo que resulta conforme a Derecho es precisamente la actuación justificada que bloquean. Con todo, aun es preciso exponer la razón de esto último. En efecto, el conflicto de pretensiones que se ha dibujado resulta irresoluble si no se introduce una metarregla —una regla de segundo nivel— que rece del siguiente modo: no es posible reaccionar justificadamente frente a una conducta justificada.

Esta metarregla ha estado siempre presente —aunque no siempre se haya explicitado ni fundamentado— en la forma de razonar de la doctrina tradicional. Por lo tanto, según lo expuesto es necesario distinguir tres planos de razonamiento: en primer lugar (i) aquel en el que una conducta se considera amparada por una serie de razones para permitirla; en segundo lugar (ii) aquel en el que se considera que, en el caso concreto, estas razones prevalecen frente a las existentes para prohibirla; en fin, en tercer lugar (iii) el plano en el que se afirma que contra dicha conducta permitida no es posible realizar otra, a su vez también permitida. Los planos primero y segundo del razonamiento proceden, como se ha expuesto ya, de la regulación de las causas de justificación. La cuestión es de dónde surge el tercer plano. Pues bien, este último deriva del principio de no autocontradicción práctica del Estado.[32] 34

En efecto, el Estado que otorga un permiso a un sujeto y que, además, establece que este prevalece frente a la libertad de acción de otro sujeto, tiene que garantizar su eficacia. De entrada, frente a sí mismo, como ente que ostenta el monopolio de la coerción legítima. Así, una conducta justificada no puede ser impedida por agentes de la autoridad, porque el Estado no puede permitir algo y, a la vez, permitir que sus agentes impidan que se lleve a cabo. Ahora bien, la conducta justificada tampoco puede ser impedida ni por el afectado ni por ningún otro tercero. Desde luego, admitir la posibilidad de que un tercero impidiera la conducta justificada supondría atribuirle a este una autoridad superior a la del propio Estado. Ciertamente, comprometería la propia resolución estatal consistente en otorgar el permiso a un sujeto y afirmar su prevalencia frente al ejercicio de la libertad por parte de otro.[33] 35

3.2.3. Un balance

En realidad, las regulaciones legales de las causas de justificación no solo expresan permisos —o libertades—. Además, contienen las condiciones para 36

[32] *Silva Sánchez*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007 ss.; *el mismo*, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 979; *el mismo* (2013), 229 ss. Distinta, *Pantaleón Díaz*, ADPCP 2022, 589 ss.

[33] Próximo, *Wilenmann* (2013), 156 ss.

que ese permiso prevalezca sobre cualquier pretensión del sujeto afectado por la conducta permitida. Por lo tanto, las regulaciones de las causas de justificación contienen explícitamente el permiso —que resuelve el conflicto de valoraciones subyacente— y, además, implícitamente la metarregla en cuya virtud ese permiso resulta invulnerable para terceros. Ciertamente, si se quiere, cabe entender que la prohibición de impedir una conducta de legítima defensa es «previa» a la propia legítima defensa. Sin embargo, lo que está claro es que su alcance solo es posible determinarlo en virtud de la propia causa de justificación de legítima defensa.[34] Por lo tanto, una máxima fundamental de cualquier sistema de exclusión de la antijuridicidad general de una conducta —de justificación de esta— es la de que «no cabe legítima defensa en contra de legítima defensa».[35] Expresado mejor, no cabe legítima defensa, ni estado de necesidad, ni cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, frente a una conducta justificada, porque esta no lesiona el Derecho, ni los «derechos» de nadie (art. 20.4.° CP español).[36]

3.2.4. La formulación con base en las distinciones de W.N. Hohfeld

37 Lo anterior se puede expresar con base en la terminología del teórico del Derecho norteamericano Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918), poco utilizada en Derecho penal, pero muy conocida en la teoría del Derecho.[37] Así, cabe afirmar de entrada que existen permisos en sentido lato —conductas no prohibidas—. Sin embargo, estas muestran diversas estructuras concretas: las de los poderes o potestades; las de los derechos; y las de las libertades.[38] Pues bien, una conducta, pese a ser atípica, puede lesionar en su caso un bien garantizado en otro ámbito del ordenamiento jurídico. En cambio, la conducta típica lesiona un bien ajeno penalmente protegido. Sin embargo, la calificación de una conducta como lesiva de un bien ajeno penalmente protegido —típica— todavía no es expresiva de su estatuto jurídico definitivo. Más bien, abre una disyuntiva de opciones recíprocamente excluyentes: una conducta típica o está amparada por un permiso fuerte; o es una conducta antijurídica. *Tertium non datur.*

38 Las disposiciones permisivas, como todos los enunciados dependientes, modifican las posiciones jurídicas. En la legítima defensa, al agredido se lo libera de determinados deberes jurídicos *prima facie* existentes. Pero, además,

---

[34] *Bierling* (1894), 94, n. 14, 96, 163-165.

[35] *Berner* (1848, 2020), 82; *A. Merkel*, PG, s/f, 166; *M.E. Mayer*, PG, 1915, 347.

[36] Próximo, *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 466 ss.

[37] *Hohfeld*, Yale L. J. 26 (1917), 710 ss.; *el mismo* (1919). Este autor distingue cuatro sentidos diferentes de la expresión «derecho»: derecho como «libertad» («liberty-right» o también «privilege-right»), derecho como «pretensión» («claim-right»), derecho como potestad («power-right») y derecho como inmunidad («immunity-right»).

[38] Al margen de estas se da, en cuarto lugar, la estructura de las «inmunidades», que ahora no interesa.

en virtud de ella se establecen deberes jurídicos de terceros frente al agresor y al agredido. El agresor ve limitada su pretensión; y el agredido, ampliada la suya. Así pues, introducir un permiso en una interrelación humana incide en todos los intervinientes.[39] Ello se debe a que la libertad de defenderse enlaza con el derecho a impedir a todos —al agresor y a cualesquiera terceros— que interfieran con la referida defensa.[40] Esto significa que del carácter de permiso —libertad— de las causas de justificación no se deriva, ni en términos sintácticos ni semánticos, su configuración como derechos. Sin embargo, de la pragmática de las causas de justificación sí se deriva, por coherencia, la existencia de deberes de respeto de la actuación justificada. Estos se han solido calificar como deberes de tolerancia o deberes de soportar; más precisamente, deben denominarse deberes de no resistir ni impedir la conducta justificada.[41] A su vez, estos son deberes negativos o de abstención, pues expresan una prohibición de impedir u obstaculizar.[42] Ahora bien, dado este contexto, la prevalencia de una causa de justificación en una determinada situación conflictiva puede ser leída como expresión de que en ella se ejerce un derecho. En todo caso, la secuencia es esta: (i) justificación de la conducta; (ii) deber de respeto de esta por parte del Estado y de terceros; (iii) derecho a su realización por parte del sujeto activo.[43]

3.2.5. El argumento derivado de la dogmática de la interrupción de cursos salvadores

Sentado esto, es preciso resolver la calificación de las conductas que impiden **39**
la realización de la conducta justificada, por ejemplo, mediante coacción al defensor o al auxiliador. Para un sector de la doctrina, quien impide que se lleve a cabo una conducta justificada simplemente infringe un deber positivo general (de socorro), salvo que ocupe una posición de garante. Esta posición se ha sostenido desde dos puntos de vista. Por un lado, desde la dogmática de la interrupción de cursos salvadores. Por otro lado, desde la dogmática del estado de necesidad.[44] Sin embargo, no es convincente ni en términos dogmáticos ni de política jurídica.

En el plano dogmático, tal doctrina no ha considerado sistemáticamente **40**
el problema de la interrupción de aquellos cursos salvadores que son típicos,

---

[39] *Bierling* (1894), 180.

[40] En la legislación civil alemana esto se ha advertido de modo claro, hasta el punto de que lo regulado legalmente es el deber del afectado de no impedir la conducta de quien actúa en estado de necesidad agresivo (§ 904 BGB). Ahora bien, el propietario de la cosa sobre quien recae tal conducta, que no puede impedir la acción necesaria, sí puede exigir la compensación del daño que sufra en virtud de ella.

[41] En el original alemán, «*Duldungspflichten*»: *Bierling* (1894), 242-243.

[42] *Hruschka* (1983), 91.

[43] Próximo, *Engisch* (2001), 25-26.

[44] *Kühl* (2001), 49, 52-54.

pero están justificados. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa y concretamente, en la conducta de quien impide la reacción defensiva del agredido. Parece claro que ello no es una mera omisión de socorro, sino que —sea quien fuere el interruptor— quien actúa así interviene en la realización del tipo del correspondiente delito de resultado. En efecto, si se impide la reacción defensiva se está favoreciendo la agresión ilegítima por interrupción del curso salvador del agredido o el de un tercero defensor. Pues bien, lo mismo vale a propósito del estado de necesidad. Ciertamente, el supuesto anterior no coincide con el de quien no favorece activamente una acción necesaria o una reacción defensiva que por sí mismas son insuficientes para neutralizar respectivamente el riesgo o la agresión. Ni con el de quien impide que una acción insuficiente para la defensa o para la salvación alcancen la idoneidad. En efecto, este último no favorecimiento (omisivo o activo) sí es la infracción de un deber de solidaridad.[45] De hecho, cabe llamar deber de socorro activo al deber de actuar —positivo— cuyo objeto es complementar una conducta insuficientemente apta para la producción del resultado salvador atípico o justificado, o bien producir un resultado salvador atípico o incluso justificado.[46] En efecto, el deber de socorro en ocasiones se concreta como un deber de realizar conductas típicas. Por tanto, expresa una colisión de razones para actuar, contemplado específicamente por el legislador (art. 195 CP español). En cambio, la interrupción del curso idóneo de autosalvación generado por el necesitado, o del curso idóneo de heterosalvación creado por el auxiliador, tanto si la realiza el afectado por la acción necesaria, como cualquier tercero, es la infracción de un deber negativo y, por tanto, da lugar a responsabilidad por el resultado lesivo.

41 En términos de política jurídica, la calificación de casos de interrupción de cursos causales salvadores en casos de necesidad como omisiones de socorro tiene un origen claro. Este se halla en el postulado kantiano de la separación rígida de esferas jurídicas, que se consideran derechos intangibles. Como luego se verá, en ese planteamiento no existe una causa de justificación por estado de necesidad. En efecto, no existen derechos de necesidad, pues el «derecho» de propiedad prevalece siempre frente a ellos. Así las cosas, lo más que cabe achacar al propietario que interrumpe la acción del sujeto famélico sobre su propiedad es la infracción de un deber moral. Ciertamente, el liberalismo individualista propio de este planteamiento se ha hecho luego —a finales del siglo XX— institucionalista. Esto significa que la infracción de deberes morales postulada por Kant se ha reconstruido como infracción de un deber jurídico de fomento. Es decir, como la vulneración del jurídico-penal de socorro. Sin embargo, ni aun así se consigue que la teoría kantiana del estado de necesidad cuadre con una teoría política del Estado social (*cfr. infra* capítulo 20/28).

---

[45] *Silva Sánchez*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007 ss.; *el mismo*, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 979; *el mismo* (2013), 229 ss.

[46] *Hruschka* (1983), 90.

3.2.6. La estructura básica de la justificación

La estructura básica de la justificación viene expresada formalmente por 42
la noción de «ejercicio legítimo de un derecho». En efecto, la realización de una conducta típica solo constituye la infracción del deber de respetar una pretensión ajena *prima facie* o *pro tanto* —en la terminología de la teoría del Derecho angloamericana—. De modo más preciso, no constituye todavía la lesión de un derecho ajeno. En efecto, todavía es necesario tomar la decisión definitiva al respecto. Así, la conducta justificada, pese a lesionar un bien jurídico ajeno, penalmente protegido, definitivamente no lesiona ningún derecho ajeno. Todo lo contrario, puesto que constituye el ejercicio de un derecho propio. Por tanto, no existen, en sentido estricto, colisiones de derechos, ni de deberes, sino que simplemente tiene lugar la resolución de un conflicto de pretensiones recíprocas, amparadas por las respectivas razones. En definitiva, el ejercicio legítimo del derecho de uno de los contendientes excluye la lesión del derecho de otro. En cambio, si la conducta no está justificada, entonces sí lesiona el derecho ajeno y, por lo mismo, si la realiza un sujeto culpable, infringe un deber. En concreto, el deber de respeto que constituye la contracara del derecho a ser respetado.

La legítima defensa y el estado de necesidad, en su condición justificante, son 43
subclases —*leges speciales*— del ejercicio legítimo de un derecho, que resultan especialmente drásticas. Ciertamente, de entrada, no existe ni un derecho de defensa ni un derecho de necesidad. Lo que concurre *prima facie* en ambos casos es una pretensión de protección de determinados bienes personales intrínsecos. Así, el criterio rector específico de la legitimidad de la pretensión de protección viene dado, en la legítima defensa, por la existencia de una agresión de un tercero, con determinadas características, y la reacción a ella, igualmente en términos muy precisos. Dicho criterio rector específico, en el caso del estado de necesidad agresivo, viene dado por una serie de requisitos vinculados a la existencia de una situación de necesidad ineludible. Por tanto, en la base del derecho de necesidad se halla el ejercicio de una pretensión de protección de la vida o la integridad física a costa, por ejemplo, de la propiedad ajena. Esa pretensión solo se convierte en ejercicio legítimo del derecho —a la defensa de la vida o de la integridad física— cuando tiene lugar siguiendo las reglas de legitimidad establecidas en la eximente legal correspondiente. En cambio, las cosas son distintas cuando se trata de la exclusión de la prohibición bajo pena de una conducta. En efecto, en este segundo ámbito se puede acoger el criterio del «mal menor» —la «menos dañina de las soluciones»—, que rige en las situaciones de defensa y de necesidad que carecen de virtualidad justificante (*cfr. infra* capítulo 26/13).

3.3. Los efectos de la justificación

La justificación de una conducta tiene los siguientes efectos en términos 44
prácticos: (i) el afectado no puede reaccionar legítimamente frente a ella —ni en legítima defensa, ni en estado de necesidad defensivo—; (ii) las autoridades

y los funcionarios públicos no pueden impedirla —en cumplimiento de un deber— mientras que sí deben ayudar a su realización; y (iii) otros terceros tampoco pueden oponerse a ella —en ejercicio de un derecho—. En cambio, cuestión distinta es si a la concurrencia de causas de justificación en una conducta se le puede asignar otras consecuencias sistemáticas. Ciertamente, la doctrina dominante ha venido afirmando que estas son: (a) la no imposición de medidas de seguridad al sujeto que la realiza; (b) la no imposición de responsabilidad civil a ese sujeto; y (c) la imposibilidad de que en relación con esa conducta exista participación punible.[47]

45 Sin embargo, estas tres afirmaciones tradicionales se hallan cada vez más en entredicho. El supuesto (a) puede darse, con matices, por aceptado todavía. En cambio, el supuesto (b) se reputa erróneo, por excesivamente generalizador. En efecto, la responsabilidad civil puede tener un fundamento distinto de la ilicitud del comportamiento; por ejemplo, el enriquecimiento sin causa u otras razones distributivas. En fin, el supuesto (c), como ya se ha indicado, es objeto de discusión, como consecuencia del debate sobre las doctrinas de la accesoriedad de la participación. Sin embargo, asumida una accesoriedad mínima, como aquí se ha hecho, cabe que la participación en un hecho justificado sea punible.

4. LA RELACIÓN ENTRE ATIPICIDAD Y JUSTIFICACIÓN: LA DOCTRINA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO

4.1. La relación de la doctrina con los problemas de error

46 Un debate doctrinal secular versa sobre cuál es la diferencia que existe entre una conducta atípica y otra penalmente típica, pero justificada. Ciertamente, esta cuestión tiene una proyección práctica, en materia de error. Sin embargo, de modo previo a aquella, también posee una trascendencia teórica, que es la que corresponde examinar a continuación. En efecto, el contenido del problema teórico se refiere al estatus de las conductas típicas, pero justificadas, y a la unidad o diversidad de los criterios dogmáticos seguidos en el ámbito de la tipicidad y de la justificación. Para abordarlo, es necesario considerar el alcance de la denominada «teoría de los elementos negativos del tipo».[48] Esta surgió a finales del siglo XIX en el marco de modelos doctrinales y jurisprudenciales caracterizados por dos elementos. El primero de ellos era la vigencia de la máxima *error iuris nocet* —el error de Derecho no excusa a quien lo sufre— (*cfr. infra* capítulo 25/3). Por su parte, el segundo, la tesis de que todo error sobre causas de justificación es un error perteneciente al ámbito de la antijuridicidad, es decir, al de error de Derecho. Esto significaba que incluso un error de hecho en el ámbito de las causas de justificación —el

[47] Por ejemplo, *Cortés Rosa*, LH Roxin, 1995, 267 ss.

[48] Construcción cuyo origen se atribuye a Adolf Merkel: *Ortiz de Urbina*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1393 ss.; *Wilenmann* (2013), 106 ss.

error sobre sus presupuestos fácticos— podía ser considerado irrelevante. En efecto, si era tratado como error de Derecho, se le debería aplicar la máxima *error iuris nocet*. Pues bien, en este contexto la propuesta de la teoría de los elementos negativos del tipo tenía, ante todo, una finalidad práctica. A saber, la de limitar los efectos de aquella máxima en el ámbito de los errores relativos a las causas de justificación. Para ello sostenía que el «error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación» —es decir, mejor: la suposición errónea de su concurrencia— constituye una modalidad de error sobre el supuesto de hecho, de modo que debe ser relevante a efectos de excluir la responsabilidad del autor.

47 Ciertamente, el recurso a la teoría de los elementos negativos del tipo no era necesario para quien ya distinguiera entre error de hecho y error de derecho, defendiendo la relevancia solo del primero. En efecto, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación es, en los casos más debatidos, un error de hecho. Por otro lado, tampoco era preciso para quien admitiera la relevancia del error de Derecho. En particular, no lo era para quien afirmara que el error de hecho solo posee relevancia porque genera un error de Derecho, que es el que tiene que ser necesariamente relevante.[49] Es decir, para quien sostenía, en alguna de sus variantes, una teoría unitaria del error como institución excluyente del dolo —ubicado en la culpabilidad—: una «teoría del dolo». Como puede advertirse, toda esta discusión proviene, en realidad, de la época anterior a la difusión del concepto de «tipo», que tuvo lugar en virtud de la obra de Beling. Ahora bien, formulada en estos términos, y con matices diversos, la doctrina de los elementos negativos del tipo ha llegado hasta la actualidad en disputa con las teorías estricta y limitada de la culpabilidad.

4.2. Su conformación como una «teoría del tipo (total) de injusto»

48 Desde su replanteamiento en el primer tercio del siglo XX, la doctrina de los elementos negativos del tipo pasó a proponer una teoría del tipo, precisamente divergente del sostenido por Beling. En su virtud, el tipo de injusto —como tipo a efectos dogmáticos— pasaba a ir más allá del tipo legal de delito, extendiéndose hasta el ámbito objetivo de las causas de justificación. En concreto, tal doctrina sostenía que la ausencia de los presupuestos objetivos de cualquiera de las causas de justificación constituye un elemento —negativo— de todo tipo de delito, que debía ser entendido por tanto como «tipo total de injusto».[50] La idea central es que la formulación de una determinada circunstancia como elemento del tipo de la Parte Especial —formulado negativamente— o como causa de justificación es una mera cuestión técnica y, de hecho, se dan

---

[49] *Binding*, Normen, III, 2.ª, 1918, 305-306; por eso este autor criticó la teoría de los elementos negativos del tipo.

[50] *Engisch* (1930), 10 ss.; *Arth. Kaufmann*, JZ 1954, 657 ss.; *Minas von Savigny* (1972), 92 ss.; *Koriath* (1994), 329; *Schünemann*, LH Roxin, 1995, 205 ss. En contra, *Huerta Tocildo* (1984), 145 ss.; *Muñoz Conde* (1989), 52 ss.; *Rinck* (2000), 309 ss., 391 ss.; *Heuchemer* (2005), 159 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 10/13.

fórmulas intermedias.[51] Así, los partidarios de la doctrina de los elementos negativos del tipo que recurrieron a la teoría de las normas acogieron la tesis de que las permisiones delimitan el objeto de la prohibición. Es decir, que lo prohibido por la norma de conducta no es matar, sino solo hacerlo en una situación en la que no concurran los presupuestos de hecho de una causa de justificación. La discrepancia entre ellos radicaba en si esto se debe a que los permisos carecen de autonomía —de modo que solo delimitan internamente la prohibición— o bien la delimitan externamente.

4.3. Una valoración equilibrada

4.3.1. Generalidades

49 La teoría de los elementos negativos del tipo es correcta en términos lógicos. En efecto, tanto una conducta atípica como una típica, pero justificada, son conductas no prohibidas bajo pena.[52] Además, la finalidad práctica pretendida por su formulación inicial es igualmente razonable. Ciertamente, los errores de hecho en materia de causas de justificación no muestran exactamente las características de un error de prohibición, de modo que deberían tener un tratamiento distinto. En fin, sus argumentos de técnica legislativa son asumibles. Desde luego, la ubicación de las causas de justificación en reglas legales de la Parte General, y no en los tipos de delito, no tiene por qué interpretarse necesariamente como la pretensión de sentar una diferencia categorial entre atipicidad y justificación. También puede entenderse como un criterio de ordenación práctica orientado a evitar repeticiones. Por lo demás, la teoría de los elementos negativos del tipo ha hallado una importante fuente de reviviscencia en la creciente normativización de la teoría de la tipicidad. Esto determina que pueda considerarse dominante en Alemania.[53] Asimismo, se mueve en su misma línea la tendencia hacia una reunificación del dolo natural y el conocimiento de la antijuridicidad en el concepto tradicional de dolo malo.[54] Sin embargo, en contra de su aceptación se sigue esgrimiendo el argumento del «dolo monstruoso». Realmente, se hace extraño sostener que el dolo del agente, al obrar, tiene que comprender tanto lo que aquel hace como que lo realiza «en un contexto de ausencia de causas de justificación».[55]

50 Con todo, nada de lo anterior permite eludir el problema axiológico de si la valoración jurídico-penal de una conducta penalmente atípica y de una justificada tiene que ser la misma.[56] Al respecto, la tesis de la doctrina finalista

---

[51] *Rödig*, FS Lange, 1976, 48, 50; *Walter* (2006), 87 ss., 98.

[52] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 6/54 ss.

[53] *Schünemann/ Greco*, GA 2006, 782 n. 25; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 638; *Pawlik* (2012), 204 n. 329.

[54] *Jakobs* (2020), 26.

[55] *Ortiz de Urbina*, LH Ortiz Quiroga, 2020, 237 ss.

[56] Sobre la polémica: *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 6/58: «el matar, por sí solo, no es tolerable, mientras que la cuestión del contexto de la acción no se plantea en el caso de un acto atípico, como por ejemplo

—sobre la «función de llamada» de la tipicidad (o del dolo)— es que sí existe una diferencia entre ambas situaciones, lo que obliga a un examen cuidadoso sobre si concurren los presupuestos de la situación justificante. Es en este contexto en el que hay que situar la conocida frase de Welzel de que «matar a un hombre en legítima defensa no es lo mismo que matar a una mosca».[57] De entrada, la formulación parece irrebatible. Sin embargo, lo cierto es que matar una determinada especie protegida de mosca puede ser antijurídico —por ejemplo, conformando un ilícito administrativo no justificado— y, en cambio, matar a un hombre en legítima defensa es conforme a Derecho. Ciertamente, muchas conductas atípicas afectan a bienes relevantes para la comunidad y pueden hacerlo de forma antijurídica, aunque tales bienes no estén bajo el amparo del Derecho penal. En la actualidad, matar a una mosca está permitido en términos débiles, tanto por el Derecho penal como por el Derecho administrativo. En cambio, las causas de justificación constituyen permisos fuertes; cuestión distinta es que, para ser apreciadas, tengan que concurrir razones contextuales muy sólidas.

4.3.2. La consideración sistemática

El problema debe abordarse teniendo en cuenta que la tipicidad es una cate- 51
goría teleológica —jurídico-penal—, mientras que la justificación constituye una categoría general de la teoría del ilícito. Así las cosas, la doctrina del tipo total de injusto reduce las causas de justificación a la condición de causas de atipicidad —es decir, a su función de determinar la irrelevancia penal de una conducta—, cuando resulta que su función trasciende a esta —determinan que una conducta sea lícita desde la común perspectiva del ordenamiento jurídico—. Ciertamente, en términos teleológicos, puede afirmarse que la calificación de una conducta como «atípica» es preferible a su calificación como justificada. En efecto, de este modo es desplazada al ámbito de lo no punible de modo sistemáticamente previo. Además, ello puede tener incluso efectos procesales, pues, en el caso de la conducta típica, cabe que el procedimiento prosiga, de modo que en muchos casos la justificación es cuestión del juicio oral. Sin embargo, debe reiterarse que, desde el punto de vista de la teoría del derecho y del ilícito, la atipicidad solo refleja una permisión débil o provisional. En cambio, la justificación expresa un permiso fuerte.

4.3.3. La distinción entre las tres clases de delito: núcleo de los delitos **mala in se**, *periferia de los delitos* **mala in se, mala quia prohibita**

Ahora bien, la función de llamada de la tipicidad —como otros aspectos 52
de la teoría del Derecho penal y, en particular, del delito— varía en función

---

aplastar a un mosquito»; *Sánchez-Ostiz* (2008), 459 ss., 467, crítico con la asimilación de lo absoluta y lo relativamente permitido; *Puppe* (2014), 192; *Freund/Rostalski*, AT, 3.ª, 2019, 98.

[57] Próximo, *Kindhäuser* (2007), 70-71. Crítico, *Ortiz de Urbina*, InDret 3/2008, 1 ss.

del grupo de delitos del que se trate (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87). Así, en los casos de realización dolosa de tipos integrados en el núcleo de los delitos *mala in se*, la función de llamada de la tipicidad es clara. En efecto, la conducta típica, aunque esté justificada, lesiona un bien intrínseco de una persona. Ciertamente, tampoco en tales casos puede caracterizarse a la conducta típica como lesiva de un derecho. Por tanto, hasta que no se decida que no está justificada, no hay deber de abstenerse de realizarla y solo la aparición de ese deber da lugar a que la posición del sujeto afectado quede constituida como «derecho». Sin embargo, el núcleo de los delitos *mala in se* está integrado por conductas absolutamente injustificables o muy excepcionalmente justificables.

53 En cambio, en los delitos *mala in se* periféricos y en los *mala quia prohibita* la función de llamada de la tipicidad no se da con claridad. En efecto, en la periferia de los delitos *mala in se* se integran tipos de delito en los que existen abundantes elementos normativos de sentido y de valoración, tanto sociales como jurídicos. Por su parte, en los *mala quia prohibita* se da una proliferación de tipos que contienen leyes penales en blanco, es decir, remisiones normativas al Derecho administrativo y el Derecho privado. Esto significa que la conducta puede ser atípica por razones ajenas a su capacidad de afectar a un bien humano determinado. De hecho, estas razones resultan próximas a las causas de justificación e incluso son indiferenciables cualitativamente de lo que es propio de aquellas. A tal efecto cabe pensar en el riesgo permitido, en la adecuación social o incluso en la neutralidad de la conducta. Expresado de otro modo, en estos tipos de delito no cabe distinguir, como en el núcleo de los delitos *mala in se*, entre un juicio sustancial o esencial —matar a un hombre— y otro contextual o accidental —hacerlo en legítima defensa—, sino que el propio juicio de tipicidad ya cuenta con múltiples elementos contextuales.

54 En realidad, la reconstrucción teleológico-normativa de los tipos de la Parte Especial —en virtud de la doctrina del comportamiento desaprobado—, conduce a que la tipicidad integre especificaciones valorativas que la hacen próxima al modo de proceder en las causas de justificación. Pues bien, esto significa que tipicidad y justificación ni siquiera se pueden contraponer como ámbitos respectivos de lo sustancial y lo contextual, sino que conforman dos ámbitos de progresiva concreción o especificación de la conducta.[58] Sin embargo, la mencionada doctrina apenas afecta a los delitos dolosos contra bienes intrínsecos de la persona —*mala in se* nucleares—. En cambio, sí incide de forma decisiva sobre los delitos imprudentes contra tales bienes intrínsecos —que ya son *mala in se* periféricos—, así como sobre delitos dolosos patrimoniales y económicos —*mala in se* periféricos y *mala quia prohibita*—.

55 En definitiva, en los delitos pertenecientes al núcleo de los *mala in se* la tipicidad tiene un significado propio dentro del ámbito del juicio de antijuridi-

[58] *Lesch* (1999), 264 ss.; *Pawlik* (2012), 212-213; *Silva Sánchez*, DPC 52 (2015), 194.

cidad.[59] Ciertamente, da cuenta de un juicio de valor de gran importancia, de modo que los ámbitos de lo penalmente atípico y de lo típico pero justificado constituyen dos espacios claramente distintos.[60] Así pues, la justificación de la conducta puede eliminar el injusto de esta, pero no su grave «anormalidad social». Además, de ello cabe derivar que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad no responde solo a razones didácticas, legales y prácticas. Desde luego, estas ya harían legítimo el recurso a ella, pero en tales delitos se trata de algo más. En efecto, la conducta típica constituye, siempre, una injerencia en una esfera ajena de bienes protegida penalmente; por tanto, la conducta justificada no deja de ser la lesión del bien correspondiente.[61] Sin embargo, en el caso de los delitos *mala in se* nucleares ello ya describe la lesión de un bien intrínseco de la persona, lo que constituye un hecho dramático, irreparable y difícil de superar para la sociedad. Un homicidio en legítima defensa lesiona la vida del agresor —realiza la conducta más grave—, aunque el defensor no lesione el Derecho.

III. EL FUNDAMENTO AXIOLÓGICO-MATERIAL DE LA JUSTIFICACIÓN

1. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA INCIDENCIA DE LAS DOCTRINAS DE ÉTICA NORMATIVA

Existen diversas teorías de ética normativa, que se diferencian entre sí en función del criterio rector que asumen para determinar dónde radica lo «bueno» de una conducta humana. Así, es común distinguir entre doctrinas deontológicas, para las que lo decisivo es el cumplimiento del deber; las consecuencialistas, para las que el criterio viene dado por las consecuencias de la conducta; y las de la virtud, en las que el criterio deriva de la cualidad del agente moral que las realiza, persiguiendo su auténtico bien. A su vez, las tres clases de posiciones tienen proyecciones en la teoría jurídica de la justificación de conductas. Así, las primeras conducen a las doctrinas de la lesión de los derechos subjetivos o de los deberes frente al Estado; las segundas, a las doctrinas del daño y del interés preponderante; y las terceras, por su parte, a las doctrinas del bien jurídico individual y del bien común político. **56**

2. LAS CONDUCTAS TÍPICAS Y SU POSIBLE JUSTIFICACIÓN

2.1. Planteamiento

Las conductas típicas afectan, por un lado, a bienes ajenos penalmente protegidos. Por el otro, y como mínimo, expresan el bien propio consistente **57**

[59] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 536, 638. En contra, *Freund/Rostalski*, AT, 3.ª, 2019, 98.

[60] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 640-641; *el mismo*, DPC 52 (2015), 189.

[61] *Köhler*, AT, 1997, 116; próximo, *Robinson* (1997), 95.

en el ejercicio de la libertad de acción.[62] Así pues, una conducta típica todavía no infringe el deber de respetar un bien ajeno, con lo que tampoco lesiona ningún derecho subjetivo. Para alcanzar una conclusión sobre este punto es preciso resolver previamente la cuestión relativa a su carácter antijurídico o justificado. De este modo se advierte que las causas de justificación no son posteriores a la constitución de los derechos, sino que forman parte del propio proceso de constitución —concreción, determinación o especificación— de aquellos (*cfr. infra* capítulo 21/9). En definitiva, solo tras la resolución del conflicto de pretensiones que dimanan, respectivamente, del afectado por la situación típica y del agente que apela a la situación justificante, puede afirmarse que surgen efectivamente los deberes y los derechos, como entidades relacionales que estos son. Ahora bien, las respectivas pretensiones no solo tienen la fuerza derivada del interés individual o colectivo que reflejan, sino también la propia de la valoración que cada una de ellas merece desde la perspectiva del bien común de la *polis*.

58 La posición contraria conduce a afirmar la existencia de «derechos a lesionar derechos» o «deberes de lesionar derechos», enunciados que son contradictorios ya en su formulación. En efecto, en la realidad del ordenamiento jurídico no existen propiamente ni colisiones de derechos, ni colisiones entre deberes y derechos, ni colisiones de deberes. Por el contrario, solo existen ejercicios de derechos o cumplimientos de un deber. Así pues, las colisiones se producen previamente, entre pretensiones razonables, y estas deben ser examinadas para determinar a cuál de ellas —y en qué términos— se le otorga prevalencia.[63] Esta es la noción básica de la justificación, que expresa la estructura relacional del ordenamiento.[64] En definitiva, la afirmación de que una conducta está justificada significa que ha existido un conflicto entre las razones para prohibirla y las razones para permitirla, y que han prevalecido las valoraciones subyacentes a estas últimas.[65]

59 La cuestión es determinar cuál es el método para resolver tal colisión de pretensiones. En Derecho penal, la doctrina ha debatido sobre si existe un fundamento único de la justificación o bien, por el contrario, cada causa de justificación responde a un fundamento distinto. Así, por ejemplo, a mediados del siglo XX se sostenía la existencia de dos: (i) el del interés preponderante; y (ii) el de la ausencia de interés —para el caso del consentimiento del sujeto pasivo— (*cfr. infra* capítulo 22/10). Ahora bien, si se deja al margen este último supuesto, el fundamento de la justificación se ha tendido a abordar de modo unitario conforme a las teorías denominadas «monistas». En este punto existen

---

[62] *Baldó Lavilla* (1994), 17, 35, n. 8.

[63] *Coca Vila* (2016).

[64] *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4.ª, 1868, 135, n. 2: «todos los derechos son de naturaleza condicionada, condicionados por la posibilidad del estado de la sociedad, de la convivencia racional».

[65] *Roxin* (1972).

dos perspectivas axiológicas básicas. La primera es la que parte de la teoría de los intereses y sostiene que la causa de justificación básica es el estado de necesidad, concebido desde la perspectiva del «mal menor» utilitarista. La otra, en cambio, adopta la perspectiva de la teoría de los derechos, de modo que para ella la causa de justificación básica tendría que ser el cumplimiento del deber y ejercicio de un derecho.

La primera opción se manifiesta, con matices, en el Código penal modelo norteamericano,[66] que considera la representación razonable de realizar el mal menor como «causa de justificación general» por delante del ejercicio de la autoridad y la legítima defensa. Esta posición ha sido acogida con matices por un sector de la doctrina extranjera[67] así como por una parte de la española.[68] En cambio, la segunda opción discrepa de lo anterior y concuerda con otra idea en ascenso. A saber, que las causas de justificación son autorizaciones políticas para ejercer un poder legal —una potestad— lo que, de entrada, corresponde al Estado.[69] Con todo, una variante de esta última distingue entre causas de justificación en sentido estricto, en las que sí se produce una injerencia legítima en la esfera de libertad penalmente garantizada de otro contra su voluntad, y poderes con virtualidad derogatoria de la propia norma de conducta.[70] **60**

2.2. Las posiciones deontológicas y las consecuencialistas

2.2.1. La doctrina —deontológico-liberal— de la autonomía

Una primera variante de la teoría de los derechos es la que cabe denominar «posición deontológica estática». Esta proviene de la posición de Locke sobre el derecho de propiedad y, en lo que aquí interesa, es la acogida por Kant (*cfr. infra* capítulo 20/28).[71] En efecto, esta doctrina sostiene que las esferas de derecho existen de modo previo a la comunidad y son rígidamente exclu- **61**

---

[66] En el original inglés: *lesser evil* o *choice of evils*. El *Model Penal Code* Section 3.02. *Justification Generally. Choice of Evils*: «*(1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that: (a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and (b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and and (c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear.*

(2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability».

[67] Así, *Lenckner*, GA 1985, 295 ss.

[68] Así, *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 199 ss.

[69] En el original inglés: «*power*». *Nourse*, U. Pennsylvania L. R. 151 (2003), 1691 ss.; *Thorburn*, Yale L. J. 117 (2008), 1074 ss., 1110.

[70] *Gur-Arye*, CL&Phil 5 (2011), 294, distinguiendo entre potestades —cumplimiento de un deber— y causas de justificación. Así: «*legal power functions as an exception to the prohibition defining the offense and not as a justification of the infringement of the prohibition*» (297). La idea de potestad, así esgrimida, significaría, más bien, «excepción a la tipicidad», mientras que la de justificación significa «exclusión de la prohibición bajo pena».

[71] Crítico, *Simón Yarza* (2022), 143.

yentes. Así pues, en este punto rige, como regla, el principio de no injerencia en las esferas ajenas —autonomía—, de modo que, de entrada, nunca resulta legítimo injerirse en estas. Con todo, el auténtico alcance de esa posición se hace claro si se tiene presente el papel paradigmático que en ella desempeña el derecho de propiedad. Ciertamente, la idea es que no existe ningún derecho de necesidad que pueda prevalecer frente al derecho de propiedad, sino que este es, como los demás derechos, absoluto. En consecuencia, la única posibilidad de injerirse en la esfera ajena de derechos requiere la invocación de una razón derivada, a su vez, de la autonomía del propio sujeto afectado. Este planteamiento constituye la base de la posición de Kant acerca de la legítima defensa no provocada por el agredido, que también es absoluta (*cfr. infra* capítulo 19/30).

62 Ahora bien, esta doctrina reconoce que, al lado de la autonomía —del principio de separación de esferas—, y con un papel subordinado, opera excepcionalmente la solidaridad. En el planteamiento kantiano esta última solo desempeña un papel en el ámbito de la moralidad. Por eso, los excesos que puedan cometerse en la reacción defensiva carecen de relevancia jurídica. Únicamente la poseen en el plano de la moralidad, con la misma relevancia que tiene la denegación de auxilio al necesitado. Partiendo de tales premisas, en las variantes contemporáneas del liberalismo kantiano, la solidaridad ha sido modestamente incorporada a la determinación del contenido de la juridicidad.[72] Así, esto significa, por ejemplo, que los excesos en la legítima defensa conllevan únicamente la infracción de un deber jurídico de fomento —positivo, de socorro—. Por su parte, este deber positivo es el mismo que infringe quien impide el acceso de un sujeto necesitado a la propia esfera de propiedad. Algo que aquí se rechaza absolutamente.

2.2.2. La doctrina consecuencialista del interés preponderante

2.2.2.1. La ambigüedad de la fórmula del interés preponderante

63 Frente a la posición deontológica estática, el papel protagonista entre las teorías de la justificación lo ha ocupado, desde finales del siglo XIX, la noción de la ponderación de intereses en conflicto —con el fin de determinar cuál es el «interés preponderante»—.[73] Por su parte, este criterio parte de la premisa —opuesta a la kantiana— de que, en principio, es posible injerirse en la esfera ajena de bienes. Para ello basta con que esa injerencia salvaguarde un interés preponderante. Ahora bien, parece claro que toda ponderación de intereses requiere un punto de vista. El punto de partida relativista propio del primer tercio del siglo XX advertía la posibilidad de ponderar los intereses con base en criterios valorativos diversos, sin optar específicamente por ninguno de ellos.

---

[72] *Baldó Lavilla* (1994), 163 ss.; *Pawlik* (2003; 2012); *Coca Vila*, InDret 1/2021, 182-183, criticando posiciones utilitaristas (184 ss.).

[73] *R. Merkel* (1895), 57 ss.; *Dohna* (1905), 128; *Engisch*, MschrKrim XXV (1934), 82.

Así, por ejemplo, se barajaban el criterio individualista frente al transpersonal, o la concepción liberal del Estado y del Derecho, frente a la autoritaria.[74] Esto significa que la doctrina del interés preponderante no tiene un contenido concreto.[75] Sin embargo, resulta difícil negar que su origen posthegeliano es utilitarista, en la medida en que relativiza el alcance y significado de las esferas jurídicas como portadoras de pretensiones de protección (*cfr. infra* capítulo 20/35). En este sentido, incluso se ha señalado críticamente que es producto de las nociones decididamente colectivistas imperantes a finales del siglo XIX y comienzos del XX.[76] Ciertamente, interpretado así, el criterio rector de la ponderación sería asegurar a la sociedad, o al Estado, el mayor volumen total posible de bienes en términos de agregación o acumulación.[77] Por tanto, parece claro que la valoración de las doctrinas del interés preponderante depende de cómo se entienda en cada una de ellas la noción de «interés» y de cuáles sean los criterios de «ponderación» entre los intereses en juego.

El término interés puede ser entendido en sentido abstracto y amplio. En tal **64**
caso, aparece como una noción valorativa compleja que puede tener en cuenta todos los factores implicados en el conflicto. Por un lado, permite integrar no solo la jerarquía de los bienes en presencia, sino también la magnitud del daño esperado en cada uno de ellos, la probabilidad y celeridad de su afectación. Por otro lado, puede considerar asimismo la relevancia de la paz jurídica, representada por el mantenimiento del *statu quo*, así como las responsabilidades de los sujetos enfrentados, derivadas de actos previos o de deberes concurrentes en ellos.[78] Ahora bien, así entendida, la doctrina expresa algo trivial y no proporciona, en realidad, ningún baremo de solución. En cambio, la noción de interés puede entenderse en sentido estricto como valor de utilidad de una conducta para el beneficiario o para la sociedad. Ciertamente, esta última posición todavía admite variantes. Así, cabe distinguir entre el valor de utilidad de la conducta concreta —la perspectiva del utilitarismo del acto— y la utilidad de realizar conductas como la enjuiciada de modo reiterado —la del utilitarismo de la regla—. Sin embargo, la posición del utilitarismo de la regla es poco explícita. En efecto, conduce a sostener que no se puede realizar una conducta concreta pese a que esta muestre, en el caso de que se trate, un saldo positivo de utilidad.

2.2.2.2. Una crítica a su comprensión en el sentido del utilitarismo del acto

Así las cosas, parece que solo la doctrina del utilitarismo del acto proporcio- **65**
na un baremo claro. Sin embargo, este debe ser rechazado, al menos, por cua-

---

[74] *Engisch*, MschrKrim XXV (1934), 73.

[75] *Mezger*, GS 89 (1924), 313 ss.; *Carbonell Mateu* (1982); *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 207 ss., 218; *Guerra Espinosa* (2017); *el mismo*, R.D.P.U.C. Valparaíso 49 (2017), 187 ss.

[76] *Pawlik* (2002), 32 ss.

[77] Críticos, *Köhler*, AT 1997, 283; *Renzikowski* (1997), 200 ss.; *Pawlik* (2002), 39 ss., 50; *Coca Vila* (2016), 237; *el mismo*, CPC 122 (2017), 246.

[78] *Münzberg* (1966), 265 ss., 324-325.

tro razones. En primer lugar, por la existencia de bienes —intrínsecos— cuya lesión constituye un mal absoluto, que se sustraen por completo a cualquier ponderación. En segundo lugar, por la ya mencionada relevancia del factor relativo a la estabilidad de las pretensiones —la conservación del *statu quo* y la noción de paz jurídica—.[79] Esta idea es la que se manifiesta, por ejemplo, en la regla «anterior en el tiempo, mejor en derecho» —*prior in tempore, potior in iure*—. En efecto, en su virtud se establece un criterio de prioridad que, pese a no ser decisivo, tiene un papel relevante y resulta ajeno a la idea de interés preponderante. En tercer lugar, la doctrina de la utilidad debe ser criticada porque en la resolución del conflicto pueden tener relevancia elementos que no pertenecen a una teoría del interés, sino a una teoría de los derechos. En efecto, esta atribuye relevancia la realización por el agente de conductas que fundan una responsabilidad por la situación conflictiva surgida —provocación— o bien la infracción de deberes especiales que recaen en su persona —deberes de sacrificio—. En fin, un cuarto motivo de crítica es la relevancia de los análisis de peligro, que introduce un elemento adicional a la ponderación estática de los intereses.

66 La conclusión de todo lo anterior es que la solución no es llevar a cabo una ponderación entre los «intereses», ni siquiera entre los bienes en conflicto.[80] Por el contrario, en primer lugar, se trata de valorar la interrelación personal de quienes entran en fricción, para lo cual hay que tener en cuenta todos los argumentos enfrentados y decidir quien ostenta el «mejor derecho». Además, el método de resolución de los conflictos entre pretensiones ha de ser la consideración conjunta de las razones que cada una de ellas puede esgrimir en su favor.[81] En realidad, todas las fundamentaciones de la justificación de una conducta con base en la ponderación de intereses tuvieron que admitir la existencia de límites externos absolutos, ajenos a la lógica del interés. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad justificante el principio utilitarista fue sometido a limitaciones derivadas de criterios deontológicos, de la estabilidad de determinadas pretensiones y, sobre todo, de la dignidad de la persona (*cfr. infra* capítulo 20/45). En algunos sistemas legales la restricción se produjo en virtud de la propia regulación legal de la respectiva causa de justificación. En cambio, en otros ello ha tenido lugar mediante operaciones judiciales de reducción teleológica.

2.3. Las doctrinas del conflicto de derechos y de la proporcionalidad

67 La crítica a la versión radical del criterio de ponderación de intereses no ha determinado que la doctrina haya abandonado una perspectiva de pro-

---

[79] *Silva Sánchez*, ADPCP 1982, 667 ss.

[80] *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956), 69-70: debe tenerse en cuenta, además, el deber de respetar la autonomía o autodeterminación del sujeto, cuando esta se vea afectada.

[81] *Lenckner*, GA 1985, 295 ss.; *Luzón Peña* (1995), 21 ss., distingue luego entre causas de justificación del resultado y causas de justificación únicamente de la acción.

porcionalidad.[82] Este criterio, muy presente en la dogmática constitucional de los derechos fundamentales, ha recibido además un considerable impulso mediante la difusión internacional de la obra de Alexy.[83] A este respecto, el punto de partida mayoritario sigue siendo el liberal. Así pues, partiendo de los derechos individuales, se señala que estos solo pueden verse afectados por el Estado si existe un interés general —estatal— opuesto y la ponderación en términos de proporcionalidad es favorable a este último. Es decir, se plantea el escenario de una colisión entre el interés individual y el interés social-estatal. Trasladada al Derecho penal, la idea es que un ciudadano particular solo puede injerirse en la esfera ajena si ello puede fundamentarse en términos de proporcionalidad. En efecto, las causas de justificación se consideran habilitaciones concedidas por el Estado y este último no puede conferir a los ciudadanos más habilitación que la que él mismo tiene. Sentado esto, cabe entender que las divergencias adicionales en cuanto al alcance de las causas de justificación son reflejo de discrepancias en el manejo del principio de proporcionalidad.

2.4. La doctrina de la especificación orientada al bien común

2.4.1. El fundamento

El planteamiento defendido aquí se aleja tanto del utilitarismo como del 68
planteamiento deontológico liberal. En efecto, frente a ellos, el fundamento general de las causas de justificación, igual que el fundamento específico de cada una de ellas, se tiene que ubicar en la justicia interpersonal —la *res iusta*—.[84] Pues bien, el contenido de esta consiste en darle a cada uno lo suyo —*ius suum cuique tribuere*—. Ciertamente, eso plantea la difícil determinación de qué es lo que corresponde a cada uno. Ahora bien, para determinarlo no se puede partir de un criterio abstracto de separación de esferas. Por el contrario, la premisa es que, salvo en lo relativo a los bienes intrínsecos, no existen derechos innatos, sino que los derechos se concretan en la relación interpersonal. En efecto, «lo suyo» —el derecho de alguien— es aquello que «le es debido», y esto último es lo que le corresponde por razón del bien común.[85] A su vez, el bien común viene dado por el conjunto de aquellas condiciones de vida social mediante las cuales cada ser humano puede conseguir de modo más pleno su perfección. Pues bien, no se es persona sin referencia a la comunidad,[86] de modo que esta última debe contemplarse como un «nosotros» y no como un «yo» cuya libertad se ve limitada por «los otros».[87]

---

[82] *Möller*, OJLS 29 (2009), 765 ss.

[83] *Alexy* (1997); *Hoyer*, ARSP Beiheft 104 (2005), 99 ss.; *Sánchez Lázaro* (2009).

[84] *Webber*, LSE Working Papers 10/2016, 1 ss.; *Simón Yarza* (2022), 141-143, 145-146.

[85] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 58, a.12 ad 1.

[86] Esta es la perspectiva republicana: *Kunz*, FS Kaiser, 1998, I, 867 ss.

[87] *Kunz*, FS Kaiser, I, 1998, 868-869.

69 Esta noción conduce a precisar la concepción de lo justo que debe acogerse. En efecto, la justicia puede entenderse en términos materiales-deontológicos —de lógica de los derechos o de los deberes— o materiales-consecuencialistas; pero también en términos formales, contractualistas o procedimentales. Frente a todas estas posiciones, aquí se asume una lógica secuencial de las posiciones de deber y de derecho, que responde al criterio rector del bien común. Según esto, el punto de partida es el bien individual. Este, cuando se corresponde con el bien común, da lugar a un deber de respeto por parte de todos. Entonces, la contracara de ese deber es el derecho en relación con aquel bien. Así pues, la determinación del deber y del derecho tienen lugar en virtud de un proceso de concreción —de especificación—. A su vez, esta solo admite la excepción de los bienes intrínsecos, que deben ser respetados de modo absoluto.

2.4.2. El método

70 El método de la especificación de los derechos es preferible a cualquiera de los planteamientos opuestos porque parte de la posibilidad de armonía entre los bienes y no del conflicto entre ellos. Así, frente a la posición que parte de la existencia de derechos rígidos previos a la comunidad, la doctrina de la especificación sostiene que —salvo en el caso de los bienes intrínsecos— no existe ningún derecho antes de ser especificado. Ciertamente, antes de la especificación existen bienes humanos y, en relación con ellos, pueden existir principios, valores, intereses o pretensiones. Por lo tanto, es necesario aportar una justificación de razonabilidad o de proporcionalidad para sostener que aquellos puedan ser afectados. Sin embargo, el deber de respeto y el derecho correspondiente no se constituye plenamente si no responde a las exigencias del bien común.

71 Así, por ejemplo, el derecho de legítima defensa no existe de modo previo a las exigencias de moderación en su ejercicio, que no son «restricciones» de un derecho preexistente, sino condiciones de su surgimiento. Así pues, si no cumple las condiciones de su derecho de defensa legítima, el agredido no lesiona únicamente un deber de fomento —o de solidaridad—, sino el deber negativo correlativo al derecho a la vida o a la integridad física del agresor. Ahora bien, si se cumplen las correspondientes condiciones, el derecho surge y no puede calificarse en ningún caso de débil. Por eso, y del mismo modo, la negación del derecho de necesidad, una vez que este surge tras su especificación, no puede ser considerada una mera lesión de un deber de fomento —de solidaridad—. Se trata de la lesión del deber negativo correlativo al derecho de necesidad.

72 El modelo de especificación orientada al bien común es también preferible a aquel en el que los derechos individuales entran en colisión ponderada con el interés social-estatal. En efecto, este último criterio parte de la existencia de una tensión entre lo privado-individual y lo público-estatal. En cambio, en

el modelo de orientación al bien común no existen tales tensiones, sino que se trata de que la solución resultante de la especificación sea la mejor para la comunidad política. Así, la orientación al bien común no resulta alejada del método derivado del «principio de concordancia práctica». Para uno y otro método, es relevante determinar el papel de la razón o pretensión desplazada en el proceso de especificación, pues ella siempre desempeña una función de delimitación, esto es, de co-constitución del Derecho. En fin, a la luz de todo lo anterior, la secuencia «tipicidad-justificación», propia de la teoría del delito, muestra con claridad la relevancia de sus dos pasos. En efecto, la justificación aparece como culminación de un proceso de concreción que solo al final determina que se encuentren plenamente establecidos los derechos. Además, tales pasos no reflejan una colisión de posiciones, sino una consideración de razones en el marco general del bien común como condición del desarrollo personal.

Desde luego, las tendencias actuales van en otra línea. En efecto, el liberalismo postmoderno supuestamente ha renunciado a cualquier teoría positiva de lo bueno. Así, asume que el «bien» consiste en la constante emancipación de la libertad individual de todas las constricciones no elegidas. Expresado de otro modo, ha traducido el principio político burgués —de reacción contra las restricciones monárquico-aristocráticas al acceso a la propiedad— en un principio vital. Ahora bien, con ello, en primer lugar, priva a las personas de orientación, así como de todo vínculo comunitario. Adicionalmente, las deja —en su cognición imperfecta y su voluntad limitada— en manos del mercado y del Estado. 73

2.4.3. Las coincidencias y las discrepancias

La construcción de las causas de justificación orientada al bien común se distancia del consecuencialismo utilitarista. Ello tiene lugar en dos sentidos. Por un lado, en que el criterio de la especificación no es la consecución de la mayor utilidad para la mayoría. Por otro lado, en que su resultado no pretende tener validez para todo tiempo y lugar, sino que, más allá del nivel de los principios, admite una especificación matizada en el seno de cada comunidad política histórica. En cambio, la construcción orientada al bien común coincide con una concepción deontológica en que ambas comparten la idea de que no está justificado lesionar bienes intrínsecos de otros en aras de un supuesto interés general.[88] En efecto, el bien común únicamente exige el sacrificio personal de la vida en casos extremos de crisis existencial de la *res publica* y con condiciones estrictas. Dejando estos al margen, el bien común coincide con el mantenimiento de las condiciones del bien intrínseco de las personas, hasta el punto de que no puede hablarse de un concepto de bien común que niegue la vida o la integridad física y moral de estas. Por lo demás, las diferencias 74

[88] *Coca Vila*, InDret 1/2021, 182 ss.

entre las doctrinas del bien común y las deontológicas aparecen en relación con bienes extrínsecos —fundamentalmente, la propiedad y determinadas libertades de acción—, cuya restricción puede venir demandada o no por el bien común en función de cuál sea el objeto de aquellas. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, para la doctrina orientada al bien común, lo protegido por el Derecho es la relación interpersonal justa y no un supuesto derecho subjetivo previo a las relaciones interpersonales.

75 El rechazo de la justificación general de una conducta todavía no tiene efectos teleológicos directos. Como se ha adelantado, es posible que una conducta, pese a no estar justificada, tampoco deba ser sancionada penalmente. En efecto, con posterioridad al nivel sistemático de la justificación, cabe excluir la prohibición de una conducta bajo pena. A su vez, ésta puede abrirse a consideraciones consecuencialistas, vinculadas con la idea del mal menor, más o menos matizada. Subrayando este doble plano, además, se refleja el modelo de legitimación del Derecho penal acogido en esta obra, a saber, el de la retribución limitada por consideraciones distributivas de equidad, eficiencia y oportunidad (*cfr. supra* capítulos 3/110; *infra* capítulo 27). En efecto, el resultado de la adición de un filtro consecuencialista —este último solo para restringir el alcance del anterior— es el bien común de la pacificación. Como ya se ha indicado, ello obliga a alejarse de la máxima de «hágase la justicia y perezca el mundo» —*fiat iustitia, pereat mundus*— para acoger una retribución limitada y subordinada precisamente al logro de la paz.

3. LOS INJUSTOS ABSOLUTOS

3.1. Planteamiento

76 Existen hechos típicos que constituyen el equivalente jurídico-penal de aquellos ilícitos que, en la filosofía moral desde Aristóteles, se han conocido como males absolutos o ilícitos absolutos —*intrinsece mala*—.[89] En efecto, hay conductas con respecto a las cuales un sector de la doctrina afirma que no pueden estimarse justificadas en ningún caso. Durante siglos, una de ellas fue la del homicidio doloso de un tercero, incluido el llevado a cabo en legítima defensa. En cambio, el homicidio del enemigo en guerra, el del sujeto jurídicamente condenado —la ejecución de la pena de muerte— y el tiranicidio sí se entendían justificados.[90] Con posterioridad, el homicidio en legítima defensa no provocada y ejercida con moderación pasó a considerarse amparado por una causa de justificación (*cfr. infra* capítulo 19/27). Por su parte, la ejecución de la pena de muerte ha ido perdiendo su carácter de conducta materialmente justificada, aunque se mantenga como no legalmente prohibida en algunos ordenamientos positivos. Sin embargo, sigue en pie la máxima de Tomás de

---

[89] *Finnis* (1991), 14, 49; *Miranda Montecinos*, RChD 35 (2008), 497 ss.

[90] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 88, a. 6; c. 100, a. 8.

Aquino, según la cual «de ningún modo es lícito matar a los justos y los inocentes, pues su vida conserva y promueve el bien común».[91]

77 En la actualidad los ejemplos debatidos como posibles males absolutos son las conductas de homicidio de inocentes, de tortura estatal,[92] de violación sexual y de sometimiento a esclavitud. Ahora bien, conviene tener presente que el homicidio de inocentes también comprende el aborto como *malum in se* absoluto y, por lo tanto, injustificable. En efecto, ciertas conductas de aborto pueden ser consideradas injustos no punibles; sin embargo, nadie —tampoco el Estado— puede privarles de su contenido antijurídico material. Por eso no puede existir en ningún caso un derecho al aborto. Ciertamente, el Estado sí puede desatender las consideraciones materiales señaladas, estableciendo una eximente formal-procedimental para el aborto. De hecho, esto es lo que han llevado a cabo las legislaciones occidentales contemporáneas. Sin embargo, con independencia del nombre que se les dé a tales eximentes, estas no pueden conferir el derecho de tratar al concebido no nacido —el inocente absoluto— como una cosa al margen de la protección jurídica.

78 El punto de partida de lo anterior es la afirmación de que ciertos deberes de respeto son absolutos. En efecto, si hay derechos absolutos, ello es porque son correlativos a deberes que vinculan siempre y para cualquier situación. En cambio, otros pueden devenir absolutos en virtud de la respectiva delimitación de los deberes para determinado tiempo o lugar. En este último sentido, una vez que ha tenido lugar la plena especificación de una relación interpersonal, incluso tiene sentido afirmar que todos los derechos son absolutos.[93] Sin embargo, este no es el significado usual. Por el contrario, la expresión de injustos absolutos alude a conductas que lesionan bienes absolutos ya antes del proceso de especificación.

3.2. La relevancia de la noción

79 La afirmación de la existencia de ilícitos absolutos no es compatible con la concepción del injusto como una mera cuestión de ponderación de intereses. En efecto, desde perspectivas consecuencialistas[94] o proporcionalistas[95] no

---

[91] «*justos et innocentes, cum eorum vita bonum commune conservet atque promoveat, nullo pacto occidere licet*»: *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 64, a. 6. Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006 («caso de la Ley de seguridad aérea»), con comentario de *Cano Paños* (2011), 911 ss. Crítico, *Doménech Pascual*, RAP 170 (2006), 407 ss.

[92] La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), en su art. 2.2, establece una prohibición absoluta: «en ningún caso, podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura».

[93] *Shafer-Landau*, Arizona L. R. 37 (1995), 210.

[94] *Dershowitz* (2002), 137 ss., 148, proponiendo incluso la construcción de un modelo de «órdenes judiciales de tortura» («torture warrants»), para procedimentalizar la decisión.

[95] *Waldron* (2010).

cabe hablar de absolutos morales, pues siempre cabe imaginar un caso en el que pesen más los intereses salvados. En cambio, la lógica de los absolutos morales casa con una concepción ética deontológica, así como con una concepción centrada en la virtud —como camino hacia la plenitud individual— y en el bien común, según las cuales una conducta puede ser mala, aunque produzca un saldo positivo de utilidad. En efecto, todas estas parten de la existencia de realidades —en las que se manifiesta la vida, así como la integridad física, psíquica y moral de la persona— ante las que existe un deber suprapositivo —pre-político— de respeto. A su vez, este deber es absoluto e incondicionado, de modo que nadie (ni el Estado, ni el propio sujeto pasivo) puede dispensar de su cumplimiento. Estas realidades coinciden con el ámbito de los bienes intrínsecos, indisponibles por parte de su titular (*cfr. infra* capítulo 22/49) y cuya lesión conforma el núcleo de los delitos *mala in se* (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87). En definitiva, aquí no se trata de meros bienes, sino de la constitución de la sustancia física y moral de la persona misma.

80 Ciertamente, la permisión de las conductas lesivas de bienes intrínsecos puede rechazarse también desde perspectivas consecuencialistas. En efecto, aunque su justificación —en un caso concreto— pudiera basarse en un utilitarismo del acto, ello puede resultar contrario a una perspectiva de utilitarismo de la regla. Por ejemplo, la prohibición incondicionada de la tortura estatal puede sostenerse no solo sobre la base de la intangibilidad de la dignidad humana, sino también sobre los argumentos consecuencialistas de la pendiente resbaladiza o de la rotura de diques, e incluso, sin más, con razones legales.[96] Esta forma de razonar, propia del utilitarismo de la regla, no considera que un caso concreto de tortura sea siempre inadmisible. Por el contrario, parte del riesgo de institucionalización que deriva de la permisión de un acto, sobre todo cuando este se enmarca en una actividad realizada por sujetos en el ejercicio de su profesión. Pues bien, este es el supuesto de la hipotética tortura llevada a cabo por funcionarios públicos al servicio del Estado. Parece, entonces, que la exclusión de toda justificación para la tortura se relacionaría con el carácter de ésta como fenómeno generalizable. Sin embargo, esta argumentación podría admitir la justificación de la tortura de una persona en un caso excepcional. Por ejemplo, para obtener la información acerca de dónde se está torturando varias personas, y evitarlo; o cuando existe el riesgo de destrucción total de la comunidad política. Frente a ello, la STEDH de 1 de junio de 2010 (Gäfgen c. Alemania),[97] en la línea de la Convención contra la Tortura de 1984, sentó la doctrina de que «la tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos, ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación».[98]

---

[96] *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 238 ss.

[97] *Cano Paños*, RDPC 12 (2014), 13 ss.; *el mismo* (2017).

[98] Igualmente, la STEDH de 13 de febrero de 2018 (Portu Juanenea y Sarasola Yarzábal c. España): «no es en manera alguna derogable, incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la

A este respecto es irrelevante, en términos de pasado, cuál haya sido la conducta previa del afectado; y, en términos de futuro, lo que se pretenda salvaguardar mediante el acto de tortura.[99] El tribunal acoge aquí el imperativo categórico de Kant: «obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio».[100]

3.3. Los casos límite

3.3.1. La voluntad indirecta y la doctrina del doble efecto

La doctrina de los ilícitos absolutos se refiere a conductas dolosas; más con- 81
cretamente, a conductas realizadas con la intención de producir el resultado. Ello la hace especialmente aplicable a la tortura. En cambio, determina que las conductas en las que tiene lugar la causación voluntaria, pero no intencional, de efectos lesivos colaterales o secundarios —el denominado clásicamente *voluntarius indirectus*— puedan ser objeto de otro régimen y, en fin, resultar justificadas.[101] En efecto, el planteamiento clásico parte de que actuar con la intención de causar un mal intrínseco a otro resulta siempre inaceptable, porque comporta una instrumentalización absoluta. En cambio, una cuestión distinta se suscita cuando el mal causado al otro no es algo pretendido *per se*, sino que, quedando fuera de la intención —*praeter intentionem*—, resulta por «accidente» —*per accidens*—.

Una vía para la posible justificación de tales conductas vino dada por la 82
«doctrina del doble efecto». En efecto, esta admite que el dolo de consecuencias (cuasi-)necesarias y, sobre todo, el dolo eventual y la imprudencia puedan tener en algunos casos un tratamiento distinto del que es propio del llamado dolo directo de primer grado —la intención—. Así, la justificación de la conducta requiere que el comportamiento que causa el daño colateral previsible revista la calificación de *proportionatus fini*, es decir, que no sea más lesivo de lo necesario y sea adecuado al fin pretendido.[102] Ciertamente, esta doctrina fue utilizada, de entrada, para justificar las conductas de homicidio en legítima defensa, muy discutidas hasta entonces en la doctrina romano-canónica. El razonamiento empleado discurría señalando que en una conducta de legítima defensa no hay intención de matar, sino solo de defenderse, de modo que la causación de la muerte del agresor constituye únicamente un efecto colate-

---

nación. Incluso en las circunstancias más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura».

[99] *Greco*, InDret 2/2007, 1 ss.; *la Torre*, Revista de Derecho del Estado 47 (2020), 3 ss. Críticos, *Brugger*, Der Staat 35 (1996), 67; *el mismo*, JZ 2000, 167 ss.; *Borowski*, Revista de Derecho del Estado 48 (2021), 297 ss.

[100] Crítico, *Greer*, Human Rights L. R. 15 (2015), 33 ss.

[101] *Joerden*, FS Jakobs, 2007, 235 ss.; *Philipps*, FS Hassemer, 2010, 206-207.

[102] *Finnis* (1991), 97; *Miranda Montecinos*, RChD 35 (2008), 502 ss.; *el mismo* (2014).

ral (*cfr. infra* capítulo 19/27).[103] Con posterioridad, el argumento del doble efecto se ha utilizado para sostener la licitud de la denominada «eutanasia activa indirecta». Es decir, los casos en los que la conducta médica de aplicar sustancias sedantes, regidas por la intención de mitigar el dolor del paciente, produce como efecto colateral la anticipación del momento de su muerte (*cfr. infra* capítulo 22/63). Igualmente, el Derecho internacional humanitario permite conductas bélicas intencionales que pueden tener efectos colaterales de muerte sobre la población civil —inocente—, sometiéndolas a reglas de necesidad y proporcionalidad.

83 En realidad, este método puede utilizarse también para afrontar otros casos contemporáneos muy complejos. Por ejemplo, el del disparo contra un delincuente agresivo que se protege tras un «escudo humano»; o el del derribo de aviones secuestrados por terroristas. En ambos casos la conducta está regida por la intención de neutralizar la agresión, no por la de matar al escudo humano ni, respectivamente, a los pasajeros del avión. Así pues, la muerte de uno u otros podría «justificarse» como efecto colateral —imprudente, eventual e incluso necesario— de la reacción defensiva. Ahora bien, la pregunta clave en estas situaciones es la de cómo distinguir con claridad los casos en los que la muerte del inocente se persigue intencionalmente —en sí misma o como medio para un fin— de aquellos en los que solo es un efecto colateral. Todo ello requiere un examen más detenido (*cfr. infra* capítulo 26/86).

3.3.2. La lesión directa e intencional de un bien intrínseco

84 Por lo demás, existen casos límite, muy difíciles de resolver, en los que se produce de modo directo e intencional la lesión de un bien intrínseco de una persona para alcanzar un fin determinado. A propósito de ellos, procede plantearse si las conductas que producen males absolutos, aunque no puedan ser justificadas, sí pueden quedar exentas de sanción penal.[104] En concreto, si cabe que, aun no siendo conformes a Derecho, carezcan de toda consecuencia jurídica sancionatoria —esto es, tanto civil, como administrativa y penal—. Incluso se discute si, en el marco de un ordenamiento de excepción, algunas de ellas pueden ser reputadas conformes a Derecho. Esto es lo que sostiene una posición de «deontologicismo limitado»,[105] para casos de homicidio intencional de inocentes en los que se trata de salvar muchas vidas o incluso la propia subsistencia del Estado. Con todo, la posición alternativa sostiene que también en estos casos debe ser suficiente la inaplicación *ex post* de la norma de sanción, sin calificar la conducta como justa —conforme a Derecho—. En realidad, esta puede reputarse la solución preferible; a saber, la de que no exista un injusto prohibido bajo pena, pero sí un deber de reparación civil derivado

---

[103] *Finnis* (1991), 56, 78.

[104] Así, *Jakobs*, FS Krey, 2010, 207 ss.; *Roxin*, InDret 4/2012, 12.

[105] En inglés, «*threshold deontologism*»: *Moore*, Israel L. R. 23 (1989), 280. Crítico, *Alexander*, San Diego L. R. 37 (2000), 895.

de un daño ilícito. De hecho, el propio Derecho internacional humanitario, que permite conductas con efectos colaterales de muerte de población civil, mantiene la prohibición absoluta de los delitos contra la humanidad, como la tortura, la esclavitud o la violación.

4. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN

4.1. Planteamiento

En el último medio siglo cabe advertir una tendencia a la procedimentaliza- 85
ción del Derecho —en concreto, del Derecho penal—[106] cuyo origen se halla en las crecientes incertidumbres sociales, tanto fácticas como valorativas. Pues bien, una manifestación concreta de esta tendencia es la procedimentalización de la categoría de la justificación de conductas.[107] En efecto, en el ámbito sistemático de las causas de justificación tiene lugar el proceso de especificación del contenido de las normas de conducta prescriptiva y permisiva, así como de las reglas legales de la tipicidad y de las causas de justificación, ajustándolas al caso concreto. Tradicionalmente este ha sido un ámbito regido por criterios sustantivos acerca de lo bueno y lo malo. Así, la justificación material de una conducta se ha construido vinculada a una determinada concepción material de la justicia, lo que refleja la propia etimología del término «justificación». Sin embargo, en las últimas décadas se asiste a la sustitución de tales criterios sustantivos por otros de contenido procedimental. Es decir, por una regulación jurídico-pública formal centrada en la intervención de expertos y el seguimiento de un procedimiento administrativamente establecido.

La procedimentalización de la justificación se manifiesta en dos fenómenos 86
diversos. En primer lugar, en la existencia de eximentes especiales de naturaleza procedimental que generan «excepciones procedimentales» a la tipicidad y, por tanto, excluyen la prohibición general de la conducta. Ello ha tenido lugar en dos grandes ámbitos. Por un lado, en el correspondiente a la regulación estatal de las actividades económicas o profesionales, que incide en el Derecho penal económico.[108] Por el otro, en la «regulación» estatal de la vida humana, lo que se advierte en las legislaciones de despenalización del aborto, de la eutanasia, del trasplante de órganos, de la esterilización y de la cirugía de cambio de apariencia sexual.[109] En segundo lugar, la procedimentalización de la justificación deriva de la progresiva configuración de procedimientos institucionalizados para la «gestión» ordenada de un determinado problema

---

[106] *Saliger*, FS Hassemer, 2010, 599 ss.; *Stratenwerth*, FS Hassemer, 2010, 639 ss.; *Schweiger* (2018).

[107] *Hassemer* (1997), 20 ss., 41 ss.; *Eser* (2000), 43 ss.; parcialmente distinto, *Saliger*, FS Hassemer, 2010, 607 ss.: legalización procedimental; *Stratenwerth*, FS Hassemer, 2010, 646: contra la procedimentalización de la imposición de pena; *Eicker* (2010). La idea evoca las nociones de legitimación por el procedimiento, un denominador común en la obra de las obras filosóficas de Habermas, Luhmann o Rawls.

[108] *Francuski* (2014).

[109] *Romano*, RIDPP 2007, 1269 ss.

social. En efecto, la existencia de estos procedimientos administrativos —por ejemplo, de asignación de recursos escasos— se combina con la vigencia del principio de subsidiariedad externa de las causas de justificación. Ello conduce a la discusión acerca de si aquellos bloquean la justificación de la conducta consistente en resolver por la vía de hecho —al margen del procedimiento establecido— la situación conflictiva de la que se trate (*cfr. infra* capítulo 19/64; 20/67).

4.2. Las «excepciones» procedimentales

4.2.1. El concurso de causas de justificación

87 Cabe la posibilidad de que en un supuesto de hecho concurran los presupuestos de varias causas de justificación.[110] Esto puede apreciarse ya a propósito de la legítima defensa y del estado de necesidad, en cuya concurrencia prevalece la primera como *lex specialis*. Igualmente, una conducta puede reunir los presupuestos de la legítima defensa y, a la vez, los del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de un deber, en cuyo caso es más difícil sostener una especialidad lógica. Con todo, todavía cabe afirmar que el cumplimiento del deber funcionarial de defender a un tercero es más específico que la legítima defensa de tercero.[111] Por un lado, porque no se trata de un derecho, sino del deber de un sujeto especialmente cualificado;[112] además, porque, consiguientemente, su cumplimiento está sujeto a las reglas de la legislación de las fuerzas y cuerpos de seguridad (*cfr. infra* capítulo 21/58).[113] En general, sucede lo mismo en la relación entre otros múltiples supuestos de cumplimiento de un deber y el estado de necesidad agresivo. Ahora bien, resulta especialmente problemático el supuesto de la concurrencia de las eximentes genéricas del Código penal y de las específicas que se han ido generando —por ejemplo, en materia de aborto, eutanasia y asimismo en materia de esterilización o cirugía de cambio de apariencia sexual—.[114]

88 Tales eximentes específicas —las eximentes o «excepciones procedimentales»— que excluyen la prohibición de la conducta y generan poderes de realización de esta, plantean problemas diversos. Sin embargo, existe acuerdo en que estos procedimientos definen situaciones de ausencia de prohibición jurídica general —de licitud jurídico-pública del hecho—, en los que el Estado asume un papel distinto. En efecto, no solo no los puede impedir, sino que tiene el deber de colaborar con su realización, hasta el punto de que es él

---

[110] *Cuerda Riezu*, ADPCP 1990, 519 ss.; *Tomás-Valiente*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1039 ss.; *la misma* (2008), 135 ss.; *la misma* (2009).

[111] *Warda*, FS Maurach, 1972, 166 ss.: en términos funcionales.

[112] *Palermo* (2006), 368.

[113] Incluso la prohibición absoluta de la tortura en la Constitución bloquearía que pueda ser objeto de ponderación para apreciar una justificación en algún caso concreto: *Tomás-Valiente* (2009), 103.

[114] *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 232 ss.

quien lo financia y gestiona. Así las cosas, el primer problema que plantean es el relativo a su concurrencia con las causas de justificación tradicionales. En este punto se enfrentan las tesis del efecto oclusivo de las eximentes procedimentales con respecto a las causas de justificación generales y la que sostiene la aplicación subsidiaria de estas últimas.[115] En segundo lugar, se suscita la cuestión —en cierto modo derivada de la anterior— de cómo debe tratarse el caso del incumplimiento de algunos de sus requisitos formales. En concreto, si debe dar lugar a la ausencia de exención o bien calificarse de mera infracción formal. Pues bien, las excepciones procedimentales ciertamente bloquean la aplicación de las eximentes tradicionales como causas de justificación en lo relativo con aquellos conflictos que el legislador ha tenido en cuenta a la hora de establecer aquellas excepciones. En cambio, no deben hacerlo en los conflictos que el legislador no tuvo en cuenta. Por lo demás, desde luego no impiden la operatividad de aquellas eximentes que se basen en consideraciones estrictamente teleológicas: es decir, las que, dejando en pie la ilicitud general de la conducta, excluyen la prohibición concreta bajo pena de esta.

4.3. La primacía de los procedimientos institucionalizados como límite de las causas de justificación clásicas

La procedimentalización de la justificación tiene su envés en los sistemas procedimentales de bloqueo de su incidencia.[116] Así, el principio de primacía de las instituciones —mejor, de primacía de los procedimientos institucionalizados— concreta el alcance del principio de subsidiariedad externa en las causas de justificación. Tradicionalmente, este último era entendido como la exigencia de recurrir a cualquier «otro medio» al alcance del agente antes que a la realización del tipo bajo el amparo de la correspondiente causa de justificación. En cambio, el principio de primacía de las instituciones establece la inaplicación de las causas de justificación en el marco de aquellos conflictos para cuya resolución ya existe un procedimiento estatal. Ello, haciendo abstracción de cuál es el criterio de decisión seguido en ese procedimiento y de si este va a significar el sacrificio del agente o no. En definitiva, limita las conductas justificadas de modo general, que son reconstruidas en términos de gestión administrativa. Expresado de otro modo, impiden la justificación de la conducta de quien actúa al margen de ellos. Así, por ejemplo, es obligado avisar a la policía en lugar de recurrir a la legítima defensa; solicitar una vivienda social o ir a un dormitorio social del municipio en lugar de ocupar una vivienda ajena vacía; etcétera. Ahora bien, conviene advertir que, de este modo, se desdibujan las fronteras entre los métodos de resolución general de macroproblemas sociales y la justicia (penal) del caso concreto. Por ello, debe concluirse también que la primacía de los procedimientos institucionalizados,

89

[115] *Warda*, FS Maurach, 1972, 143 ss. ,170 ss.; *Cuerda Riezu*, ADPCP 1990, 519 ss., 537 ss.; *Tomás-Valiente*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1039 ss.; *la misma* (2008), 135 ss.; *la misma* (2009).

[116] *Coca Vila*, LH Reyes Echandía, 2022, 551 ss.

si bien rige con respecto a las causas de justificación, no debe bloquear —salvo excepcionalmente— la operatividad de las causas teleológicas de exención de pena.

4.4. La «automatización» de la exención de pena

90 En la actualidad los problemas no derivan solo de la procedimentalización, sino también de la automatización de las soluciones de los conflictos de pretensiones.[117] A su vez, esta no se circunscribe a los casos de vehículos, drones u otros objetos «autodirigidos», programados para resolver determinadas situaciones dilemáticas en la guerra, la circulación, las intervenciones quirúrgicas, etcétera. Por el contrario, alcanza a todo proceso automatizado de adopción de decisiones sobre asignación de recursos escasos por parte de las instituciones públicas. En efecto, a este respecto, debe entenderse por automatización la resolución de tales conflictos mediante el recurso a «algoritmos prescriptivos», que determina incluso la desaparición del lugar propio de la valoración de lo bueno, lo menos bueno y lo malo. Ciertamente, la decisión jurídica sobre lo bueno y lo malo únicamente puede tener lugar en el espacio intermedio que viene definido entre lo necesario y lo imposible. Por su parte, la automatización —la programación de algoritmos— divide precisamente la realidad entre lo que se va a producir de modo necesario y lo que va a ser imposible que se produzca. El modo en el que necesariamente va a resolverse un conflicto futuro se determina de antemano mediante la programación. Pues bien, en la medida en que los conflictos propios de las categorías sistemáticas de las causas de justificación y de las causas llamadas de «exculpación» se someten a una solución automatizada, pasan a resolverse de modo general y *ex ante*. Así, la cuestión será quién debe ser el sujeto de la programación, cuál el criterio rector de esta, cómo se garantiza la publicidad de la solución anticipada de los conflictos futuros y cómo es posible someter todo ello a un control público-estatal.

IV. LA CUESTIÓN DOGMÁTICO-ESTRUCTURAL

1. GENERALIDADES

1.1. El método de examen de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación

91 La operatividad de las causas de justificación puede apreciarse, por un lado, desde la perspectiva objetiva *ex post, que* es la propia de las reglas legales. Por otro lado, cabe examinarla desde la perspectiva intersubjetiva *ex ante,* que es la propia de las normas de conducta, o bien desde la perspectiva subjetiva *ex ante,* que es la propia de la imputación subjetiva. Sobre esta materia, la exis-

[117] *Coca Vila,* CPC 122 (2017), 235 ss.

tencia de un debate acerca de la prevalencia de la perspectiva objetiva *ex post* o de la subjetiva *ex ante* era perceptible en la tradición de cuño alemán ya en el primer tercio del siglo XX. En efecto, la perspectiva *ex post* fue la propia de la dogmática causalista, que negaba la relevancia general de los denominados «elementos subjetivos de justificación». En cambio, la perspectiva subjetiva *ex ante* fue la preferentemente asumida por la dogmática finalista que, por su parte, discutía la relevancia de la producción de un resultado salvador *ex post* desconocido o no pretendido por el sujeto activo. Progresivamente se fue imponiendo una visión mixta que daba relevancia a ambas perspectivas.

1.2. La universalidad del debate

92 En el ámbito angloamericano, como mínimo a partir de 1975 cabe advertir asimismo una discusión entre las denominadas teoría objetiva —de los actos, o de los hechos—,[118] subjetiva —de las razones—[119] y mixta de la justificación.[120] La diversidad terminológica con respecto a la nomenclatura alemana no afecta a la cuestión de fondo, que es la misma. En efecto, la teoría objetiva sostiene que es decisiva la perspectiva objetiva *ex post*, dado que el Derecho tiene que atender a si el beneficio producido por el hecho supera o no al daño. Como se advierte, aquí el fundamento es consecuencialista, pues el criterio se rige por un principio de minimización del daño *ex post*, que no requiere la concurrencia de ningún elemento subjetivo de justificación.[121] En definitiva, si el bien derivado de la conducta supera al mal, el hecho está justificado. Por ejemplo, si un sujeto «A» mata a un sujeto «B» que, a su vez —sin saberlo «A»— estaba intentando matar a un tercero, entonces la conducta de «A» es lícita. Por su parte, las teorías subjetivas y mixta afirman que en los casos de creencia razonable *ex ante* —suposición errónea intersubjetivamente invencible de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación— la conducta se halla justificada. Es decir, si «A» cree razonablemente que «B» está intentando matar a un tercero e interviene para salvar al tercero, matando a «B», entonces la conducta de «A» está justificada por la razonabilidad de su decisión y la motivación conforme a Derecho de su actuación. Ello, aunque en realidad «B» no esté agrediendo a nadie.

93 La doctrina de los «hechos», desde una concepción de las normas como prohibiciones de causación *ex post*, es una visión coherente de la justificación. Ciertamente, visto así, matar a otro está mal, aunque se haga bajo un error —incluso invencible— de ser agredido por él.[122] Por su parte, la teoría subje-

---

[118] En inglés, «*deeds*». *Robinson*, UCLA L. R. 23 (1975), 266 ss.; *el mismo*, Columbia L. R. 82 (1982), 199 ss.

[119] *Greenawalt*, Columbia L. R. 84 (1984), 1907 ss.; *Baron*, JRE 13 (2005), 377 ss.

[120] *Fletcher*, UCLA L. R. 23 (1975), 293; *el mismo* (1978), 556 ss., 691 ss. Esta requiere para la justificación tanto el valor de resultado como el valor subjetivo de acción.

[121] *Robinson* (1997), 100 ss.

[122] *Robinson*, Columbia L. R. 82 (1982) 239-240; *Hurd*, Notre-Dame L. R. 74 (1999), 1563 ss.

tiva de las razones —la clásica en el mundo angloamericano— en realidad ve las causas de justificación como integradas entre las reglas de imputación.[123] En efecto, si se sostiene que la justificación putativa tiene efecto justificante, entonces se está subrayando que su razonamiento práctico es subjetivamente correcto, lo que indica que está siguiendo la motivación del Derecho.[124]

2. LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA DE LA CONDUCTA DESAPROBADA Y DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

2.1. Planteamiento

94 La acogida de la teoría de las normas de conducta, en los términos concretos en que aquí se ha adoptado, tiene consecuencias directas en la teoría de las causas de justificación. En efecto, la doctrina dominante aborda los problemas dogmáticos de estas desde una perspectiva objetiva *ex post* o bien desde una perspectiva subjetiva *ex ante*, o, en fin, desde una perspectiva mixta. Sin embargo, para determinar el ámbito de lo que *ex ante* está prohibido, es necesario introducir en primer lugar la perspectiva intersubjetiva *ex ante*. Además, para determinar qué juicio merecen aquellos casos en los que la producción del resultado justificante *ex post* es ajeno a la conducta del agente, es necesario incorporar un juicio sobre la relación entre la conducta y el resultado justificados. Es decir, relativo a si existe o no una relación de imputación objetiva entre el resultado justificante y la conducta llevada a cabo por el agente.

95 Por lo tanto, en este ámbito, como en el de la tipicidad de la conducta, es procedente distinguir entre la perspectiva intersubjetiva *ex ante* —de la conducta—, la perspectiva subjetiva *ex ante* —de la imputación de la conducta al sujeto— y la perspectiva *ex post* —de la relación entre el resultado y la conducta—. Expresado de otro modo, en lugar de distinguir solo entre «lo subjetivo» y «lo objetivo», es preciso separar tres planos: (i) el relativo a si la conducta se halla intersubjetivamente justificada *ex ante*; (ii) el relativo a si se le puede imputar subjetivamente al agente su realización como tal; y (iii) el de si concurre un resultado justificante *ex post*, imputable objetivamente a la realización de la conducta *ex ante* justificada.[125] Ello permite advertir nuevas ventajas de la toma en consideración de la perspectiva intersubjetiva *ex ante*. En efecto, así cabe distinguir también aquí entre errores intersubjetiva y personalmente invencibles, separando su tratamiento; igualmente, en el caso de los errores inversos —estructuras análogas a la tentativa— permite distinguir entre las que son análogas a la tentativa inidónea y las análogas a la tentativa irreal (*cfr. infra* capítulos 19/107; 20/62; 21/20; 22/122).

---

[123] *Robinson* (1997), 137.

[124] *Dressler*, UCLA L. R. 32 (1984/1985), 87.

[125] *Wolter* (1981); *el mismo*, LH Roxin, 1994, 85 ss.; *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, 331 ss.; *el mismo*, FS Beulke, 2015, 153 ss.; *Dreher* (2003); *Silva Sánchez*, DPC 52 (2015), 173 ss.

2.2. Las necesarias distinciones

2.2.1. *Las conductas justificadas desde una perspectiva intersubjetiva* ex ante

96 Una conducta está justificada *ex ante* cuando, contemplada en ese momento desde una perspectiva intersubjetiva, puede verse amparada por los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Expresado de otro modo, esto significa que la conducta está justificada también en el caso en el que el sujeto activo incurre en un error de los denominados «intersubjetivamente invencibles».[126] Es decir, cuando tiene una representación que habría compartido el espectador intersubjetivo razonable.[127] Sentado esto, una conducta justificada desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante* puede verse también justificada desde la perspectiva *ex post*. Esto sucede cuando, contemplada desde este último punto de vista, también se observa que se halla amparada por los presupuestos objetivos de una causa de justificación.[128] Esta situación compleja constituye el caso paradigmático de la justificación objetiva en Derecho penal,[129] que todavía deja abierta la cuestión de la justificación subjetiva del agente —esto es, la relativa a la concurrencia o no del elemento subjetivo de justificación—.

97 Ciertamente, puede darse una situación distinta. En efecto, cabe que en el comportamiento que se reputa *ex ante* intersubjetivamente justificado, luego —en la perspectiva *ex post*— se advierta que no se hallaba cubierto por los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Sin embargo, dicho comportamiento no puede ser calificado de ilícito.[130] En efecto, aunque no se vea justificado desde la perspectiva *ex post*, la conducta realizada no ha contravenido el contenido de la norma de conducta. Por ello, en un caso así tampoco cabe calificar como intersubjetivamente lícitas las eventuales reacciones de terceros.[131] Ahora bien, eso no obsta a la responsabilidad civil del sujeto activo, en los términos generales de esta. En definitiva, la «no justificación del resultado» es penalmente irrelevante, puesto que no existe una conducta desaprobada y no justificada con la que dicho resultado no justificado pueda ponerse en relación de imputación objetiva.[132]

---

[126] *Rodríguez Mourullo* (1976); *Gómez Benítez* (1980), 197 ss.; *Suárez Montes* (1995), 195 ss.; *Muñoz Conde*, LH Roxin, 1995, 192 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 6/61 ss.; *Pantaleón Díaz* (2022), 191 ss.

[127] *Westen*, CL&Phil 2 (2008), 137 ss., subrayando su orientación a los valores del ordenamiento.

[128] *Wolter* (1981), 134, 139.

[129] Siempre y cuando el resultado *ex post* sea objetivamente imputable a la conducta justificada *ex ante*, y no se deba a un factor de azar: *Wolter* (1981), 134-135; *Schünemann*, GA 1985, 373-374; *Silva Sánchez*, DPC 52 (2015), 177 ss.

[130] STS 862/2002, de 16 de mayo. De esta se distinguen dos posiciones: (i) la que entiende que en estos casos solo está justificada la acción, pero no el resultado (Luzón Peña); y (ii) la que sostiene que estos casos son de «error», más o menos compartido por terceros, y conducen su tratamiento al ámbito de las excusas —esto es, al error invencible de prohibición—.

[131] Crítico, *Robinson* (1997), 106-108.

[132] *Baldó Lavilla* (1994), 27; *Cuello Contreras*, LH Valle Muñiz, 2001, 157. Distinto, *Luzón Peña* (1995), 21 ss.; *el mismo*, LH Vives Antón, II, 2009, 1189 ss.

2.2.2. *Las conductas no justificadas desde una perspectiva intersubjetiva* ex ante

98 Lo anterior presupone la posibilidad alternativa de que una conducta que *ex ante* se reputa intersubjetivamente no justificada pueda resultar *ex post*: (i) asimismo antijurídica; o bien (ii) amparada por los presupuestos de la correspondiente causa de justificación. Como puede advertirse, la primera variante describe el hecho antijurídico completo. En cambio, la segunda resulta problemática. En efecto, en ella el comportamiento del sujeto ha vulnerado el contenido de la norma de conducta. Sin embargo, la perspectiva *ex post* pone de relieve que el resultado típico producido —la tipicidad objetiva *ex post*— está justificado por la concurrencia objetiva de las circunstancias características de la causa de justificación de la que se trate. En casos así, los partidarios de tomar como criterio únicamente la perspectiva *ex post* se inclinan por señalar, sin más, que el hecho como tal está justificado.[133] Ello, con independencia de si la conducta, aparte, puede ser calificada como «estructuralmente próxima» a una tentativa o a un delito putativo. En cambio, algunos partidarios de la perspectiva *ex ante* tienden a afirmar que el hecho antijurídico ya se halla completo. En fin, algunos sectores doctrinales optan por la solución intermedia de una exención incompleta.[134]

99 El contraste de opiniones expuesto tiene lugar a propósito de la teoría general de las causas de justificación. Así pues, no obsta a que se acepte la existencia —en todos los ordenamientos legales— de algunas disposiciones con efecto justificante, en las que el criterio decisivo es el intersubjetivo *ex ante* o incluso el subjetivo *ex ante*, de modo que el juicio *ex post* resulta irrelevante.[135] Sin embargo, la cuestión es determinar cuáles son éstas. En efecto, en algunos casos esto se infiere con claridad de la redacción legal, como sucede en España a propósito de la detención llevada a cabo por particular.[136] Sin embargo, en otros es dudoso. Por lo demás, una estructura distinta es la de las denominadas «causas de justificación hipotéticas». Esta se refiere a un caso en el que la conducta —al vulnerar ciertas condiciones formales de la eximente— no está justificada, como tampoco lo está el resultado. Sin embargo, cabe afirmar que,

---

[133] *Mañalich* (2014), 145 ss., de modo que tampoco la provocación previa del agente impide justificar la conducta; *Silva Olivares*, REJ 18 (2013), 25 ss.

[134] Un caso singular, paralelo a otros que se pueden dar en la tipicidad, es aquel en el que el sujeto activo posee un conocimiento especial en cuya virtud puede establecer que lo que el espectador aprecia como una conducta no justificada, sí lo está. En principio, lo correcto es incorporar tal conocimiento especial al juicio intersubjetivo *ex ante*. Si no se dan razones para ello, no se da otra posibilidad que la de considerar que la conducta es *ex ante* desaprobada, aunque deba excluirse tanto la imputación subjetiva como el resultado desaprobado.

[135] En el ámbito angloamericano una posición considera que en estos casos la conducta, aunque no justificada —pues esto se decide *ex post*—, puede reputarse amparada por un «*warrant*». Sobre la dimensión normológica de la distinción entre la justificación *ex post* y el «*warrant*» *ex ante*: *Duff*, Tulsa L. R. 39 (2004), 841-842; *el mismo* (2007), 276.

[136] Art. 491 LECrim: «El particular que detuviere a otro justificará, si este lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior».

de haberse llevado a cabo la conducta formalmente correcta, todo lo demás se habría producido igual. Esta figura plantea el problema de la relevancia de los cursos causales hipotéticos, en concreto, del comportamiento alternativo conforme a Derecho en las causas de justificación o incluso en las de atipicidad (*cfr. infra* capítulo 22/115).[137]

3. LAS INCONGRUENCIAS OBJETIVO-SUBJETIVAS

3.1. Planteamiento

100 En el ámbito de las causas de justificación, se dan dos estructuras de incongruencia objetivo-subjetiva —en puridad, «intersubjetiva-subjetiva»—. La primera de ellas consiste en que el sujeto supone una realidad inexistente, esto es, que concurre una causa de justificación que realmente no es aplicable. Por eso, se habla de justificación putativa —así, legítima defensa putativa o estado de necesidad putativo—. A su vez, esta figura comprende tres situaciones distintas: (i) los casos de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación; (ii) los de suposición errónea de que se obra en el marco de sus límites; y, en fin (iii) los de suposición errónea del reconocimiento por el Derecho de una determinada situación como causa de justificación.[138] En los dos últimos casos no se discute que debe apreciarse la existencia de un error de prohibición, con características por determinar. En cambio, en lo relativo al primer caso, está claro que se trata de un «error de hecho». Sin embargo, se discute si este debe recibir el tratamiento del error de tipo o el del error de prohibición. En todo caso, sea cual sea la calificación, esta no puede bloquear la licitud de las conductas reactivas de terceros contra quien lo padece.[139]

101 Esta última situación se suele denominar «error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación» —también «error de tipo permisivo» o «error de tipo negativo», en función de la doctrina que se acoja para abordar el problema—. Sin embargo, resulta más correcto referirse a ella como «suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación». En efecto, en estos casos lo que se produce es un «exceso subjetivo», esto es, no un error —desconocimiento de una realidad existente— sino un error inverso. Por lo tanto, el uso del término «error» en este contexto solo es coherente con la teoría de los elementos negativos del tipo —«error de tipo negativo»—. Como se ha indicado, esta doctrina parte de la existencia de un tipo negativo cuyo contenido es la «ausencia de los presupuestos objetivos de cualquier causa de justificación». Pues bien, esta ausencia sería lo desconocido por el sujeto, al representarse este erróneamente la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación.

---

[137] *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, 347 n. 92: incluso en las causas de exclusión de la culpabilidad y de exculpación; *Diamanti*, RIDPP 2019, 1338 ss.

[138] *Trapero Barreales* (2004); *Heuchemer* (2005).

[139] *Husak*, L&Ph 18 (1999), 41 ss.; *Duff*, CL&Phil 1 (2007), 49 ss.

102 La segunda situación de incongruencia se produce cuando concurre efectivamente una causa de justificación, con todos sus presupuestos y límites. Sin embargo, el sujeto lo desconoce. Es común aludir a esta situación como «ausencia del elemento subjetivo de justificación», lo que sin duda es correcto.[140] Sin embargo, quizá la designe mejor la expresión de desconocimiento —error— de los presupuestos objetivos —realmente concurrentes— de una causa de justificación. En efecto, el término error expresa la existencia de un «déficit cognitivo», que es lo que realmente tiene lugar en este caso.

3.2. La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación

3.2.1. Planteamiento

3.2.1.1. Las suposiciones erróneas en materia de causas de justificación

103 La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación admite dos variantes. Por un lado, aquella en la que el error versa sobre los presupuestos objetivo-fácticos de la causa de justificación. Por otro, aquella en la que recae sobre sus presupuestos objetivo-normativos. En función de que se trate de lo uno o de lo otro, se da un error de hecho o de derecho. Así, existe un error sobre los presupuestos fácticos, cuando alguien cree ser víctima de una «agresión» realmente inexistente. En cambio, son casos de error sobre los presupuestos normativos de la legítima defensa los relativos a la «ilegitimidad» de la agresión.[141] Esta clase de error da cuenta de una situación intermedia, próxima al error sobre los límites de las causas de justificación. En efecto, este último —por ejemplo, sobre la racionalidad del medio empleado para defenderse— redunda en un desconocimiento del autor acerca del carácter prohibido de su conducta.[142] Es decir, constituye desde luego un error de prohibición indirecto, o error de permisión. Con todo, probablemente los casos más frecuentes de suposición errónea de la concurrencia de los elementos normativos de una causa de justificación se dan cuando el agente cree erróneamente, al cometer un delito económico o contra la intimidad, que está ejerciendo «legítimamente» su derecho (art. 20.7.° CP español). De nuevo puede observarse aquí la difusa frontera entre el error sobre los presupuestos normativos de una causa de justificación y el relativo a sus límites.

3.2.1.2. Las interpretaciones divergentes de los presupuestos normativos

104 En todo caso, cuanto más intenso sea el contenido valorativo de los términos de una causa de justificación, tanto más factible es que el agente parta de una interpretación divergente de estos con respecto a la que efectúe el órgano

[140] *Trapero Barreales* (2000); *Gil Gil* (2002).

[141] *Lange* (1994).

[142] *Trapero Barreales* (2004), 518.

judicial respectivo. Esta clase de errores interpretativos —muy comunes, por ejemplo, en materia de libertad de expresión— dan lugar a divergencias en cuanto a la subsunción de la conducta en la correspondiente causa de justificación. A este respecto, es común afirmar que el error de subsunción resulta relevante únicamente si da lugar a un error de prohibición. Sin embargo, aquí puede advertirse que la divergencia en cuanto a la subsunción se mueve en un espacio difícil de delimitar con claridad, entre el error sobre los presupuestos objetivo-normativos de las causas de justificación y el error sobre sus límites.[143] Ello suscita la cuestión de cuál es el criterio sobre cuya base puede establecerse el carácter erróneo de una determinada hipótesis interpretativa. Pues bien, el juicio acerca de lo erróneo de una determinada subsunción debe realizarse partiendo del baremo de la interpretación jurisprudencial del texto. Sentado esto, en el caso de que existan varias interpretaciones jurisprudenciales que se sostienen simultáneamente, cabe sostener la concurrencia de un error que cabría calificar como invencible (*cfr. infra* capítulo 25/67).

Lo anterior obliga a una consideración matizada de la relevancia del estado **105**
psicológico de duda del sujeto activo. En efecto, este designa aquella situación en la que el sujeto activo simplemente tiene por posible la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante, del mismo modo que se representa la posibilidad contraria.[144] Sentado esto, si el sujeto se representa esto último como una probabilidad seria, cabe hablar de que concurre una situación paralela al dolo eventual típico.[145] Sin embargo, es preciso distinguir los casos en los que esta situación de duda trae causa de una percepción física, o de un juicio social, y aquellos en los que procede de un estado de inseguridad jurídica objetiva dado el estado de la interpretación jurisprudencial relativa a la causa de justificación correspondiente.[146] En este último supuesto, el estado psicológico del agente no obsta a la apreciación de un error invencible sobre la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación, de modo análogo a lo que sucede en los casos de conocimiento eventual de la antijuridicidad debido a una situación jurídica insegura.

3.2.1.3. El error sobre los límites

El «error sobre los límites» de una causa de justificación debe calificarse de **106**
error de prohibición en tanto en cuanto no pueda reconducirse a un supuesto de error sobre los presupuestos normativos de tal causa de justificación. Ahora bien, la mayor parte de los errores sobre los límites tienen su origen en este último. En realidad, los errores sobre los límites que no puedan reconducirse

---

[143] Al igual que en el ámbito de análisis del tipo se movería entre el error de tipo y el «error sobre (los límites de) la tipicidad».

[144] *Warda*, FS Lange, 1976, 119 ss.; *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, 660; *Pérez Alonso*, ADPCP 1995, 71 ss.; *Schroth*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 595 ss.; *Frister*, FS Rudolphi, 2004, 45 ss.

[145] *Warda*, FS Welzel, 1974, 514 ss.

[146] Parcialmente distintos, *Sanz Morán* (1993), 44; *Trapero Barreales* (2000), 279.

a aquel son «suposiciones erróneas acerca de la existencia de una causa de justificación», realmente inexistente, es decir, no admitida por el Derecho. Expresado de otro modo, se trata de errores indirectos de prohibición o errores de permisión. Ello pone de relieve que la tripartición de errores en materia de causas de justificación —error sobre los presupuestos; error sobre los límites; error sobre la existencia de una causa de justificación no reconocida por el Derecho— es, en realidad, expresión de una bipartición de delimitación difusa. En efecto, aquí se trata de problemas paralelos a los que se dan en el error sobre elementos normativos de valoración global y sobre leyes penales en blanco.

3.2.2. Anticipación de lo que sigue

107 La discusión sobre los casos de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación lleva décadas circunscrita a la polémica entre varias posiciones doctrinales. En concreto, estas son: (i) la teoría estricta de la culpabilidad; (ii) la teoría limitada o restringida de la culpabilidad; (iii) la teoría de los elementos negativos del tipo;[147] y (iv) algunas teorías intermedias, próximas a la doctrina limitada de la culpabilidad, que apenas han tenido impacto en nuestro ámbito lingüístico.[148] En lo que hace al régimen legal, la cuestión es si a esta situación le es aplicable el art. 14.1 CP, que regula el error excluyente del dolo —error invencible y vencible de tipo—, o bien el art. 14.3 CP, que regula el error de prohibición. Pues bien, el texto del art. 14.1 CP se refiere al error sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal». Por tanto, su literalidad solo permite la subsunción de estos casos, si se entiende que entre los elementos del hecho constitutivo de la «infracción penal» se halla la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación. Sin embargo, ello implica asumir una de las controvertidas concepciones en materia de teoría de las normas permisivas que se han expuesto. Por su parte, el art. 14.3 CP se refiere al error sobre la licitud, lo que sin duda concurre en estos casos. Ahora bien, en realidad todo error de tipo puede ser entendido como un error que conduce al yerro sobre la licitud concreta de la conducta que el sujeto realiza. Por lo tanto, el texto legal no resuelve el problema de modo claro. Ello requiere considerar los diversos planteamientos doctrinales.[149]

3.2.3. El debate y las propuestas de solución

3.2.3.1. Generalidades

108 Existe debate sobre si, más allá de su caracterización como errores de prohibición, los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación —esto es, la suposición errónea de la concurrencia de estos— constituyen errores de

[147] Que, en algunas de sus formulaciones, se puede concebir como una peculiar variante de las «teorías del dolo».

[148] Así, la llamada «teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica».

[149] *Ortiz de Urbina,* LH Ortiz Quiroga, 2020, 237 ss.

tipo o, al menos, deben tratarse como si lo fueran. A este respecto, ya se indicó que el tratamiento de un error como error de tipo conlleva excluir el dolo del sujeto y, por tanto, sancionar el error vencible únicamente si está previsto por la ley el correspondiente delito imprudente. En cambio, tratarlo como error de prohibición implica no excluir el dolo y, por lo tanto, castigar el error vencible en todo caso, aunque con una pena atenuada. En este debate convergen tanto disputas teóricas de alcance conceptual y sistemático, como consideraciones prácticas y de sentido común. Así, por un lado, se arguye que el que yerra sobre las causas de justificación obra con dolo típico, lo cual es evidente. Sin embargo, a ello se replica que quien incurre en tal error no se equivoca sobre los valores del Derecho, ni sobre el sistema de prohibiciones y mandatos.[150]

3.2.3.2. Las posiciones doctrinales enfrentadas: teorías del dolo, de la culpabilidad y de los elementos negativos del tipo

La «teoría del dolo» sostenía que todos los errores del sujeto activo tienen el mismo fundamento de relevancia, a saber, el desconocimiento de que su conducta está prohibida por la norma. A su vez, tienen el mismo efecto, que es la exclusión del dolo —ubicado en la culpabilidad— y, en el caso de que el error fuera vencible, la sanción a título de imprudencia. Sin embargo, la acogida de esta solución requería, por un lado, asumir la premisa mayor, a saber, un concepto unitario de «dolo malo»; por otro, asumir consecuencias de impunidad en todos los casos en los que, en virtud del sistema de *numerus clausus*, el hecho imprudente no es punible (*cfr. infra* capítulo 25/18).[151] Pues bien, la premisa mayor fue rechazada en la segunda mitad del siglo XX desde la concepción sistemática finalista que distinguió entre el dolo típico y el conocimiento de la antijuridicidad. Además, esta última distinción es la que ha presidido las regulaciones legales —dualistas— del error en los Códigos penales del último medio siglo (así, el art. 14 CP español). Partiendo de tales premisas, la denominada «teoría estricta de la culpabilidad» afirma que los errores, aun fácticos, relativos a las causas de justificación ya no versan sobre el objeto de la valoración jurídica —la conducta típica—, sino que se refieren a la valoración de dicho objeto. Así pues, son errores indirectos de prohibición —errores de permisión—.[152] Esta posición fue acogida en su día por un sector relevante de la doctrina española —no específicamente finalista—, así como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.[153] En realidad, puede afirmarse que sigue siendo la doctrina dominante en nuestro ámbito.

109

---

[150] *Schroth*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 597.

[151] En su día, crítica, *Huerta Tocildo* (1984), 131 ss. En la actualidad, una amplia línea doctrinal a favor: ya, *Walter* (2006), 335 ss., 389 ss.

[152] *Arm. Kaufmann*, JZ 1955, 37; *Hirsch* (1960), 347; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 80-81, 168-170; *Paeffgen*, GS Arm. Kaufmann, 1989, 399 ss.; *Cerezo Mir*, PG, 2008, 844-845.

[153] *Huerta Tocildo* (1984), 145-146; *Muñoz Conde* (1989); *el mismo*, LH Roxin, 1995, 183 ss.; *el mismo*, RP 24 (2009), 122 ss. Sobre ello, *Trapero Barreales* (2004) 139 ss.

110 Por su parte, la «teoría limitada de la culpabilidad» —que compite con la «teoría de los elementos negativos del tipo» por ser mayoritaria en Alemania— parte de que la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación no debe tratarse como error de prohibición. Sin embargo, admite que tampoco es un error de tipo, pues en estos casos el sujeto activo obra con dolo típico. Ahora bien, para algunos de los defensores de esta posición sí cabe afirmar que se trata de un error que excluye el dolo de la culpabilidad, conforme a la tesis de la «doble posición» del dolo. En todo caso, los partidarios de la teoria restringida de la culpabilidad acaban proponiendo que al sujeto se le aplique el régimen del error de tipo directamente, o por analogía, en la medida en que beneficia al reo.[154]

111 Frente a todas las anteriores, la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación debe tratarse como el error de tipo, porque es efectivamente un error de tipo.[155] A este respecto, argumenta que la distinción entre el objeto de valoración y la valoración del objeto también debe producirse en el ámbito de las causas de justificación. Así pues, sostiene que existe un tipo total de injusto, que comprende una parte positiva —o tipo positivo— integrada por la descripción específica de la correspondiente figura de delito. Sin embargo, también integra una parte negativa —o tipo negativo—, que comprende la ausencia de los presupuestos de hecho de cualquier causa de justificación. En la doctrina alemana, la construcción de la doble posición del dolo ha servido a algunos autores para distinguir entre un «dolo de tipo positivo» y un «dolo de tipo negativo», así como entre los errores relativos al uno y al otro. Así, quien supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación incurre en un error de tipo negativo. Si se trata de un error invencible, este excluye tanto el dolo como la imprudencia. En cambio, si es vencible debe someterse al régimen de la imprudencia.

3.2.3.3. Los argumentos de la teoría estricta de la culpabilidad

112 En la contienda doctrinal expuesta, los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad han argumentado, por un lado, a partir de las premisas sistemáticas finalistas. Así, han tratado de poner de relieve los inconvenientes de la solución del error de tipo en el marco de una sistemática que acoja el principio de accesoriedad media —objetivo-subjetiva— de la participación. En efecto, en tal caso, no cabría participar de modo punible en dicha conducta. Por otro lado, también lo han hecho desde las consecuencias. En concreto, sosteniendo que la solución del error de tipo impide reaccionar en legítima

---

[154] *Silva Sánchez* (1992), 396 ss.; *Perron*, FS Lenckner,1998, 232, *Díaz y García Conlledo* (2008), 169; *G. Fernández*, FS Sancinetti, 2020, 324.

[155] *Koriath* (1994), 322 ss., 326 ss., 329; *Trapero Barreales* (2004), 294 ss.; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777 ss., 789 n. 53, 792.

defensa frente a quien yerra de modo vencible acerca de la concurrencia de causas de justificación en su conducta. Fundamentalmente, han advertido de que la acogida de cualquiera de las demás posiciones conduce a la aparición de lagunas en el marco de aquellos delitos en los que la modalidad imprudente de comisión no es punible.[156] Además, incluso allí donde la modalidad imprudente de comisión es punible surgen dificultades a propósito de los casos de «doble error». Esto es, cuando el sujeto padece un error de tipo y, además, un error sobre los presupuestos de la causa de justificación.

El argumento de la teoría estricta sobre las consecuencias sistemáticas 113
incorrectas que se derivan de la solución del error de tipo únicamente es de recibo para quien acoge la sistemática finalista: en concreto, el principio de accesoriedad media objetivo-subjetiva de la participación. Sin embargo, dicho modelo aquí se ha rechazado. En cuanto al argumento de que el afectado por la conducta de un sujeto que supone erróneamente que concurren los presupuestos de una causa de justificación tiene que poder defenderse legítimamente, tampoco es decisivo. En efecto, en tales casos de error, parece una reacción mucho más adecuada la que se ciñe a los límites del estado de necesidad defensivo. Así las cosas, las objeciones más convincentes son la de las lagunas en el contexto de delitos que carecen de modalidad imprudente punible y la relativa a los problemas de articulación de la imprudencia típica y la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación.

3.2.3.4. Los problemas en relación con el sistema de numerus clausus

El sistema de *numerus clausus* en la regulación de la imprudencia puede 114
generar problemas en los casos de suposición errónea y vencible de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. En efecto, si se asume que este es un caso de error de tipo vencible, el hecho debe castigarse, en su caso, a título de imprudencia (art. 14.1 CP). Ahora bien, cuando, en virtud del sistema de *numerus clausus*, el delito carece de una modalidad imprudente punible, tal error vencible es impune. Ello implica que también lo tiene que ser la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Tal es el caso, por ejemplo, en quien comete un hurto (doloso) suponiendo de modo erróneo y vencible la concurrencia de una situación de necesidad en un tercero, a quien pretende socorrer. El problema se suscita de modo general en el caso de quien comete una tentativa, suponiendo de modo erróneo y vencible la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Por ejemplo, quien, creyendo de modo erróneo y vencible que es víctima de una agresión, dispara al supuesto agresor sin dar en el blanco. En efecto, la tentativa imprudente no es punible en ningún caso. Sin embargo, en casos así la solución de la impunidad no es convincente, o por lo menos

[156] Ya, *Muñoz Conde* (1989), 34 ss.

no lo es siempre, de modo que parece que en ellos se debería recurrir a la vía del error de prohibición vencible. Sin embargo, tratar un mismo error a veces como error de tipo y a veces como error de prohibición, en función del delito de que se trate, es incongruente.

115 Además, en aquellos delitos en los que la modalidad imprudente de comisión es punible, también se dan problemas aplicativos. En concreto, cuando sucede que la conducta típica ya es imprudente y, de modo adicional, el sujeto incurre en la suposición errónea y vencible sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Por ejemplo, un conductor dirige su vehículo a toda velocidad, vulnerando las disposiciones del tráfico, en la errónea representación de que el pasajero que lleva desmayado se halla en peligro de muerte. En ese contexto colisiona con un quiosco produciendo daños de consideración. Aparentemente, en estos casos el error vencible sobre los presupuestos de la causa de justificación no añade ningún elemento a la conducción imprudente en sí. En efecto, en ambos casos debe aplicarse la penalidad del delito imprudente. Ciertamente, cabe que la imprudencia típica y la imprudencia derivada del error en materia de justificación tengan entidad diversa —aunque ambas deban ser graves o menos graves en todo caso—. Sin embargo, eso no parece distinción suficiente. Una solución alternativa podría pasar por efectuar una valoración global de la conducta imprudente del automovilista.[157] Ahora bien, tal solución resulta poco distintiva, con independencia de que, además, deja al margen el auténtico núcleo de lo imprudente, que es la imputación subjetiva. Lo razonable en estos supuestos es imponer la pena del delito imprudente correspondiente, atenuada de modo adicional en virtud de la apreciación del error relativo a la causa de justificación.[158]

3.2.3.5. Un balance

116 Las razones dogmáticas para tratar el error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de tipo son múltiples.[159] Sin embargo, como se ha advertido, dado el sistema de *numerus clausus* de punición de la imprudencia, esta solución no es practicable de modo generalizado sin asumir la existencia de lagunas o de contradicciones. Ello es una manifestación más de los problemas que tuvo, en su día, la teoría del dolo en materia de error de prohibición (*cfr. infra* capítulo 25/15). Por lo demás, la cuestión abierta tampoco puede resolverse recurriendo de modo general a la respectiva eximente incompleta. Ciertamente, la consecuencia penológica —la rebaja de pena en uno o dos grados (art. 68 en relación con el art. 21.1.ª CP)-[160] coincide con

---

[157] *Pomares Cintas* (2004), 87 ss.

[158] *Börner*, GA 2002, 276 ss.

[159] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 21/13 ss., 38 ss.; *Silva Sánchez* (1992), 397-398; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 786 ss.; *Martínez-Buján* (2017), 117 ss.

[160] Así, el art. 68 CP: «En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el

la solución de la teoría estricta de la culpabilidad —la penalidad del error de prohibición—, que en la legislación española conlleva asimismo la rebaja de pena en uno o dos grados (art. 14.3 CP). Sin embargo, no es razonable afirmar que, en un caso de ausencia total de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, existe base para apreciar la eximente incompleta. Mucho menos si se tiene en cuenta la posición jurisprudencial española que, para acoger una eximente incompleta, exige que solo estén ausentes elementos inesenciales de la eximente correspondiente. Así pues, la alternativa es aplicar una atenuante muy cualificada (art. 21.7.ª CP en relación con el 21.1.ª CP español, a su vez en relación con la correspondiente causa de justificación).

En definitiva, solo existen dos aproximaciones que permiten un tratamiento 117
unitario y razonable de la totalidad de los casos: (i) la de sostener que todos los casos de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación son errores de prohibición o, en todo caso, deben tratarse como este; y (ii), que se trata de errores *sui generis*, carentes de regulación legal, que —en tanto en cuanto no reciban una regulación expresa—[161] como solución provisional deben abordarse mediante la aplicación de una atenuante analógica a la eximente incompleta de la correspondiente causa de justificación.

3.3. La cuestión de la ausencia del elemento subjetivo de justificación

3.3.1. Generalidades

La cuestión de la «ausencia del elemento subjetivo de justificación» versa 118
sobre si puede reputarse justificada una conducta a la que le falta dicho elemento.[162] Pues bien, esta polémica integra en realidad dos grupos de problemas distintos: uno de carácter material-general (axiológico y conceptual) y otro, formal-específico (legal-exegético). Así, el primero de ellos se refiere a si es precisa la concurrencia del elemento subjetivo para justificar y a continuación —admitido que lo sea—[163] si dicho elemento tiene naturaleza solo cognitiva o, además, intencional-motivacional. A este respecto, es mayoritaria la posición que atribuye relevancia al elemento subjetivo para la plena justificación de la conducta. Ahora bien, cuestiones distintas son: (i) la de qué se entienda por elemento subjetivo de justificación; y (ii) la de qué efectos se asignen

---

número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código».

[161] La del art. 16 CP portugués (*Erro sobre as circunstâncias do facto*) la equipara al error excluyente del dolo: «*2. O preceituado no número anterior* (JMSS: la exclusión del dolo) *abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente. 3. Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais*».

[162] *Sanz Morán* (1993), 27 ss.; *Trapero Barreales* (2000); *Gil Gil* (2002), 124 ss.; *Rath* (2002), 141 ss.; *Martínez-Buján* (2021), 322 ss. En la cultura jurídico-penal angloamericana, «*unwitting justification*»: *Westen*, San Diego L. R. 55 (2018), 419 ss.

[163] *Sanz Morán*, LH Valle Muñiz, 2001, 725 ss.

a su ausencia. En cambio, el segundo grupo de problemas versa sobre si la redacción legal del tenor de algunas causas de justificación puede incidir en lo anterior. En concreto: (i) llevando a exigir excepcionalmente elementos subjetivos de justificación incluso por parte de quienes rechazan su relevancia general;[164] o bien (ii) dando lugar a entender la naturaleza de tales elementos de modo distinto a su concepción general.

3.3.2. Las premisas conceptuales

3.3.2.1. Planteamiento

119 En cuanto al problema material-general, un sector doctrinal sostiene que el elemento subjetivo de justificación tiene naturaleza cognitiva. Así pues, su apreciación solo requiere determinar que el sujeto, al actuar, se representa la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante.[165] En cambio, para otro sector, aquel elemento tiene, además, una naturaleza intencional. Por lo tanto, su apreciación requiere que la producción del resultado justificado constituya la intención exclusiva —o al menos predominante— de la conducta del sujeto que realiza el tipo.[166] En función de que se aluda a lo uno o a lo otro, la expresión «ausencia del elemento subjetivo de justificación» designa un defecto cognitivo —el error sobre la concurrencia de una situación justificante intersubjetivamente existente— o bien, además, un defecto volitivo-intencional —la ausencia de la voluntad de realizar una conducta justificada—. Dicho de otro modo, desde la primera perspectiva el elemento subjetivo de justificación se entiende como un paralelo del dolo —concebido en términos básicamente cognitivos—.[167] En cambio, desde la segunda, el elemento subjetivo de justificación se entiende como un elemento intencional paralelo de los denominados «elementos subjetivos del tipo o del injusto».

120 Ciertamente, quien padece un error obra también sometido al déficit volitivo derivado de esa representación —si no sabe que se da una situación justificante, tampoco puede tener la voluntad de producir un resultado justificado—. Sin embargo, cabe representarse perfectamente la situación justificante y, no obstante, obrar con un déficit volitivo, aprovechando aquella situación para fines espurios. Así, por ejemplo, en el caso en el que un sujeto agresor «A» acomete a «B». En ese contexto, un tercero «C», dispara al agresor «A», a quien identifica como su enemigo, con total indiferencia por la suerte del agredido

---

[164] Partiendo de una concepción objetivista de la justificación, afirmativamente, *Carbonell Mateu*, LH Valle Muñiz, 2001, 131 ss.

[165] *Puppe* (2012), 251 ss. Una descripción de esta línea de opinión en *Rath* (2002), 145 ss.

[166] *Paeffgen* (1979), 197 ss.; *el mismo*, GS Arm. Kaufmann, 1989, 399 ss. Descripción en *Rath* (2002), 196 ss. También existen otras posiciones que, además de la intencionalidad, tienen en cuenta la motivación del sujeto activo.

[167] *Martínez-Buján* (2021), 323.

«B», aunque sabiendo que ello conlleva la defensa de este último. En casos así, concurre el elemento subjetivo de justificación en sentido cognitivo, pero no en sentido intencional ni motivacional.

3.3.2.2. La prevalencia de la concepción cognitiva y las necesarias matizaciones

121 Frente a lo sostenido por un sector de la doctrina finalista,[168] la opinión dominante ha asumido en términos generales la posición cognitivista.[169] En definitiva, para la justificación de la conducta no se requiere genéricamente que la intención y la motivación del agente sean conformes a Derecho. Con todo, esto no excluye que, a propósito de algunas concretas causas de justificación, se sostenga que, además del elemento cognitivo, es necesaria la concurrencia de un elemento intencional adicional. Esta exigencia, que deriva de la interpretación de la regulación legal expresa de algunas de ellas, se advierte, por ejemplo, en las llamadas causas de justificación de resultado cortado, o bien mutiladas (o incompletas) de dos actos.[170] La estructura de estas es, en cierta medida, paralela a la de los elementos subjetivos en el caso de los tipos mutilados de dos actos.

122 Del mismo modo, existen causas de justificación próximas a las anteriores, pero que no deben confundirse con ellas, en las que lo decisivo es una «tendencia interna trascendente», paralela a los elementos típicos de igual nombre.[171] En estas últimas, la justificación se construye exclusivamente sobre la representación subjetiva del sujeto activo —en su caso, con un elemento tendencial— prescindiendo tanto del juicio intersubjetivo *ex ante* como del juicio objetivo *ex post.* Esto se puede advertir en la causa de justificación que ampara la conducta de los «informantes»[172] de prácticas delictivas o, en general, ilícitas llevadas a cabo en el seno de las empresas o de las administraciones públicas. Como se advierte, esta estructura es asimismo distinta de la de las causas de justificación que tienen una estructura intersubjetiva *ex ante*, ya antes mencionadas.[173]

---

[168] *Cerezo Mir*, PG, 2008, 509 ss., 514 ss.; con matices, *Gil Gil*, RDPC 25 (2005), 143.

[169] *Trapero Barreales* (2001), 214 ss., 287-288; *Martínez-Buján* (2021), 322 ss. Sin embargo, son muy relevantes las objeciones de *Tadros* (2020), 227 ss., en el sentido de que, en ocasiones, solo la motivación permite identificar la conducta como justificada.

[170] En alemán: «*unvollkommen zweiaaktige Rechtfertigungsgründe*». Así, *Lampe*, GA 1978, 7 ss., 10 ss.; *Sanz Morán* (1993), 49 ss.; *Trapero Barreales* (2000), 450 ss., 462 ss.; *Rath* (2002), 227 ss.; *Jiménez Díaz* (2007), 132. Por ejemplo, en particular, el contenido en el art. 491 LECrim: «El particular que detuviere a otro justificará, si este lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior». Sobre este precepto, *Martínez-Buján*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 273 ss., 280 ss., subrayando la exigencia de un elemento subjetivo consistente en la «intención de entregarlo a la autoridad».

[171] *Lampe*, GA 1978, 12.

[172] En el original inglés, «*whistleblower*».

[173] En el original inglés, «*warrants*», que para un sector de la doctrina muestran una estructura distinta de las demás causas de justificación.

3.3.3. Las divergencias doctrinales

123 A propósito de los casos de desconocimiento por parte del agente de una situación justificante realmente existente, la doctrina propone soluciones radicalmente distintas. Así, un sector doctrinal (i) sostiene una teoría objetivista *ex post*, en cuya virtud el error no excluye la plena justificación de la conducta. Esta era la doctrina causalista de la primera mitad del siglo XX, que ha sido renovada en algunos planteamientos contemporáneos. En cambio, otro sector —así, el finalismo de la segunda mitad del siglo XX— (ii) defiende la teoría opuesta, subjetivista, en cuya virtud el error del agente debe conducir a la plena responsabilidad de este. En el ámbito angloamericano adoptan un punto de vista similar quienes entienden que lo valorado en la justificación es la corrección de las razones para actuar del agente.[174] En fin, un tercer grupo de autores (iii) rechaza apreciar en estos casos tanto una justificación plena como la plena responsabilidad, afirmando que al sujeto que yerra sobre la situación justificante realmente existente se le debe aplicar una penalidad atenuada. Ahora bien, para fundamentar y canalizar esta pretensión de atenuación se dan, al menos, tres propuestas diversas. La primera es la aplicación del régimen de la tentativa inidónea, que también apoyan quienes, en el mundo angloamericano, afirman que en la justificación deben valorarse los hechos del agente.[175] La segunda es aplicar el régimen de la eximente incompleta. La tercera, la apreciación de una atenuante analógica.

3.3.4. Una propuesta de solución

3.3.4.1. Valoración de las alternativas

3.3.4.1.1. Las soluciones extremas: plena justificación, plena sanción

124 La solución de la plena justificación fue la dominante mientras duró el apogeo del causalismo valorativo. En efecto, el argumento básico para su defensa era que, si el desvalor del resultado se ve compensado por un valor de resultado, no existe un hecho injusto.[176] Además, quien opte por la teoría estricta de la culpabilidad en materia de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación —error de prohibición—, puede sostener la impunidad de los casos de ausencia de elemento subjetivo de justificación, con base en el principio de inversión. En efecto, la estructura inversa del error de prohibición es el delito putativo impune.[177]

---

[174] En inglés: «*reasons doctrine*».

[175] En inglés: «deeds *doctrine*».

[176] *Carbonell Mateu* (1982), 104 ss.; *el mismo*, LH Valle Muñiz, 2001, 128 ss. Críticos, *Sanz Morán* (1993), 95; *Valle Muñiz* (1994), 93; *Trapero Barreales* (2000), 497; *Gil Gil* (2002), 78 ss.; *Rath* (2002), 29 ss., 76 ss. El punto de vista objetivista domina en la doctrina italiana, condicionada por el tenor del art. 59 de su Código penal. Sin embargo, también allí existen autores que requieren el elemento subjetivo: sobre ello ya *Spagnolo* (1980), 96-97; *Schiaffo*, RIDPP 1994, 1003 ss. Diferentes, *Viganò* (2000), 322 ss. *Bellagamba* (2007), 361 ss.

[177] *Jiménez Díaz* (2007), 25 ss.

Sin embargo, lo cierto es que el agente en su actuación no ha seguido el Derecho, aunque resulte que lo ha cumplido. Así, la solución de la plena responsabilidad atiende a que el agente no se ha regido en absoluto por la motivación jurídica, sino que se ha enfrentado al Derecho.[178] Con todo, no es lo mismo enfrentarse al Derecho lesionando su propio orden de bienes, que enfrentarse con él sin que se lesione tal orden. Ciertamente, esto último se ha debido a la buena suerte. Pero esto no obsta a que haya razones de necesidad u oportunidad del castigo, que pueden conducir a la atenuación de la pena. 125

El problema trasciende a la polémica jurídico-penal entre causalismo y finalismo, o entre objetivismo y subjetivismo. En realidad, concierne a la naturaleza de la obligación jurídica. En efecto, si lo decisivo es el cumplimiento externo de las normas del Derecho, quien por casualidad obra justificadamente está cumpliendo externamente la norma, aunque no la cumpla por haberla seguido, pues está claro que la norma no ha sido el motivo de su acción. Así, el que, sin quererlo ni saberlo, resulta que con su conducta salva a la víctima del agresor que la iba a matar, refleja con su acción lo mismo que ocurre con los relojes parados. A saber, que dos veces al día dan la hora correcta. Por lo tanto, la adopción de una concepción moralmente neutra del Derecho, para la que lo decisivo es la adecuación externa de la conducta, tiene razones para abogar por la exención de pena en estos casos. Sin embargo, aquí se ha sostenido un punto de vista distinto, según el cual son decisivas tanto la voluntad como la lesividad, existiendo un punto de encuentro de ambas perspectivas en el momento intersubjetivo *ex ante* (*cfr. supra* capítulo 8/50). 126

3.3.4.1.2. Las soluciones intermedias: tentativa inidónea, eximente incompleta

La estructura en la que tiene que inspirarse la solución de estos casos viene dada por la figura de la tentativa inidónea y la atenuación a la que, en principio, esta conduce con respecto al delito consumado.[179] Así, la doctrina dominante lo sostiene arguyendo que en ellos concurre desvalor de acción, pero no desvalor de resultado. Además, esto se puede fundamentar con base en la aplicación del principio de inversión. En efecto, si en los casos de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación se opta por la teoría limitada de la culpabilidad —error de tipo, que, en caso de vencibilidad determina la sanción por imprudencia—, debe optarse en este punto por la solución de la tentativa.[180] Ahora bien, a la solución de la tentativa se le puede objetar que los casos que aquí interesan son realmente 127

---

[178] *Gómez Benítez* (1980), 175-176; *Gil Gil* (2002), 199. Crítico, *Rath* (2002), 77 ss., 106 ss.

[179] *Huerta Tocildo* (1984), 122-123; *Frisch*, FS Leckner, 1987, 129; *Sanz Morán* (1993), 93 ss.; *Trapero Barreales* (2000), 323 ss., 377 ss., 606; *Mañalich*, REJ 3 (2003), 163.

[180] *Trapero Barreales* (2000), 345.

de delito consumado.[181] Además, en ellos falta un elemento esencial para la justificación de la conducta. Por lo tanto, el mero hecho de la producción fortuita de un resultado salvador no puede dar lugar a ninguna clase de atenuación de la pena.[182] No obstante, a esta objeción cabe replicar igualmente que la justificación del resultado impide que se haya consumado el «tipo total de injusto». Con todo, la asunción de esta última réplica exige la acogida, en todos sus términos, de la doctrina de los elementos negativos del tipo.

128 Puede aceptarse que estos casos muestran un cierto parentesco estructural con la figura de la tentativa inidónea. De hecho, quienes se oponen a la sanción de la tentativa inidónea, por entender que esta no constituye una modalidad razonable de «injusto criminal»,[183] proponen igualmente la ausencia de sanción en ellos. En concreto, afirman que, aunque la conducta no está justificada, tiene lugar una exclusión plena del injusto criminal, por no concurrencia de su elemento constitutivo —un desvalor del estado de cosas—. Quien, por el contrario, admita que la tentativa inidónea puede ser punible, puede aceptar asimismo la aplicación analógica *in bonam partem* de la regulación de esta última figura a los casos que aquí interesan. Además, la solución de rebajar la pena en uno o dos grados —aplicar la penalidad propia de la tentativa— resulta materialmente justa.

129 El problema es que la mencionada similitud estructural es relativa. Además, las reglas legales de determinación de la pena de la tentativa no son aplicables directamente a casos como los que ahora se examinan.[184] Ello ha determinado que, en el marco concreto de la legislación penal vigente en España, un sector doctrinal se haya inclinado por proponer la solución de la eximente incompleta.[185] A su vez, esta, regulada en el art. 21.1.ª CP, conduce a la misma consecuencia punitiva que la aplicación del régimen de la tentativa, esto es, la atenuación de la responsabilidad penal en uno o dos grados. Ahora bien, como se ha anticipado, es común entender que la apreciación de una eximente incompleta requiere que concurran los elementos esenciales de la justificación, faltando solo los accidentales. Ciertamente la distinción entre unos y otros ha sido siempre discutida. Sin embargo, la afirmación de que el elemento subjetivo de justificación pueda no ser un requisito esencial para la justificación de una conducta es problemática, si se tienen en cuenta las exigencias del principio de imputación subjetiva, y por ello ha dado lugar a críticas doctrinales.[186] Debido a estas razones, en definitiva, se acaba buscando la solución por la vía de recurrir a la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP,

---

[181] *Gil Gil* (2002), 81 ss.

[182] *Gil Gil* (2002), 131 ss., 134.

[183] Desde la teoría de Kant, no existe una negación de la libertad ajena, *Rath* (2002), 619 ss.

[184] *Rath* (2002), 256 ss.

[185] *Mir Puig*, ADPCP 1988, 680 ss.; *el mismo*, PG, 10.ª, 2016, 16/19; *Valle Muñiz* (1994), 119 ss.; *el mismo*, LH Roxin, 1997, 460 ss.; *Cuello Contreras*, LH Valle Muñiz, 2001, 156; *Martínez-Buján* (2017), 117 ss.

[186] *Gil Gil* (2007), 78 ss.; *Cerezo Mir*, PG 2008, 514 ss.

en su relación con las eximentes incompletas de las causas de justificación del art. 21.1.ª CP.

3.3.4.2. La relevancia de la perspectiva intersubjetiva ex ante

Frente a todo esto, la acogida de la teoría de las normas de conducta en los términos reiteradamente indicados obliga a asignar el máximo protagonismo a la perspectiva intersubjetiva *ex ante*. En realidad, ello ya se ha puesto de relieve igualmente en el marco de la doctrina de la tentativa. Como se ha indicado, esta última comprende, en lo que aquí interesa, tres variantes: la idónea, la inidónea y la irreal (*cfr. supra* capítulo 15). Pues bien, en algunas de sus variantes, los casos de falta de elemento subjetivo de justificación aparecen como reflejos especulares de la tentativa irreal.[187] Esto sucede cuando desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante* se aprecia que la conducta del sujeto tiene un claro significado salvador —justificada— y solo un error burdo —inverso— del agente ha determinado que este no lo haya advertido. Ciertamente, estos casos no deben ser sancionados. La razón de esa ausencia de castigo es la misma *mutatis mutandis* que la que sostiene la impunidad de la tentativa irreal.[188] Aunque el efecto sea el mismo, esta situación debe distinguirse de aquella en la que el sujeto supone que la conducta que está realizando es antijurídica cuando en realidad está permitida.[189] En esta, al igual que en la de quien cree que los límites de la causa de justificación son más estrechos de lo que realmente son, se da un supuesto de delito putativo impune. **130**

En cambio, en los casos en los que desde una perspectiva *ex ante* no se advierte el carácter salvador de la conducta, el hecho de que esto se constate *ex post* no debe obstar a la apreciación de una estructura relativamente próxima a la tentativa punible —idónea *ex ante*, aunque *ex post* se valore como inidónea—. Ciertamente, en estos casos el injusto de la conducta es completo. Sin embargo, ello no conlleva que deba imponerse el castigo por el delito consumado. En efecto, debe apreciarse una disminución de la punibilidad, en la medida en que la necesidad de pena sea menor. **131**

3.3.4.3. Algunos problemas particulares: imprudencia, tentativa, participación

La «solución de la tentativa» choca con dificultades: (i) en casos de realizaciones típicas imputables a título de imprudencia; (ii) en el caso de realizaciones típicas constitutivas de tentativa; y, en fin (iii) en los supuestos de las conductas típicas de participación. En efecto, en ninguno de los tres casos cabe afirmar que la ausencia del elemento subjetivo de justificación la calificación correcta es una tentativa punible —aunque ello se debe a razones distintas—. En efecto, por un lado, no tiene sentido hablar de una «tentativa» **132**

---

[187] *Mir Puig*, ADPCP 1988, 683.

[188] *Trapero Barreales* (2000), 254.

[189] *Trapero Barreales* (2000), 607.

de la tentativa; y la tentativa de delitos imprudentes, al igual que la tentativa de participación, es impune. Sin embargo, ello no obsta a que la solución de la atenuación de la pena, en los mismos términos que establece la regla legal de la tentativa, sí sea razonable. En efecto, aunque el injusto de la conducta sea pleno, lo cierto es que en estos casos el resultado lesivo queda compensado con el resultado salvador. Así las cosas, la solución solo puede alcanzarse por la vía de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP, en su relación con las eximentes incompletas de las causas de justificación del art. 21.1.ª CP.

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. PLANTEAMIENTO

133 El principio de legalidad en las eximentes plantea de modo general una cuestión previa. A saber, que el legislador las define en la Parte General de los Códigos penales en términos menos taxativos que los propios de los tipos delictivos. Además, en ellas abundan los elementos de carácter valorativo.[190] Pese a todo, la posible vulneración del mandato de determinación en este ámbito ha generado poco debate doctrinal. En general, se ha asumido que, en la medida en que las eximentes operan *pro reo*, cabe que sean menos precisas.[191] En cambio, solo excepcionalmente se ha planteado hipotéticamente la inconstitucionalidad de una causa de justificación —concretamente, la de ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber—, por carecer de una redacción taxativa.[192] Sentado esto, subsisten dos cuestiones fundamentales. Por un lado, la de si es posible construir eximentes supralegales sobre la base de la analogía *in bonam partem*, de la extensión teleológica, o recurriendo, por ejemplo, a la costumbre. Por otro lado, la de si cabe la práctica de la reducción teleológica, en aquellos casos en los que la regulación legal se considere sobreinclusiva. Ambos problemas deben plantearse por separado para las causas de justificación, las de exclusión de la culpabilidad penal —o de exculpación— y las de exclusión de la punibilidad.

2. LA ANALOGÍA Y LAS FORMAS DE EXTENSIÓN TELEOLÓGICA

2.1. Planteamiento

134 La doctrina dominante admite el recurso a la analogía favorable al reo en el ámbito de las causas de justificación.[193] Esta tiene dos manifestaciones: por

---

[190] *Baldó Lavilla* (1994), 34; *Moreso Mateos*, Doxa 24 (2001), 525 ss.; *Puppe* (2012), 251 ss.; *Consulich* (2018), 312 ss.

[191] *Moreso Mateos*, Doxa 24 (2001), 538 ss.

[192] *Montiel Fernández* (2009), 376 ss.

[193] *Hirsch*, GS Tjong, 1985, 55; *Erb*, ZStW 108 (1996), 271; *Molina Fernández* (2008), 13 ss.; con matices, *Montiel Fernández* (2009), 381 ss., rechazando en todo caso la analogía *iuris*; *el mismo*, InDret 3/2013, 14 ss.

un lado, la ampliación analógica del alcance de una determinada causa de justificación —analogía *legis*—; y, por otro, la construcción de causas de justificación supralegales —sobre la base de una analogía *institutionis o iuris*, o bien de una extensión teleológica—.[194] Un ejemplo especialmente discutido de lo primero es el debate relativo a la posibilidad de construir la legítima defensa en los casos de «tirano doméstico» (*cfr. infra* capítulo 19/47). En cambio, lo segundo se manifestó de forma muy relevante en la elaboración a lo largo de la primera mitad del siglo XX —por la doctrina y la jurisprudencia alemanas— de dos eximentes supralegales: (i) un estado de necesidad supralegal justificante, con base en el criterio del interés preponderante; y (ii) un estado de necesidad supralegal disculpante, sobre la base de la idea de inexigibilidad (*cfr. infra* capítulos 20/38; 26/19).

En todo caso, es preciso distinguir entre la analogía en sentido estricto y otro **135** método de extensión utilizado para la conformación de reglas supralegales. Este último, que responde a razones teleológicas, ha dado lugar a conformar eximentes o atenuantes supralegales con base en una similitud relativa, esto es, una «analogía imperfecta» o «incompleta». En efecto, no son análogos los casos —próximos a los legalmente previstos— pero que contienen menos requisitos que los que darían lugar a una plena similitud con el supuesto legal. En ocasiones, esto se desconoce, por ejemplo, cuando se alude a la existencia de «situaciones análogas» a la legítima defensa, el estado de necesidad o el consentimiento, para aludir a esos supuestos de incompletitud de los requisitos. Estas situaciones son, en todo caso, de analogía imperfecta, de modo que su apreciación debería dar lugar a una paralela degradación de las consecuencias jurídicas que se les asignen. En casos como este, el razonamiento es: «esto no es lo mismo que aquello, sino es algo menos relevante»; por tanto, tiene que generar alguna consecuencia, a su vez menos relevante. Lo problemático es establecer cuál debe ser esta última y por qué.

2.2. Los efectos

El problema que genera el recurso a la analogía o a la extensión teleológica **136** es que la ampliación supralegal de las facultades de injerencia justificada del sujeto activo conlleva un correlativo incremento de los deberes de soportarla del sujeto pasivo. En efecto, en el caso de que la injerencia justificada incida sobre otro particular —no es tan problemático si se produce en el ámbito de bienes estatales– implica la restricción de las facultades de reacción de este último, que resulta especialmente grave en el caso de los delitos *mala in se* nucleares o periféricos. Esta cuestión no se suscita con la misma intensidad en las eximentes que, en lugar de estar ubicadas en el ámbito de la norma de conducta, lo están en el de las normas de sanción. Ciertamente, en estos casos caben reacciones defensivas del afectado. Sin embargo, la ampliación analógi-

[194] Sobre estas distinciones, *Montiel Fernández* (2009), 268 ss.

ca de estas últimas también genera problemas. En efecto, reduce el conjunto de casos en los que la norma de sanción refuerza —mediante la amenaza de pena— a aquella. De este modo, puede afirmarse que su extensión analógica también redunda en una limitación de la protección penal del sujeto pasivo. Así pues, si se parte de que el Derecho penal no es solo la *Magna Charta* del sujeto activo, sino también en alguna medida la del sujeto pasivo, resulta necesario adoptar una postura más cautelosa en este punto. Esta debe pasar por una exclusión de la justificación analógica en supuestos en los que se afecta a bienes jurídicos personales (*cfr. supra* capítulo 4/45).

137 De todos modos, las consideraciones anteriores deben matizarse en el marco de un sistema legal como el español y aquellos de Iberoamérica que le son afines. Ciertamente, tales sistemas se caracterizan por dos rasgos que los hacen muy distintos del modelo legal alemán. Por un lado, las eximentes no tienen una ubicación sistemática predeterminada por decisión legislativa. Así, en ningún lugar de la regulación legal se señala que las eximentes de los arts. 20.4.° y 20.5.° CP español constituyan en toda su extensión causas de justificación.[195] Por otro lado, la descripción literal de la conducta exenta de pena resulta bastante amplia. Esto se observa de modo singular en el caso de las eximentes de los arts. 20.5.° y 20.6.° CP español. Así pues, no hay ninguna razón para sostener que todo el alcance literal de una eximente comprende una única institución dogmática. A partir de ahí, cabe que en muchas ocasiones no sea necesario el recurso a la analogía *in bonam partem* o a la extensión teleológica —a la justificación supralegal— *que* sí es precisa en el marco del sistema legal alemán. Por tanto, solo en el hipotético supuesto de que las mencionadas eximentes del art. 20.5° o 20.6.° CP no parecieran suficientes, podría ser necesaria una exclusión supralegal de la prohibición bajo pena.

2.3. La justificación supralegal y la doctrina de la exclusión del injusto penal

138 Es preciso distinguir entre la acogida de una justificación supralegal y la aceptación de la doctrina de las causas de exclusión del injusto penal. Como se ha indicado, la concurrencia de una causa de justificación determina que la conducta del agente sea conforme con el ordenamiento jurídico y genera en el sujeto afectado por la conducta un deber de soportarla. En cambio, las segundas no excluyen la antijuridicidad general de la conducta, sino solo su injusto penal, de modo que caben reacciones defensivas contra ellas.[196] Es cierto que la construcción de tales causas afirma recurrir a la analogía. En concreto, se sirve de la denominación de «situación análoga a la legítima

---

[195] A diferencia del art. 20.7.° CP, que contiene los términos «deber» y «derecho».

[196] *H.-L. Günther* (1983), 169 ss.; *el mismo* (1995), 56 ss. Críticos, *Díez Ripollés* (1995), 87 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 16/126 ss.

defensa», «situación análoga al estado de necesidad» y «situación análoga al consentimiento». Sin embargo, más bien se trata de casos de exceso en cuanto a los requisitos de estas; además, tampoco se pretende que sus efectos sean análogos a los de las causas de justificación, ni solo cuantitativamente diversos.

139 Ciertamente, en la fundamentación de esta construcción se recurre a la doctrina de los grados del injusto.[197] De acuerdo con esta última, cuantos más elementos de una causa de justificación concurran, más cerca se encuentra la conducta de ser conforme a Derecho. Sin embargo, la tesis de la doctrina de las causas de exclusión del injusto penal es que, si se da una «considerable disminución del injusto debido a un exceso limitado en las facultades jurídicas», no cabe hablar de merecimiento de pena, sino que queda excluido el injusto penal.[198] Como se advierte, los efectos de las causas de exclusión del injusto penal son cualitativamente distintos de los propios de las causas de justificación. En primer lugar, no determinan la licitud general de la conducta, sino que simplemente compensan el efecto de expresar un injusto agravado, que surge de la tipificación de la conducta. En segundo lugar, y por ello mismo, el tercero afectado por la conducta de quien las esgrime puede reaccionar defensivamente. Así pues, no afectan al ámbito de la norma de conducta, sino al refuerzo jurídico-penal de dicha norma. Con ello, el sujeto activo tiene —como desincentivos de actuar— los representados por el hecho de que infringe la norma de conducta y de que es posible que el sujeto pasivo reaccione de forma lícita e incluso que un tercero (en particular, un agente de la autoridad) lo haga en defensa del orden de conductas y del sujeto pasivo. Sin embargo, si el sujeto activo puede excluir ambas eventualidades, por la debilidad defensiva del sujeto pasivo y la falta de la posibilidad de que intervengan las autoridades, puede afirmarse que en estos casos el mencionado sujeto pasivo carece de protección jurídica suficiente. Tratándose de una consecuencia tan extremadamente grave para bienes jurídicos fundamentales, es discutible que se pueda construir sin una base legislativa clara.

3. LA REDUCCIÓN TELEOLÓGICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

140 La llamada reducción teleológica es un procedimiento de analogía al revés (*cfr. supra* capítulos 4/100; 6/94). En concreto, su punto de partida es un tenor literal de la ley que el intérprete reputa sobreinclusivo. A continuación, este procede a su restricción con base en consideraciones relativas al fundamento material —*telos*— de la institución regulada en el texto de que se trate. Así, un ejemplo tradicional de esta práctica es la doctrina de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, que opera sobre la base de atribuir un doble fundamento a esta institución. En efecto, en su virtud pueden excluirse del ámbito de

[197] *Kern*, ZStW 64 (1952), 255 ss.; *Noll* (1955), 45 ss.; *Lampe* (1967), 262 ss.

[198] *Günther* (1995), 59; *el mismo*, FS Baumann, 1992, 219-220.

lo justificado los supuestos de agresor no culpable y de extrema desproporción de la reacción, entre otros.[199] Es común afirmar que el problema específico de la práctica de la reducción teleológica en las eximentes es que tal restricción tiene lugar en perjuicio del reo. En efecto, este podría esgrimir un supuesto «derecho» —en todo caso, una pretensión— a disponer de todo el tenor literal de la eximente.[200] Por eso, el argumento central de los detractores de la reducción teleológica de las causas de justificación es que esta incurre en una analogía *in malam partem*. Así, sostienen que el principio de legalidad debe regir plenamente en las causas de justificación, en la medida en que codeterminan los espacios de libertad de actuación.[201] En definitiva, concluyen que solo un rechazo de la práctica de reducciones teleológicas puede conducir a que el legislador advierta la necesidad de reformar el tenor legal. Esto es, a que afronte la cuestión de fondo, remitiéndose a esta instancia la resolución final del problema.

141 Ahora bien, la reducción teleológica de una eximente legal para delimitar los casos en los que esta debe tener alcance justificante, sin bloquear que el resto de los casos tengan efecto eximente pero no justificante, es una operación radicalmente distinta. En efecto, en un modelo como el español y el iberoamericano de eximentes, básicamente indiferenciado, la reducción teleológica desempeña una misión mucho más evidente que en el modelo alemán. En efecto, entre nosotros se trata de reducir el alcance de un tenor literal para ajustarlo a los fundamentos dogmáticos de una institución determinada. Por tanto, la reducción teleológica de las eximentes del sistema legal español no compromete el principio de legalidad, puesto que no reduce el alcance de la regulación. Por el contrario, constituye el mecanismo de determinación de cuáles de los casos subsumibles en el tenor literal de una eximente pueden ser reconduciros a una causa de justificación y cuáles, en cambio, se engloban en una categoría integrada en el ámbito de la norma penal de sanción. En esa medida, puede admitirse sin objeciones.

VI. LAS EXIMENTES NO JUSTIFICANTES QUE EXCLUYEN LA PROHIBICIÓN BAJO PENA DE LA CONDUCTA

1. GENERALIDADES

142 Existen causas de justificación legalmente previstas y otras supralegales, construidas en su día mediante el recurso a la extensión teleológica o a la analogía *in bonam partem*, a partir de eximentes legalmente previstas. A su vez, ambas figuras tienen naturaleza general y delimitan la norma de conducta. Sin embargo, ni

---

[199] *Roxin*, CPC 17 (1982), 297 ss. Críticos, *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1991, 903 ss.; *Erb*, ZStW 108 (1996), 279.

[200] *Hirsch*, GS Tjong, 1985, 67. En cambio, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 5/42, en la interpretación de las causas de justificación el juez penal no está vinculado por el tenor literal, sino por el *telos* de la correspondiente regulación legal.

[201] *Moura* (2015), 317 ss., 415, exige apoyo legal expreso.

unas ni otras alcanzan a determinadas conductas realizadas en casos límite. Así, por ejemplo, la comisión de un homicidio para evitar la muerte de varias personas; o el homicidio de una o más personas para salvar la propia vida. El primer grupo de casos plantea el tratamiento de las conductas «útiles». El segundo, el de las conductas que suscitan comprensión o, al menos, compasión. Pues bien, la pretensión de resolver estas situaciones fue el denominador común de las tesis clásicas que sostenían la existencia de «ámbitos libres de Derecho» (desde el siglo XVII) [202] o de supuestos de mera no prohibición (a finales del siglo XIX). A ellas se añadieron a lo largo del siglo XX las doctrinas de la inexigibilidad, de la exculpación, de la exclusión de la responsabilidad por el hecho [203] y de las causas de exclusión del injusto penal. [204] Desde luego, los problemas que suscitan los casos límite no pueden conducir a espacios libres de Derecho, sino a establecer cuál es el Derecho aplicable.

2. LAS VÍAS ALEMANA Y ANGLOAMERICANA: CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO PENAL, CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN PERSONALES, PERMISIONES RELATIVAS AL AGENTE

La evolución de la tradición jurídica alemana en las últimas décadas con- 143
dujo a que un sector doctrinal propusiera la construcción de unas «causas de exclusión del injusto penal», distinguiéndolas de las causas de justificación. En cambio, en la doctrina angloamericana han sido más comunes otras distinciones. En concreto, la realizada entre «causas de justificación sociales» y «personales», que equivale a la que se suscita entre las «permisiones neutras» y las «relativas al agente». [205] Las primeras alcanzan a cualquier sujeto. En cambio, en virtud de las segundas no se prohíbe bajo pena a un determinado sujeto lo que, en cambio, sí se prohíbe bajo pena a otro. [206] Así pues, su fundamento radica en una consideración deferente con respecto a la implicación personal —a la «no-imparcialidad»— de un sujeto. A su vez, esta parcialidad puede deberse a una situación de afectación de su persona —peligro, coacción—, de su familia o de sus proyectos, que le conduce a asignar a estos un peso superior al que les asignaría un agente neutral. [207]

---

[202] Ya en el siglo XX, *Engisch* (1984), 9; *Arth. Kaufmann*, FS Maurach, 1972, 327 ss.

[203] En alemán: «*Tatverantwortung*». Esta doctrina, construida en Alemania por Reinhart Maurach (1902-1976), fue seguida en España por Bacigalupo, Laurenzo Copello y Pérez del Valle; entre otros.

[204] *H.-L. Günther* (1983), 169 ss., 298 ss.; *el mismo* (1995), 48-49; *Laurenzo Copello* (1990), 290 ss.; *Robles Planas* (2014), 185 ss.

[205] En el original inglés, respectivamente, «agent-neutral» y «agent-relative». Esta es una distinción diferente de la que procede separando las causas de justificación objetivas *ex post*, basadas en un interés preponderante apreciado en términos de utilidad objetiva, de aquellas que toman como base la adopción de una decisión razonable *ex ante*.

[206] Las distintas posiciones filosóficas en relación con ellas, desde los años setenta del siglo XX, las analizan *McNaughton/Rawling*, Utilitas 7 (1995), 31 ss.; *Waldron* California L. R. 88 (2000), 711 ss.; *Quong*, CL&Phil 10 (2016), 815 ss.; *Bazargan-Forward*, L&Ph 37 (2018), 677 n. 9.

[207] *Wertheimer* (1988), 167, quien describe los casos de estado de necesidad coactivo como causas de «justificación personal»; *Waldron*, California L. R. 88 (2000), 711 ss.; *Alexander/Ferzan* (2009), 135 ss.

144 En el grupo de supuestos de la «justificación relativa al agente» se encuentran, por ejemplo, los «casos de los intermediarios en los secuestros», discutidos en la jurisprudencia y en la doctrina españolas.[208] En efecto, en ellos se trata de valorar la conducta de quien realiza funciones de intermediación entre una organización criminal y las personas a las que se les exige que paguen un rescate —financiando a la organización— para liberar a un secuestrado. Pues bien, en estos casos ninguno de los sujetos obra de modo justificado, pues todos se mueven al margen del procedimiento institucionalizado por el Estado para afrontar los asuntos criminales, que es la denuncia y la consiguiente actuación policial (*cfr. infra* capítulo 26/72). Sin embargo, su conducta no puede estar prohibida bajo pena. En concreto, a los familiares no se les puede prohibir bajo pena que traten de obtener la liberación de su pariente por medios irregulares. En cuanto al intermediario —profesional o incluso cercano a la organización delictiva—, desde luego este carece de implicación personal, de modo que su situación no puede asimilarse a la de los familiares del secuestrado. Ahora bien, es posible sostener el carácter no prohibido bajo pena de su conducta con base en la doctrina norteamericana de que la «justificación personal» se puede delegar en un tercero.[209] Igualmente, en este caso cabe afirmar que la exclusión de la prohibición bajo pena deriva de que el sujeto contribuye a la consecución de un mal menor.

145 En la doctrina de cuño alemán estas situaciones se canalizan, no sin dificultades, por la vía de la exculpación legal y supralegal. Sin embargo, pese a las apariencias, las soluciones no son tan distintas. Si ello no se hace patente, es por la ambigüedad que adquiere el término «justificación» cuando se le añaden adjetivos. En efecto, tanto la exculpación como la «justificación relativa al agente» de una conducta constituyen formas de indicar que dicha conducta —contraria a Derecho— no se le puede prohibir bajo pena. Sin embargo, ello significa que tales eximentes no operan en el ámbito de la norma (general) de conducta —no declaran la conformidad a Derecho de la conducta—. Por el contrario, se mueven en el ámbito de la norma de sanción, de modo que la conducta a la que se refieren es antijurídica de modo general, aunque quede exenta de pena.

3. LA «EXCLUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN BAJO PENA» COMO EXENCIÓN TELEOLÓGICA

146 Lo anterior pone de relieve la necesidad de construir eximentes de responsabilidad —con un fundamento teleológico-penal— en el ámbito sistemático de la norma de sanción. Sentado esto, la denominación más razonable de estas debe ser la de «causas de exclusión de la prohibición bajo pena».[210] Ciertamen-

---

[208] STS de 5 de diciembre de 1994. Al respecto, *Molina Fernández* (2011), 485 ss.

[209] *Bazargan-Forward,* L&Ph 37 (2018), 671 ss., 693: así, un discapacitado puede delegar su título en un tercero, o un padre en otra persona que cuide a su hijo, etcétera.

[210] Muy próximo, *Robles Planas,* LH Mir Puig, 2010, 466 ss.

te, también podría ser utilizada la de «causas de exclusión del injusto penal», que goza de cierta tradición. Sin embargo, aquí se opta por evitarla, porque el método seguido aquí para delimitarlas, así como su alcance, es distinto al propuesto en su día por los defensores de aquella categoría. En efecto, en este texto no se procede por cuasi-analogía, ni tampoco se pretende cubrir simplemente supuestos de exceso.

147 Ciertamente, las causas de exclusión de la prohibición bajo pena ciñen su efecto exclusivamente al Derecho penal, en cuyo marco neutralizan el injusto cualificado —penal— propio de la conducta típica.[211] Esto significa que son paralelas a las causas de exclusión de la tipicidad, en cuanto a su naturaleza estrictamente teleológica. Con todo, existe una diferencia no menor. En efecto, el juicio de atipicidad o de exclusión de la tipicidad todavía no presupone la emisión de un juicio sobre la licitud o ilicitud general de la conducta —pues cabe que esta sea atípica pero ilícita—. En cambio, el juicio de tipicidad ya implica *a fortiori* la ilicitud general *prima facie* de la conducta. Por su parte, el planteamiento de la posible ausencia de la prohibición bajo pena es consecuencia de que la conducta típica no está justificada. Así, las conductas no prohibidas bajo pena no están permitidas de forma ni fuerte ni débil, sino que solo quedan exentas de sanción penal.

148 Las conductas amparadas por estas eximentes teleológicas producen una anticipación de ciertos aspectos de la punibilidad a la antijuridicidad «penal» y a la culpabilidad «penal». En efecto, la diferencia entre ellas y (el resto) de las causas de exclusión de la punibilidad radica en que en las razones de la exclusión de la prohibición bajo pena tienen que ver con la relación entre el sujeto y la norma en el momento en que este actúa, es decir, lleva a cabo la conducta antijurídica. Por lo demás, contra ellas caben reacciones justificadas de terceros. Como se ha indicado, aquí no se trata de «espacios libres de Derecho» ni de «conductas no prohibidas», sino de «espacios libres de injusto penal» y de «conductas no prohibidas bajo pena». En fin, la autoridad puede y debe impedir su realización. Sin embargo, tales conductas, ciertamente prohibidas, no son subsumibles en el supuesto de hecho punible y, por tanto, no les puede ser aplicada la norma penal de sanción.

149 De los casos ubicados bajo esta intitulación, los más relevantes se refieren a situaciones de necesidad no justificantes. En este contexto, la exclusión de la prohibición bajo pena puede deberse (i) a razones objetivas-generales —por ejemplo, en el caso más grave imaginable, matar a un inocente para impedir una situación de crisis general de la comunidad política—. Aquí responde a una lógica consecuencialista, con más o menos matices —la lógica del mal menor—. Por otro lado, puede asentarse (ii) en razones personales, con o sin otros elementos adicionales —en las situaciones que tradicionalmente han

[211] Esta posición debe distinguirse de la que piensa que las propias causas de justificación jurídico-penales cumplen una doble función: justificante (en el ámbito de la norma de conducta) y excluyente de la pena (en el de la norma de sanción). En este último sentido, *Schneider* (2017), 147 ss.

sido denominadas de exculpación o de disculpa—. En España unas y otras son directamente subsumibles en el tenor literal del art. 20.5.° CP y en el del art. 20.6.° CP. En todo caso, es preciso subrayar que tales causas de exclusión de la prohibición bajo pena son distintas de las causas que excluyen la antinormatividad. Por ejemplo, de los las que operan en los casos de suposición errónea personalmente invencible de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación.

150 Con todo, no cabe negar que las causas de exclusión de la prohibición bajo pena inciden —de modo indirecto— en la función de conducción de conductas. En efecto, al quedar el comportamiento exento de pena, la amenaza de pena dirigida al destinatario decae. De este modo, disminuye el efecto preventivo que deriva de su consideración por parte de la razón prudencial-instrumental del agente prudencial. Ello, aunque la norma de conducta siga apelando a la razón moral del agente para que este se abstenga de actuar; aunque exista la posibilidad de una reacción defensiva por parte del directamente afectado; e incluso aunque los agentes del Estado puedan y deban impedir su actuación. Ello requiere un esfuerzo para su legitimación frente al sujeto pasivo (*cfr. infra* capítulo 26/38).

Capítulo 19

LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA DEFENSA NECESARIA

Bibliografía seleccionada: *Alexander*, Justification and Innocent Aggressors, Wayne L. R. 33 (1987), 1187; *el mismo*, Self-Defense, Justification, and Excuse, Philosophy and Public Affairs 22 (1993), 60; *el mismo*, Causing the Conditions of One's Defense: A Theoretical Non Problem, CL&Phil 7 (2013), 623; *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Berner*, La teoría de la legítima defensa (1848), 2020; *Bernsmann*, Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen, ZStW 104 (1992), 290; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; *Bock*, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit — Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 131 (2019), 555; *Bolea Bardon*, El exceso intensivo en la legítima defensa putativa, ADPCP 1998, 613; *Brugger*, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 35 (1996), 67; *el mismo*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 167; *Bülte*, Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, 145; *Cahill*, In Defense of Self-Defense, Philosophical Papers 38 (2009), 363; *Cano Paños*, Análisis ético-jurídico de la denominada tortura de rescate, RDPC 12 (2014), 13; *el mismo*, En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal. El caso Jakob von Metzler y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho, 2017; *Castillo Morales*, Legítima defensa, trastorno mental transitorio y violencia contra la mujer, LH Künsemüller, 2023, 713; *Castiñeira Palou*, Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa, ADPCP 1987, 857; *Chiesa*, Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona, RP 20 (2007), 50; *Coca Vila*, La legítima defensa frente a omisiones, ADPCP 2016, 99; *Corcoy Bidasolo*, Restricciones jurisprudenciales al derecho de defensa, ADPCP 1991, 903; *Coons/ Weber* (eds.), The Ethics of Self-Defense, 2016; *Correa Flórez*, Legítima defensa en situaciones sin confrontación, 2017; *Delitala*, Legittima difesa e reato colposo, RIDPP 1940, 540; *Dershowitz*, Why Terrorism Works, 2002; *Diamanti*, Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica, 2020; *L. Dias*, Emociones y exceso en la legítima defensa en el Derecho penal alemán, InDret 2/2023, 397; *Doménech Pascual*, ¿Puede un estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?, RAP 2006, 389; *Dopico Gómez-Aller*, ¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi, InDret 4/2018, 1; *Dressler*, Battered Woman and Sleeping Abusers, Ohio St. J. C. L. 3 (2006), 457; *el mismo*, Feminist (or "Feminist") Reform of Self-Defense Law: Some Critical Reflections, Marquette L. R. 83 (2010), 1475; *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008; *el mismo*, Die Pflicht zur Notwehrhilfe, FS Roxin, 2011, 657; *el mismo*, Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?, FS Sancinetti, 2020, 297 (=Sobre la fundamentación de la legítima defensa en el Derecho penal alemán. ¿Supraindividual, dualista o individualista?, en: Engländer, Escritos de filosofía política, teoría jurídica y derecho penal, 2023, 93); *Erb*, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), 266; *el mismo*, Notwehr gegen rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern, FS Gössel, 2002, 217; *el mismo*, Folterverbot und Notwehrrecht, en: Lenzen (Hrsg.), Ist Folter erlaubt? Juristische und philosophische Aspekte, 2006, 19; *Farrell*, What Should We Say About Contrived Self Defense, CL&Phil 7 (2013), 571; *Fasten*, Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, 2011; *Feijóo Sánchez*, ¿Imputación a la víctima que provoca a su agresor?, LH Bacigalupo, I, 2004, 235; *Ferzan*, Defending Imminence: From Battered Women to Iraq, Arizona L. R. 46

(2004), 213; *la misma*, Self-defense and the State, Ohio St. J. C. L. 5 (2008), 449; *la misma*, Provocateurs, CL&Phil 7 (2013), 597; *Finkelstein*, Self-Defense as a Rational Excuse, U. Pittsburgh L. R. 57 (1996), 621; *la misma*, On the Obligation of the State to Extend a Right of Self-Defense to its Citizens, U. Pennsylvania L. R. 147 (1999), 1361; *Finnis*, Moral Absolutes, 1991 (=Absolutos morales, 1992); *Fletcher*, A Crime Of Self-Defense, 1988 (=En defensa propia, 1992); *Freund*, Actio illicita in causa — Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen?, GA 2006, 267; *Frisch*, Sobre a problemática e sobre a necessidade de uma refundação da dogmática da legítima defesa, Revista de Estudos Criminais 77 (2020), 7; *Frister*, Die Notwehr im System der Notrechte, GA 1988, 291; *el mismo*, Notwehr gegen nicht vorwerfbares Verhalten?, en: Kindhäuser/Pawlik (Hrsg.), Notwehr in Deutschland und China, 2020, 249; *Funk*, Rethinking Self-Defence, 2021; *García Amado*, ¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?, NFP 86 (2016), 13; *García-Huidobro/Miranda*, Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 (2013), 351; *Garin*, La defensa frente a ataques en estado de necesidad exculpante, InDret 1/2020, 336; *Gössel*, Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, absolute Folterverbote?, FS Otto, 2007, 41; *Greco*, Las reglas detrás de la excepción, InDret 2/2007, 1; *el mismo*, Notwehr und Proportionalität, GA 2018, 665; *el mismo*, Tiernothilfe, JZ 2019, 390 (=Legítima defensa de animales, NFP 92 -2019-, 23); *Greer*, Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really Absolute in International Human Rights Law?, Human Rights L. R. 15 (2015), 1; *Greve*, Rechtfertigung privater Folter zwischen Nothilfe und Menschenwürde, ZIS 2014, 236; *Grosso*, Difesa legitima e stato di necessità, 1964; *Grünewald*, Notwehreinschränkung — insbesondere bei provoziertem Angriff, ZStW 122 (2010), 51; *la misma*, Sozialethische Einschränkungen des Notwehrsrechts, FS Sancinetti, 2020, 427 (=Homicidio y legítima defensa en la obra de Anette Grünewald, 2022, 89, 111); *R. Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978; *V. Haas*, Zur Einschrankung des Notwehrrecht durch Güterabwägungen, en: Kindhäuser/Pawlik (Hrsg.), Notwehr in Deutschland und China, 2020, 211; *Hecht*, Provocateurs and Their Rights to SelfDefence, CL&Phil 13 (2019), 165; *Herzog*, Auf der Lauer liegen — Nothilfe als Provokation des Rechtsstaats, FS Neumann, 2017, 853; *Hillenkamp*, In tyrannos — viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen, FS Miyazawa, 1995, 141; *Hormazábal Malarée*, Actiones illicitae in causa, LH Bacigalupo, I, 2004, 299; *Hoven*, ¿Tortura como legítima defensa de terceros?, EnL 13 (2022), 34; *Hoven/Mitsch*, Notwehr und Notwehrexzess — Vorschlag einer neuen Formulierung der §§ 32, 33 StGB, GA 2023, 181; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997; *Hruschka*, Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat? Zu den Provokations- und ähnlichen Fälle, ZStW 113 (2001), 870; *Huerta Tocildo*, Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987; *Iglesias Río*, Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa, 1999; *el mismo*, Perspectiva histórico-cultural y comparada de la legítima defensa, 1999 b; *el mismo*, Notas a propósito de la legítima defensa de los bienes patrimoniales, LH Huerta Tocildo, 2020, 469; *Isensee*, El derecho constitucional a la seguridad, 2014; *Jiménez Díaz*, El exceso intensivo en la legítima defensa, 2007; *la misma*, La defensa y su necesidad racional, CPC 129 (2019), 33; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *R.P. Kaufman*, Justified Killing. The Paradox of Self-Defense, 2009; *Keller*, Nothilfe für Tiere als Anthropozentrik, FS Merkel, I, 2020, 779; *Kindhäuser*, Acerca de la génesis de la fórmula "El Derecho no necesita ceder frente al injusto", en: Pawlik *et al.* (eds.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013, 65; *Klesczewski*, Ein Zweischneidiges Recht — Zu Grund und Grenzen der Notwehr in einem vorpositiven System der Erlaubnissätze, FS Wolff, 1998, 225; *Klimchuk*, Excuses and Excusing Conditions, en: Tanguay-Renaud/Stribopoulos (eds.), Rethinking Criminal Law Theory, 2012, 161; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *Kühl*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 109 (1997), 777; *Kuhlen*, La restricción de las facultades de actuación en la legítima defensa de terceros, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1099; *Kunz*, Die automatisierte Gegenwehr, GA 1984, 539; *Kutz*, Self-Defense and Political Justification, California L. R. 88 (2000), 751; *Larrauri/Varona*, Violencia doméstica y legítima defensa, 1995; *Laurenzo Copello*, En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas, LH

Luzón Peña, I, 2020, 731; *Lenckner*, Gebotensein und Erforderlichkeit der Notwehr, GA 1968, 1; *Lenk*, Staatliche Macht und Ohnmacht, ZStW 132 (2020), 56; *Lesch*, Notwehrrecht und Beratungsschutz, 2000; *Leverick, Killing in Self-Defence*, 2006; *Llobet Anglí*, ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?, InDret 3/2010, 1; *Locke*, Second Treatise on Government, 1689; Lüderssen, Elementos de legítima defensa en la pena, en: Instituto de Ciencias Criminales (ed.), La insostenible situación del Derecho penal, 2000, 137; *Luzón Peña*, El doble fundamento de la legítima defensa, CPC 3 (1977), 101; *el mismo*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1.ª, 1978 (2.ª, 2002); *el mismo*, Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación, ADPCP 1994, 61 (=LH Roxin, 1997, 243); *el mismo*, El miedo insuperable como emoción asténica: su exculpación por inexigibilidad penal individual frente a las emociones esténicas o violentas, LH Morillas Cueva, I, 2018, 369; *Magaldi Paternostro*, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976; *Maihold*, Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg, Ancilla Iuris 2007, 1; *Maksidis*, Aquinas's Prohibition of Killing Reconsidered, Journal of Catholic Legal Studies 57 (2018), 67; *Mañalich*, Normas permisivas y deberes de tolerancia, en: Pawlik *et al.* (eds.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013, 177; *el mismo*, Norma, causalidad y acción, 2014; *R. Merkel*, Folter und Notwehr, FS Jakobs, 2007, 375; *el mismo*, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?, JZ 2007, 373; *el mismo*, Die kollaterale Tötung von Zivilisten im Krieg, JZ 2012, 1140; *R. Miller*, Killing, Self-Defense and Bad Luck, Journal of Religious Ethics 37 (2009), 131; *D. Miller*, Self-Defense, Defense of Others, and the State, Law and Contemporary Problems 80 (2017), 85; *Miranda Montecinos*, El principio del doble efecto, 2014; *Molina Fernández*, La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, en: AA.VV., La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos, 2006, 265; *el mismo*, La legítima defensa del derecho penal, RJUAM 2012, 19; *Montague*, Self-Defense, Culpability, and Distributive Justice, L&Ph 29 (2010), 75; *Montaner/Ortiz de Urbina*, Einwirkung einer Garantenstellung auf die Reichweite von Rechtfertigungsgründen?, GA 2013, 641; *Montiel Fernández*, Legalidad e imputación en Derecho penal, 2020; *Moore*, Torture and the Balance of Evils, Israel L. R. 23 (1989), 280; *Muñoz Conde*, ¿'Legítima' defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación, EPC XV (1991), 280 (=LH Roxin, 1995, 183); *el mismo*, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, RP 24 (2009), 122; *el mismo*, Estado de necesidad y tortura, LH Mir Puig, 2017, 769; *Nino*, La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico, 1982; *Ohlin*, The Doctrine of Legitimate Defense, International Law Studies 91 (2015), 119; *Olaizola Nogales*, Dar muerte al maltratador: posible aplicación de la legítima defensa, LH Luzón Peña, I, 2020, 863; *Olmedo Cardenete*, La jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor, CPC 82 (2004), 205; *Otsuka*, Killing the Innocent in Self-Defense, Philosophy and Public Affairs 23 (1994), 74; *Palermo*, La legítima defensa: una revisión normativista, 2006; *el mismo*, La legítima defensa ¿reacción frente a un enemigo o protección frente a un ciudadano?, en: Cancio/Gómez-Jara (eds.), Derecho penal del enemigo, II, 2006 b, 437; *el mismo*, Aspectos de la justificación penal en una dogmática normativista, LH Jakobs, 2008, 457; *Palma*, A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos, 1990; *Pawlik*, La legítima defensa según Kant y Hegel, en: el mismo *et al.* (eds.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013, 3; *Pennington*, Moderamen inculpatae tutelae: The Jurisprudence of a Justifiable Defense, RIDC 24 (2013), 27; *Perdomo Torres*, ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa?, InDret 1/2008, 1; *el mismo*, El deber de sacrificio en el estado de necesidad justificante, 2021; *Perron*, Verteilung des Irrtumsrisikos bei Notwehr, en: Kindhäuser/Pawlik (Hrsg.), Notwehr in Deutschland und China, 2020, 337; *Polaino/Polaino-Orts*, Legítima defensa: renormativización de un concepto, LH Luzón Peña, I, 2020, 951; *Prittwitz*, Notwehr und Nothilfe, FS Kargl, 2015, 439; *Puppe*, Justificación y certeza, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012, 251; *Quong*, Killing in Self-Defense, Ethics 119 (2009), 507; *Ragués i Vallès*, La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas, InDret 3/2015, 1; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *el mismo*, Notwehr. Grundlagen und Geschichte, en: Kindhäuser/Pawlik (Hrsg.), Notwehr in Deutschland und

China, 2020, 33; *Reyes/ Orozco* (eds.), Entre la legítima defensa y la venganza, 2021; *Rivacoba*, Del fundamento de la defensa en la legítima defensa, LH Pereda, 1965, 249; *Robinson*, Causing the Conditions of One's Own Defense, Virginia L. R. 71 (1985), 1; *Robles Planas*, En los límites de la justificación, LH Mir Puig, 2010, 445; *el mismo*, Legítima defensa, empresa y patrimonio, PolítCrim 11 (2016), 714 (=en: Ragués/Robles (eds.), Delito y empresa, 2018, 177); *Rodríguez Mourullo*, La omisión de socorro en el Código penal, 1966; *el mismo*, Legítima defensa real y putativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1976; *Ronco*, La dottrina del doppio effetto degli atti umani e la legittima difesa, RIDPP 2014, 799; *Roxin*, Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa, CPC 17 (1982), 297; *el mismo*, Von welchem Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?, GS Tjong, 1985, 137; *Rueda Martín*, La legítima defensa de la mujer frente a la violencia habitual, RGDP 40 (2023), 1; *Sánchez García de Paz*, La legítima defensa después de la Convención Europea de Derechos Humanos, PJ 35 (1994), 299; *Sangero*, Self-Defence in Criminal Law, 2006; *Schneider*, Die Auslegung von Rechtfertigungsgründen am Beispiel der strafprozessualen Ermächtigungsvorschriften, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung, 2017, 141; *F.-C. Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, FS Maurach, 1972, 127; *Sengbusch*, Die Subsidiarität der Notwehr, 2008; *Siciliano*, Das Leben des fliehenden Diebes, 2.ª, 2013; *Silva Sánchez*, Imputación objetiva y causas de justificación, DPC 52 (2015), 173; *el mismo*, Asesinatos selectivos en la guerra punitiva contra el terrorismo, InDret 1/2017, 1; *el mismo*, Permisos y deberes en la defensa de terceros, LH Morillas Cueva, I, 2018, 629; *el mismo*, La legítima defensa que recae sobre tercero, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 785; *Simons*, Self-Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable Self-Control?, NCLR 11 (2008), 51; *el mismo*, Permissibility in a World of Wrongdoing, Philosophy and Public Affairs 44 (2016), 101; *el mismo*, Self-Defense, Necessity and the Duty to Compensate, San Diego L. R. 55 (2018), 357; *el mismo*, Causal Contributions and Liability, Ethics 128 (2018), 402; *Sola Reche*, La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, 1998; *Struensee*, Restricciones y límites de la legítima defensa, CPC 92 (2007), 127; *Suárez Montes*, Breve apunte histórico sobre el elemento subjetivo en la legítima defensa, LH Cerezo Mir, 2002, 1009; *Taipa de Carvalho*, A legítima defesa, 1995; *Thomson*, Self-Defense, Philosophy and Public Affairs 20 (1999), 283; *Trechsel*, Haustyrannenmord — ein Akt der Notwehr?, KritV 2000, 183; *Uniacke*, Permissible Killing: The Self-Defence Justification of Homicide, 1994; *la misma*, Proportionality and Self-Defense, L&Ph 30 (2011), 253; *Valle Mariscal de Gante*, El error sobre elementos inesenciales de la legítima defensa, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1687; *Velázquez Vioque*, Sobreseimiento libre y causas de justificación, LH Ruiz Antón, 2003, 1097; *Vera*, Legítima defensa y elección del medio menos lesivo, Ius et Praxis 25 (2019), 261; *Waldron*, Self-Defense: Agent-Neutral and Agent-Relative Accounts, California L. R. 88 (2000), 711; *van Weezel*, Caso del agresor dormido. El problema del tirano doméstico, en: Vargas (ed.), Casos Destacados. Derecho Penal (Parte General), 2015, 337; *Wilenmann*, El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal, InDret 3/2014, 1; *el mismo*, Injusto y agresión en la legítima defensa: Una teoría jurídica de la legítima defensa, PolítCrim 10 (2015), 622; *el mismo*, La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas, Ius et Praxis 23 (2017), 419; *el mismo*, La justificación de un delito en situaciones de necesidad, 2017; *Wohlers*, Einschränkung des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, JZ 1999, 434; *Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009; *el mismo*, Erwiderung. Nochmals: Die kollaterale Tötung von Zivilisten im Krieg, JZ 2014, 388.

I. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA PROPIA DEFENSA

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

1 El Estado se encuentra en una posición de garante de protección con respecto a todas las personas que se hallan en su territorio. Ciertamente, aunque

el alcance máximo de esta posición es objeto de controversia, su contenido mínimo no se discute (*cfr. supra* capítulo 1/112). Este último tiene por objeto la protección coactiva de la seguridad de cada persona frente a los actos de violencia ilegítima de otras —es decir, de su libertad negativa—. Por eso el Estado ostenta asimismo el monopolio de la violencia legítima y es a él a quien se dirigen las pretensiones de indemnidad de los bienes.[1] Desde luego, este modelo de comunidad política no coincide con uno en el que se admita el porte de armas como derecho primigenio del ciudadano. Por eso, la existencia de un derecho de defensa propia tiene que contemplarse como expresión de un verdadero estado de excepción. Ciertamente cabe que un sujeto ejerza legítimamente la violencia sobre otro en defensa de su persona y derechos (art. 20.4.° CP español). Sin embargo, para ello es preciso que esté expuesto a una agresión actual o inminente de otro y que los funcionarios del Estado no se hallen en condiciones de protegerle.[2]

2. UN DERECHO NATURAL O UNA POTESTAD DELEGADA POR EL ESTADO

2.1. El retorno al estado de naturaleza

Un sector de la doctrina entiende que en ese contexto se produce un regreso 2
al llamado «estado de naturaleza» y, con ello, el resurgimiento de un supuesto derecho natural de defensa propia. En cambio, otro sector considera que, en tal caso, el Estado delega en el propio sujeto agredido el ejercicio de la potestad de protección, que deriva de la posición estatal de garante. Pues bien, la primera posición no es correcta, porque la legítima defensa no se ejerce al margen de toda regla jurídica estatal. En efecto, si la tesis del retorno al estado de naturaleza fuera acertada, la legítima defensa no tendría más límite que la necesidad de autoprotección. Sin embargo, la institución jurídica de la defensa propia y de terceros tiene muchas limitaciones adicionales con base en la razonabilidad. Por tanto, no basta con que la reacción del agredido —o del tercero que le defienda— se limite a lo necesario para su defensa. En definitiva, las reglas legales que rigen el ejercicio lícito del «derecho» de defensa en los Estados de Derecho no declaran un derecho preexistente. Por el contrario, configuran una potestad delegada que la comunidad política atribuye a sus miembros en casos excepcionales. Esto significa que tiene un fundamento político, no natural.[3] Dicho fundamento es el mismo que legitima el ejercicio de aquella autoridad: el bien común (*cfr. supra* capítulo 1/92).

En la lógica del estado de naturaleza no estaría claro que el agresor no pueda, 3
a su vez, reaccionar frente a la defensa del agredido. En definitiva, no se podría excluir una «legítima defensa frente a la legítima defensa». Precisamente eso es

---

[1] *Isensee* (2014), 17 ss.

[2] *Isensee* (2014), 93.

[3] Una posición intermedia en *Ferzan*, Ohio St. J. C. L. 5 (2008), 449 ss.

lo propio del estado de naturaleza, tal como se lo imaginaban los teóricos del contrato social: la guerra de todos contra todos —*bellum omnium contra omnes*—. Sin embargo, en la legítima defensa las cosas no son así. El agredido goza de la protección del Derecho, de modo que su defensa no puede ser entendida por el agresor inicial, a su vez, como una agresión. Por eso no cabe legítima defensa frente a la legítima defensa. Así pues, el agresor no puede oponerse lícitamente a la defensa, sino que tiene frente a esta un deber negativo, que es conocido como «deber de soportar».[4] Desde luego, este deber no impide que el agresor esquive la defensa o huya de esta. Sin embargo, si se enfrenta a la defensa del agredido comete un segundo delito, esto es, realiza una nueva agresión ilegítima.

2.2. La noción de potestad delegada

4 La posición doctrinal que sostiene que el derecho de legítima defensa es una potestad delegada del Estado se acerca más a la realidad. En efecto, su razonabilidad se ve confirmada por el sometimiento de la institución al principio de subsidiariedad. Así, en primer lugar, no cabe ejercer la defensa propia cuando es posible la intervención de la policía, o cuando existen otros procedimientos institucionalizados de protección de la persona o derechos. En segundo lugar, tampoco cabe ejercer una legítima defensa propia cuando es posible y resulta razonablemente preferible la intervención defensiva de un tercero. Sin embargo, este punto de vista plantea el problema de que nadie puede delegar lo que no tiene. Pues bien, toda intervención del Estado en la restricción de derechos individuales tiene que estar presidida por la proporcionalidad. Ello se advierte en los deberes y derechos de actuación de los funcionarios públicos, y en particular, de la policía. En cambio, la concepción dominante de la legítima defensa —de cuño alemán pero expresada también en el texto de algunos códigos penales—, no requiere proporcionalidad. En definitiva, el Estado, en la protección de los ciudadanos, no dispone de una potestad tan radical como la que supuestamente caracteriza al ejercicio del derecho de legítima defensa individual. Así las cosas, solo caben dos opciones: o la legítima defensa debe tener un alcance menor que el que normalmente se le atribuye; o no puede ser una potestad delegada del Estado. *Tertium non datur.*

3. UN DERECHO CON FUNDAMENTO INDIVIDUAL, SUPRAINDIVIDUAL O MIXTO

3.1. Las doctrinas individualistas o personalistas

5 El derecho de defensa tiene un origen político y no natural, para cuya fundamentación se dan propuestas distintas. Estas, a su vez, pretenden argumentar por qué la conducta del agredido puede calificarse de legítima. Para ello,

---

[4] En el original alemán: «*Duldungspflicht*». Una traducción sin perífrasis es difícil, pero, en su caso, es mejor traducirlo como un «deber de soportar» que como un «deber de tolerar» o un «deber de sacrificio».

cabe optar por una de las dos siguientes vías. La primera es la propia de las doctrinas individualistas o interpersonales, que conducen a degradar el valor de los bienes del agresor. En cambio, la segunda recurre a introducir, junto a los bienes del agredido, otros bienes relevantes que se consideran protegidos por la conducta defensiva. Esta es la propia de las doctrinas del fundamento supraindividual.[5] Sin embargo, ambas vías no son en absoluto equivalentes.

En efecto, las doctrinas individualistas tratan de legitimar la conducta del agredido en su interrelación personal con el agresor. Por tanto, arguyen que la legítima defensa se basa en la protección de los derechos del primero, cuya posición en Derecho es superior a la del segundo.[6] En cambio, las doctrinas supraindividuales y las mixtas —las del doble fundamento de la legítima defensa—[7] pretenden justificar la conducta del agredido tanto en su relación vertical con el Estado como en su relación horizontal con la comunidad. En consecuencia, sostienen que el defensor reafirma el Derecho objetivo, puesto en cuestión por la conducta del agresor. Ambas posiciones reivindican para sí la máxima de que «el Derecho no tiene por qué ceder frente al injusto».[8] Ahora bien, las fundamentaciones supraindividuales sostienen esto en exclusiva, mientras que las doctrinas del doble fundamento tratan de combinar el aspecto individual y el colectivo.[9] Por lo demás, la asunción de una de las referidas fundamentaciones conlleva importantes consecuencias en cuanto al modo de entender los requisitos de la causa de justificación. En efecto, establecida la razón justificante o *telos* de la institución, la reconstrucción dogmática de esta debe proceder de acuerdo con el método teleológico. Es decir, de modo que resulte adecuado para el cumplimiento de dicho fin (*cfr. supra* capítulo 6/86). 6

3.2. Las doctrinas supraindividuales y mixtas

La fundamentación supraindividual atribuye a la legítima defensa una función social. En concreto, le asigna la consecución de efectos preventivos, ya sean estos de prevención general negativa, de prevención especial, o de prevención general positiva —reafirmación del Derecho objetivo—. Pues bien, es cierto que el defensor legítimo neutraliza el peligro de la agresión y, con ello, reafirma también el derecho individual del agredido a seguir disfrutando de sus bienes. Sin embargo, no cabe sostener que el defensor esté reafirmando 7

---

[5] *Molina Fernández* (2012), 21.

[6] Con matices, *Merkel*, FS Jakobs, 2007, 389-390; *Engländer* (2008), 39 ss.; *el mismo*, FS Sancinetti, 2020, 303 ss.; *Pawlik* (2012), 237 ss.; *Greco*, GA 2018, 675 ss.

[7] *Roxin/Greco*, AT, I, 5.ª, 2020, 15/1 ss.

[8] *Berner* (1848; 2020). Las fundamentaciones supraindividuales la refieren al Derecho objetivo, mientras que las interpersonales entienden que el «derecho» no es el ordenamiento jurídico en su conjunto, sino específicamente el derecho subjetivo del agredido. Así, *Engländer* (2008), 67 ss.; *Pawlik* (2013), 3 ss.; *Kindhäuser* (2013), 65 ss.

[9] *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 44 ss.; *Iglesias Río* (1999), 7 ss. Críticos, *Nino* (1982), 25 ss., 61 ss.; *Palermo* (2006), 137 ss.; *Pawlik* (2013), 3 ss.; *Kindhäuser* (2013), 78.

el ordenamiento jurídico.[10] De ser así, en primer lugar, al agresor que sufre la legítima defensa no se le debería imponer pena alguna, pues la reafirmación del Derecho atribuida a la defensa haría innecesaria una nueva estabilización mediante el castigo estatal. Sin embargo, es común admitir que el agresor, aun cuando haya sufrido la defensa ejercida por el agredido, debe ser sometido al correspondiente proceso penal —acusado de la comisión de una tentativa del delito de que se trate—, así como a la pena. Ello, ciertamente, no impide que esta pena pueda verse atenuada de modo muy relevante, considerando los efectos lesivos que la legítima defensa haya tenido sobre el agresor como una *poena non forensis*.[11] En segundo lugar, si estuviera en juego la reafirmación del ordenamiento jurídico, el agredido no tendría la prerrogativa de huir, sino que sobre él recaería el deber de repeler la agresión. Sin embargo, se acepta la posibilidad de escapar. Es más, cada vez existe mayor consenso en que el agredido tiene el deber de huir, si ello es posible.

4. LA PERSPECTIVA INTERPERSONAL

4.1. Planteamiento

8 En realidad, la legítima defensa tiene que fundamentarse en un plano interpersonal. En efecto, su base cierta es la existencia de una asimetría moral debida a la superioridad ético-jurídica del agredido —en su caso, del defensor de este— y la inferioridad del agresor.[12] Esta deriva de que su conducta le hace perder al agresor el derecho a no tener que soportar injerencias en su esfera jurídica de bienes. Sin embargo, el agresor no se convierte por ello en una fiera. Esto muestra el error de las doctrinas iusracionalistas y, luego, empiristas o idealistas de la legítima defensa.[13] En efecto, las tesis racionalistas del derecho natural a la defensa contemplaban al agresor precisamente como un ser carente de razón y de estatuto moral, como un «lobo o un león», «un tigre». En consecuencia, entendían que este declara la guerra a la humanidad y, por ello, puede ser eliminado como una de esas «bestias salvajes».[14] Por su parte, también los planteamientos idealistas vieron en el agresor a un enemigo.

4.2. La tesis de la «exclusión de la imputación objetiva»

9 Un sector de la doctrina sostiene que todo ejercicio razonable de la defensa es, de algún modo, imputable al propio agresor, en virtud de su agresión. Entonces, fundamenta el carácter permitido de la legítima defensa con base en la provocación ilícita del agresor —controlada hasta el final por parte de este—;[15]

---

[10] Crítica, *Puppe* (2012), 254.

[11] *Silva Sánchez* (2018), 133 ss.

[12] *Miller*, Journal of Religious Ethics 37 (2009), 140; *Puppe* (2012), 253-254.

[13] Crítico, *Palermo* (2006 b), 454 ss.

[14] *Locke* (1689), Chapter III, Sec. 16-18.

[15] *Frister*, GA 1988, 300 ss.

o, más todavía, como algo que tiene lugar en el ámbito de su competencia, de modo que se trata de una coautoría entre agresor y agredido; o, en fin, de una autolesión del propio agresor en autoría mediata, en la que participa el agredido.[16] En este marco, la posición que sostiene concretamente que en la legítima defensa cabe apreciar una estructura de coautoría es más empírica-naturalista; en cambio, la que afirma que refleja una autolesión del agresor en autoría mediata es más normativista. Sin embargo, ambas conducen a afirmar que la legítima defensa es una causa de exclusión de la tipicidad. Así, se afirma que excluye la imputación objetiva del hecho al agredido, puesto que este se mueve en un espacio de organización por el que es plenamente «competente» el agresor.[17]

La visión de la legítima defensa del agredido como una participación en 10
la autolesión (mediata) del agresor puede resultar transparente para quien observa el mundo en términos estructurales-ideales. Sin embargo, ni se adecua a la autocomprensión social, ni es realista. Por el contrario, conduce a perder de vista un hecho dramático, a saber, que en los casos de legítima defensa se causa la lesión de un bien ajeno de gran importancia, además casi siempre intrínseco —se mata o se lesiona a otro—. Pues bien, este hecho tan gravemente excepcional en un Estado de Derecho debe ser afrontado de modo directo por cualquier teoría de la legítima defensa, sin enmascararlo tras una especie de lógica —o geometría— de posiciones jurídicas.

4.3. La legítima defensa desde la perspectiva del bien común

En la actualidad tiende a recuperarse el acuerdo que existía en la tradición 11
clásica acerca de que el agresor no está al margen del Derecho. Ciertamente, hace surgir una situación de peligro para los bienes del agredido, vulnerando la prohibición de dañar —*neminem laedere*—. Además, con ello incide tanto en el plano fáctico-horizontal, como en el simbólico-vertical, pues le niega al agredido la condición de sujeto de derechos. En efecto, el agresor, al negar los bienes del agredido, rompe la relación de reconocimiento y de respeto interpersonal. Además, se pone a sí mismo en peligro de experimentar una reacción defensiva y, como tal, lícita. De este modo, se singulariza frente a cualquier tercero sobre el que pueda recaer una conducta de defensa. Sin embargo, ello no sitúa al agresor fuera del Derecho ni, por tanto, tampoco de la comunidad política. Por tanto, la respuesta que se dé a la agresión debe concebirse conforme a criterios de bien común político.

Atendiendo a la misión que aquí se ha asignado al Derecho, en general, y al 12
Derecho penal en particular, el criterio de la juridicidad es el bien común.[18] Este es asimismo el que conforma el criterio de la justicia distributiva propia

---

[16] *Jakobs* (2012), 45-46; *Merkel*, JZ 2007, 377; *el mismo*, FS Jakobs, 2007, 391.

[17] *Palermo* (2006), 333 ss.; *el mismo*, LH Jakobs, 2008, 467 ss.; *Jakobs* (2012), 45-46; *Pawlik* (2012), 237 ss.; *Polaino/Polaino-Orts*, LH Luzón Peña, I, 2020, 951 ss.

[18] Próximo, pero con consecuencias distintas, *Greco*, GA 2018, 665 ss.; *el mismo*, JZ 2019, 395.

de las causas de justificación. Con base en él hay que dar a cada uno lo suyo —*ius suum cuique tribuere*—. Ahora bien, sentado esto, hay que afrontar el problema básico de la legítima defensa, que se centra en la cuestión de si procede exigir la proporcionalidad de la reacción.[19] En efecto, en algunos países se ha establecido legalmente la proporcionalidad o la moderación en cuanto a los medios como requisito de la reacción defensiva.[20] En cambio, en otros no se dispone nada al respecto, y la doctrina dominante sigue sosteniendo que la proporcionalidad no es necesaria. Incluso en algunos códigos se establece expresamente que no rige el requisito de la proporcionalidad.[21]

13 Sin embargo, el problema no solo viene dado por la desproporción de la reacción. Además, es preciso debatir cuál es el alcance del principio de subsidiariedad en estos casos. A este respecto, no es infrecuente afirmar que el agredido no tiene ningún deber de huir o de retroceder, de modo que ostenta el derecho de repeler la agresión, aun cuando pueda eludirla.[22] En la cultura jurídica angloamericana, ello se subraya a propósito de los ataques que se sufren en la propia morada, con base en la denominada «doctrina del castillo».[23] Sin embargo, es discutible que deba regir un criterio así. En realidad, este no se convierte en aceptable ni siquiera con la limitación que sienta la doctrina dominante, que parece sostener que la huida es exigible, salvo que resulte especialmente humillante.

II. LAS DOS FIGURAS DOGMÁTICAS CONTENIDAS EN LA EXIMENTE DEL ART. 20.4.° CP ESPAÑOL

1. EL PROBLEMA DE LA PROPORCIONALIDAD

14 El principal problema de la legítima defensa viene dado por la pregunta acerca de por qué el Estado puede conferir a los particulares una facultad que no reconoce a sus agentes, ni en su defensa propia, ni tampoco en defensa de terceros. En efecto, la única posibilidad de sostener que la legítima defensa constituye una potestad delegada del Estado es reconfigurarla en los mismos términos de proporcionalidad que el Estado exige a sus funcionarios en el marco del deber de garante de estos.[24] Es cierto que la diferencia entre la exigencia de actuación proporcionada a los agentes públicos y la ausencia de esta en el caso del particular agredido se ha tratado de fundamentar aludiendo a la situación emocional de este último. De este modo se pretende considerar

---

[19] A favor, *Schroeder*, FS Maurach, 1972, 127 ss.; *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290; *Bülte*, GA 2011, 145.

[20] Art. 32 CP colombiano; art. 25 CP brasileño; art. 52 CP italiano.

[21] Art. 20 CP peruano.

[22] Así, todavía, *Greco*, JZ 2019, 394-395.

[23] En la tradición jurídica angloamericana: «*castle doctrine*», que proviene de la máxima inglesa «*my home is my castle*» (mi casa es mi castillo), creada por Sir Edward Coke (1552-1634).

[24] La prueba de que se trata de una potestad delegada y no de un derecho originario es que las «restricciones» —que en realidad no son tales— no son susceptibles de compensación o indemnización: *Greco*, JZ 2019, 397.

la situación de quien se defiende frente a una agresión física inmediata en contextos de instantaneidad. Sin embargo, de este modo se superponen dos planos distintos. En efecto, la legítima defensa no comprende solo casos de agresiones físicas instantáneas, sino también otras de carácter permanente. Además, tampoco abarca solo conductas defensivas del agredido, sino también de cualquier tercero en defensa de aquel. Por tanto, en la legítima defensa como causa de justificación la situación emocional del defensor es irrelevante.

15 Ciertamente, si existe una situación emocional alterada, ello podrá tomarse en consideración en el marco de las eximentes que carecen de efecto justificante. Así sucede, por ejemplo, en los ordenamientos legales que prevén como causa expresa de «exculpación» la situación de exceso en la legítima defensa por miedo, terror o pánico (§ 33 CP alemán).[25] Igualmente, en otros ordenamientos, en los que no se ha previsto expresamente el exceso en la legítima defensa por miedo, es posible integrar este supuesto, si se dan los demás requisitos, en la eximente —causa de «exculpación»— de miedo insuperable (art. 20.6.° CP español) (*cfr. infra* capítulo 26/54).

2. EL CRITERIO DE DISTINCIÓN

16 El alcance de la legítima defensa como causa de justificación para el agredido o un tercero defensor de aquel debe vincularse al actuar legítimo del Estado. Por su parte, este no puede poner en peligro la vida o integridad física del delincuente, ni siquiera en los casos de delitos flagrantes —agresiones ilegítimas actuales o inminentes—, salvo que estos últimos afecten a la vida o a la integridad física de un tercero. Por lo tanto, la legítima defensa de un particular tampoco puede amparar aquellas reacciones que, aunque necesarias para la protección de los bienes del agredido, resultan radicalmente desproporcionadas. En particular, no es conforme a Derecho lesionar bienes intrínsecos del agresor para proteger bienes extrínsecos del agredido. En definitiva, y con independencia de lo que se dirá después, la defensa de la propiedad no puede justificar la comisión de homicidios ni de lesiones graves.[26] El fundamento de esta limitación es el deber de respeto de los bienes intrínsecos del otro que deriva del vínculo de humanidad o, en otros términos, de la recíproca posición de garante mínima.

17 Esto determina, por un lado, que las regulaciones positivas de la legítima defensa deben interpretarse restrictivamente si es que se pretende afirmar que la conducta del defensor es conforme a Derecho —que está justificada—. Esta restricción se muestra de acuerdo, además, con un abordaje realista de la institución, alejado de la extralimitación producida en ella por el iusracionalismo del siglo XVII-XVIII y el idealismo del siglo XIX. Ahora bien, precisamente un abordaje realista no puede ignorar tampoco el dilema en el que se encuentra la persona que se ve obligada a defender su morada, por ejemplo. Así las cosas,

---

[25] *Luzón Peña*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 369 ss.; *L. Dias*, InDret 2/2023, 397 ss.

[26] *Iglesias Río* (1999), 328 ss.

el problema es qué tratamiento se dispensa a los sujetos que, agredidos en sus bienes no intrínsecos, reaccionan afectando a los bienes intrínsecos del agresor. Pues bien, la conducta reactiva de estas personas no es conforme a Derecho. Sin embargo, tampoco parece razonable que sufran una sanción penal por su conducta, que se ha debido en última instancia a una desprotección estatal. Como se advierte, esto hace necesario construir, junto a la causa de justificación de «legítima defensa», otra eximente de «defensa necesaria», que excluya la prohibición bajo pena de conductas defensivas no justificadas. Pues bien, justo en este punto es preciso tener en cuenta que la eximente legal del art. 20.4.° CP español no tiene una calificación dogmática concreta. En particular, en ningún lugar se afirma que esta «sea» en todo caso una causa de justificación, que excluya la prohibición general de la conducta. Así pues, aquí se sostendrá que la eximente legal de defensa propia o de tercero no «es» solo una causa de justificación de legítima defensa. En efecto, cabe sostener razonablemente que constituye una eximente de responsabilidad criminal en la que pueden incluirse conductas justificadas —legítimas— y otras sencillamente no prohibidas bajo pena.

3. LA «LEGÍTIMA» DEFENSA JUSTIFICANTE Y LA DEFENSA «NECESARIA» —SOLO EXCLUYENTE DE LA PROHIBICIÓN BAJO PENA—

3.1. Los límites de la justificación

18 La idea rectora de esta reconstrucción de la defensa necesaria es que una conducta defensiva necesaria no está siempre justificada. Sin embargo, el Estado no puede castigar —ni siquiera prohibir bajo pena— la conducta de defensa racionalmente necesaria de aquel a quien deja en la tesitura de defenderse desproporcionadamente o sufrir el menoscabo de sus bienes. Esto conduce a las siguientes consecuencias. En primer lugar, que está justificada la protección tanto de bienes intrínsecos como extrínsecos. Sin embargo, la legítima defensa justificante solo ampara: (i) la protección de bienes intrínsecos —vida, integridad física y moral— dentro del marco de lo proporcionado; y (ii) la defensa de bienes extrínsecos igualmente proporcionada. Por lo tanto, la defensa de bienes extrínsecos que redunda en la afectación de bienes intrínsecos del agresor no está nunca justificada.

3.2. La exclusión de la prohibición bajo pena

19 De modo paralelo a la causa de justificación de legítima defensa —y dentro del mismo tenor literal de la eximente del art. 20.4.° CP español—, debe identificarse una causa de exclusión de la prohibición bajo pena (*cfr. supra* capítulo 18/146) en casos de actuación en defensa propia o de tercero, que cabe denominar «defensa necesaria».[27] El ámbito de aplicación de esta última

[27] Esta posición debe distinguirse de la que piensa que las propias causas de justificación jurídico-penales cumplen una doble función: justificante (en el ámbito de la norma de conducta) y excluyente de la pena (en el de la norma de sanción). Esta última posición es la que sigue *Schneider* (2017), 147 ss.

es el relativo a la defensa de bienes extrínsecos del agredido que redunda en la afectación de bienes intrínsecos del agresor. En efecto, en tal caso la conducta del defensor es antijurídica, pero no punible. Entonces, si nos atenemos a la doctrina de las causas de exclusión de la prohibición bajo pena, la conducta del defensor no tendría que ser soportada por el agresor. Sin embargo, sucede que dicha conducta del agredido o de su defensor —antijurídica, pero no prohibida bajo pena— a su vez ha sido provocada por el agresor, mediante su agresión. Esto significa que una eventual reacción de este último también sería antijurídica. Así las cosas, resulta que la conducta de defensa antijurídica, pero no prohibida bajo pena, debe ser también soportada por el agresor y sus colaboradores. Ahora bien, los agentes de la autoridad pueden y deben impedirla en el marco del cumplimiento de su función pública.

En suma, la eximente legal de defensa —en España, el art. 20.4.° CP— no **20** tiene una naturaleza jurídica unitaria, sino que comprende una causa de justificación —la legítima defensa— y una causa de exclusión de la prohibición bajo pena —que cabe denominar «defensa necesaria»—. Por su parte, esta última comprende supuestos en los que debe afirmarse la antijuridicidad de la conducta del sujeto. Ambas figuras dogmáticas tienen, a su vez, fundamentos distintos. En efecto, la causa de justificación de legítima defensa constituye una potestad delegada del Estado. Esto significa que confiere un espacio de actuación conforme a Derecho que debe regirse por las mismas limitaciones que el propio actuar de los agentes públicos. En cambio, la defensa necesaria —como causa de exclusión de la prohibición bajo pena— responde al hecho de que la persona agredida se encuentra en una situación dilemática. Esta, a su vez, es consecuencia del déficit del Estado en el cumplimiento de su deber de garante de protección de la libertad negativa de aquella.

3.3. La delimitación con respecto a otras eximentes

Esta causa de exclusión de la prohibición bajo pena —ubicada en el ámbito **21** sistemático de la norma de sanción— limita con algunas figuras ya existentes en la legislación comparada. Sin embargo, resulta perfectamente compatible con aquellas, porque contempla casos distintos. Así, la eximente de defensa —en sus dos dimensiones, tanto de legítima defensa como de defensa necesaria— requiere siempre la necesidad racional de la conducta llevada a cabo por el defensor. Esto significa que se encuentra limitada por las denominadas «restricciones ético-sociales» y por los «procedimientos institucionalizados».

4. LA CUESTIÓN DEL DEBER DE AUTO- Y HETERODEFENSA

Los agentes de policía tienen ciertamente un deber de legítima defensa **22** propia y ajena (*cfr. infra* capítulo 21/66). En cambio, resulta discutible si los particulares tienen el deber de defender sus propios bienes. En realidad, en el caso de los bienes extrínsecos, se dan varias circunstancias que determi-

nan la inexistencia de un deber de defenderlos. En primer lugar, no existe siquiera el derecho a defenderlos mediante la afectación de bienes intrínsecos del agresor. En segundo lugar, el derecho a defenderlos afectando a bienes extrínsecos del agresor se ve sometido adicionalmente a la primacía de los procedimientos institucionalizados. En fin, en tercer lugar, los bienes extrínsecos son disponibles, de modo que *a fortiori* puede excluirse el deber de evitar su lesión.

23 Por su parte, la consideración de si existe un deber de defender los propios bienes intrínsecos —esto es, la vida, así como la integridad física y moral— obliga, en primer lugar, a distinguir el acto de disposición sobre dichos bienes y el acto de no defenderlos. Ciertamente, se trata de bienes indisponibles (*cfr. infra* capítulo 22/51). Ahora bien, la omisión de defensa propia no es exactamente un acto de disposición sobre el bien jurídico, en la medida en que no implica un consentimiento a la agresión. Ciertamente, cabe entender que la omisión de tal defensa posible constituye la vulneración de una incumbencia de autoprotección —un deber de garante de correcta administración de la propia persona—. Sin embargo, asimismo cabe redefinir el margen de esta incumbencia atendiendo a las razones del sujeto agredido que, por ejemplo, tenga convicciones pacifistas —o sencillamente pacíficas—.[28] En cambio, es más problemática la omisión de defender legítimamente los bienes intrínsecos de un tercero, con respecto a quien el sujeto se encuentra en posición de garante. En efecto, tal posición puede conllevar un deber de defender en sentido estricto, de modo que la omisión de defensa incluso dé lugar a una responsabilidad en comisión por omisión. En un caso así, resulta incluso discutible que las razones de conciencia puedan llegar a justificar la conducta. Por tanto, en su caso habría que recurrir a una exculpación o a una atenuación de la culpabilidad.

III. LA HISTORIA DOGMÁTICA

1. LA DEFENSA LEGÍTIMA EN LA TRADICIÓN CLÁSICA

1.1. Las tradiciones romana y cristiana

24 Todo parece indicar que el Derecho romano, al menos desde el siglo III después de Cristo, reconocía un derecho de defensa de la propiedad, siempre que este se ejerciera a través de la reacción contra una agresión no provocada y en la que la fuerza fuera moderada.[29] Este criterio era ya bastante más concreto que el contenido en los brocardos de Gayo y Paulo más difundidos luego en las obras de Derecho penal.[30] En efecto, la muy citada expresión de

---

[28] No obstante, con matices, *Silva Sánchez*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 629 ss. Ya *Rodríguez Mourullo* (1966), 393; *Huerta Tocildo* (1987), 214-215; *Baldó Lavilla* (1994), 158, 342; *Sola Reche* (1998), 153, 160.

[29] *Pennington*, RIDC 24 (2013), 27.

[30] *Gayo*: «*nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*» (Dig. 9.2.4); *Paulo*: «*vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*» (Dig. 9.2.45).

que es lícito repeler la fuerza con la fuerza —*vim vi repellere licet*— no indica nada acerca de las condiciones de legitimidad de la reacción defensiva. Por eso, la máxima más antigua —relativa a una *moderamen inculpata tutela*— es la que debe constituir todavía hoy el marco de cualquier construcción de la legítima defensa. Ahora bien, resulta oscuro si la expresión romana relativa a una «defensa moderada» comprendía los casos en que se matara a otro en defensa de la propiedad.[31]

Por el contrario, sí está claro que la discusión dogmática posterior se vio 25
condicionada por el problema de si un homicidio intencional puede llegar a ser lícito en algún caso. En concreto, el punto de partida de este debate es que la tradición cristiana considera que matar intencionadamente a otro constituye un mal absoluto, pues contradice radical e irreversiblemente el orden divino —el «no matarás» del quinto mandamiento—. A su vez, los males absolutos son injustificables. Por tanto, no cabe admitir la justificación del homicidio intencionado no ya en defensa de la propiedad, sino ni siquiera en defensa de la propia vida. Esta idea se expresa con claridad en la obra de Agustín de Hipona.[32]

1.2. La conformación de la legítima defensa en la tradición romano-canónica

Con posterioridad, una importante corriente jurídico-canónica, recogida 26
en las Decretales de Gregorio IX, admitió de modo explícito la justificación de las conductas de legítima defensa.[33] A su vez, esto se produjo integrando las dos máximas romanas en una sola. En concreto, sosteniendo que el Derecho permite repeler la fuerza con la fuerza, siempre y cuando ello se lleve a cabo sin previa provocación y en términos moderados, «no para vengarse, sino para evitar el injusto».[34] Esta última idea, que aparece aquí por primera vez, permite distinguir con claridad entre la legítima defensa frente a agresiones actuales o inminentes y la retorsión ilícita de agresiones pasadas. En efecto, la primera se admitía, mientras que la segunda se reputaba ilícita. Ahora bien, su admisión se condicionaba a eludir la agresión, si ello era posible, en lugar de repelerla, con lo que se introducía una exigencia de subsidiariedad. En fin, la moderación empezó a entenderse como proporcionalidad entre los medios de los que se sirve el agresor y los que podría utilizar el agredido en su defensa. Este criterio, que ha tenido una gran importancia en la tradición hispánica, pone de relieve que la doctrina previa al iusracionalismo nunca entendió que el agresor quedara al margen

---

[31] *Iglesias Río* (1999 b), 40 ss.

[32] *Agustín de Hipona*, De libero arbitrio (387-389), I, c. 5.

[33] *Iglesias Río* (1999 b), 49 ss.

[34] «*vim vi repellere omnes leges et omnia iura permittant; quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelae, non ad sumendam vindictam, sed ad iniuriam propulsandam*»: Decretales de Gregorio IX, libro V, título XII, c. 18.

del Derecho. Ello hasta el punto de que no se tenía claro en absoluto que fuera lícito matar a otro para proteger la propia vida.

27 La discusión más relevante sobre este punto sigue centrándose hasta hoy en la posición de Tomás de Aquino.[35] Esta ha sido interpretada por un sector de la doctrina en términos de permitir la legítima defensa de la propia vida que redunda en la muerte de otro, con base en la «doctrina del doble efecto» —*duplex effectus*— (*cfr. supra* capítulo 18/81; *infra* capítulo 26/86). En efecto, para esta posición lo decisivo es que el agredido no tenga intención de matar, sino solo de defenderse —*animus defensionis*—. Es decir, que la causación de la muerte del agresor constituya únicamente un efecto colateral,[36] aunque previsible, de su conducta defensiva. Así pues, si esta no es más lesiva de lo estrictamente necesario para defenderse, el hecho puede calificarse de «adecuado al fin» —*proportionatus fini*—,[37] un argumento que tiene una naturaleza claramente justificante.[38]

28 A partir de ese momento se tendió a afirmar la licitud de la legítima defensa, incluida la que redunda en la muerte del agresor, siempre que se ejerza frente a una agresión no provocada —*inculpata tutela*—, con moderación —*moderamen*— y sin la intención de matar.[39] En efecto, el juicio sobre la conducta defensiva se distinguía del relativo a la conducta del soldado frente al enemigo o la del policía en relación con el ladrón. Estas últimas, aun siendo intencionalmente lesivas, se justificaban precisamente por su orientación directa al bien común de la *polis*.[40] Pues bien, los tres requisitos mencionados proporcionan ciertamente el perfil básico de un derecho de defensa enmarcado en la búsqueda del bien común.

1.3. La tradición germánica

29 Frente a la tradición cristiana, la perspectiva germánica antigua se asentaba sobre una amplia posibilidad del recurso a la violencia privada como medio de autoayuda. Así, esta ni siquiera se ceñía a los contextos de agresión. Por el contrario, incluso tras la consumación del delito, constituía el vehículo de la administración de justicia privada, a través de la institución de la venganza de la sangre.[41] Esta fue, a su vez, muy influyente en el Derecho penal medieval español, como consecuencia de la introducción de costumbres germánicas por los visigodos.[42]

---

[35] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 64, a. 7.

[36] *Finnis* (1991), 56, 78.

[37] *Finnis* (1991), 97.

[38] En la actualidad, *Ronco*, RIDPP 2014, 799 ss.

[39] *Maksidis*, Journal of Catholic Legal Studies 57 (2018), 67 ss. Otro sector sostiene que Tomás de Aquino también justificó el caso en que el agredido pretende la muerte del agresor «como medio» para salvar su vida: *Miranda Montecinos* (2014), 47 ss.

[40] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 64, a. 7.

[41] *Lesch* (2000), 56.

[42] *Iglesias Río* (1999 b), 47 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 136 ss.

2. EL GIRO IUSRACIONALISTA: EL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Los juristas y los filósofos iusracionalistas —desde Locke hasta Kant— defendieron cada vez con más firmeza que la legítima defensa no tiene límites jurídicos.[43] Así, Kant rechazó con claridad que la moderación en la reacción fuera un requisito precisamente jurídico. A su juicio, tal moderación no viene impuesta por el Derecho, sino solo por la Ética.[44] Por lo tanto, quien reacciona de modo inmoderado no debe verse privado de la exención de responsabilidad jurídico-penal, sino que únicamente ha de recibir una tacha moral. La oposición entre este planteamiento y el anterior no puede ser más patente. En el modelo clásico, la pretensión de defensa debía ser especificada en relación con la obligación de mantener con vida a cualquier otra persona, aunque esta obre de modo contrario a Derecho. En cambio, el nuevo planteamiento parte de la rigidez de los derechos individuales y de su defensa. Es en este marco en el que se incluye la legítima defensa de la propiedad como un derecho natural ilimitado. Una clara presentación de este planteamiento se encuentra en la obra del hegeliano Berner.[45] En efecto, en esta construcción, la vida del agresor entra en el contexto de una ponderación objetiva y ya resuelta de antemano. En concreto, indicando que resulta lícito causar la muerte del agresor cuando ello es racionalmente necesario para salvaguardar la propiedad, aunque esta última sea de un valor insignificante. **30**

3. UN BALANCE

Las tendencias actuales en relación con la legítima defensa son reflejo de corrientes más profundas.[46] Por un lado, en la opinión pública y en la legislación positiva de las últimas décadas se advierte una clara disposición a mantener los términos de la legítima defensa e incluso a ampliarlos.[47] Esta tendencia, **31**

---

[43] *Renzikowski* (2020), 33 ss.; *Perdomo Torres* (2021), 17 ss.

[44] Aunque el argumento era psicológico, de motivabilidad, y parecía ceñirse a los casos de protección de la vida, en realidad era generalizable. Así: *Kant* (1797): «Los juristas creen que en el *statu naturali* el hombre debe moderarse en la medida en que sea justo para defenderse: es decir, *moderamen inculpatae tutelae*. Esto significa simplemente que no debo usar sin necesidad la máxima violencia cuando basta con una medida pequeña. Según las leyes de la ética esto es correcto. Pero según *iure stricto*, si alguien me amenaza de muerte, no se me puede obligar a respetarlo. En *iure naturae* no estoy obligado a usar un medio menos grave, de modo que *moderamen inculpatae tutelae* no se aplica aquí. Sin embargo, en el *statu civili* sí, pues el Estado puede exigirme un deber de no lesionar a otro. Ahora bien, si mi vida está en juego, el Estado no puede imponerme la ley de que me modere porque (1) los mayores castigos que el Estado me puede imponer no son mayores que los males que actualmente tengo. Por lo tanto, la ley no puede impedírmelo. Tal ley sería absurda». Sobre ello, *Pawlik* (2013), 3 ss.

[45] *Berner* (1848; 2020), 141.

[46] *Schroeder*, FS Maurach, 1972, 127 ss.; *Fastert* (2011); *Diamanti* (2020).

[47] En Estados Unidos ello ha pasado por dos fases. En primer lugar, por lo progresiva deconstrucción del deber de retirada del agredido («*legal duty to retreat*»), cuando ello era posible. El deber de retroceder o huir ha sido eliminado en virtud de las doctrinas de «*Stand-Your-Ground*». En los últimos

a su vez, puede enmarcarse en el populismo punitivo y en la conformación de un Derecho penal de la seguridad. En cambio, la doctrina propone de modo cada vez más claro la restricción, en los términos establecidos en la máxima clásica del ejercicio moderado —*moderamen*—. Ello vale en particular para los casos en que la defensa conduce a cometer un homicidio. Ahora bien, esta restricción no es coherente con la lógica liberal de los derechos que esa misma doctrina parece mantener, sino que solo puede explicarse razonablemente en términos sociales de bien común.

IV. LOS REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: LA AGRESIÓN ILEGÍTIMA

1. GENERALIDADES

32 La eximente del art. 20.4.° CP español contiene una metarregla que se concreta en una serie de requisitos. Mediante ellos se trata de resolver el conflicto de razones existente entre la pretensión de defensa del agredido o de quien le ayuda y la pretensión de indemnidad del agresor. Pues bien, tales requisitos son aplicables a las dos figuras dogmáticas que se integran en la eximente. Por un lado, a la causa de justificación de legítima defensa (como regla permisiva). Por el otro, a la defensa necesaria como causa de exclusión de la prohibición bajo pena. Estos requisitos se concretan en que debe existir una «agresión» que, a su vez, tiene que ser «ilegítima» y no haber sido «provocada» por el que se defiende. La reacción defensiva, por su parte, tiene que ser «necesaria» y, además, «racional».

2. LA AGRESIÓN

2.1. Los dos conceptos de agresión

33 El concepto jurídico-penal de agresión acoge dos grupos de casos distintos entre sí. Por un lado, la agresión puede aparecer como un acometimiento físico instantáneo —negación de la vida o de la integridad física y moral, esto es, de bienes intrínsecos—. Por el otro, cabe asimismo que la agresión consista en una negación de los derechos —del patrimonio o de otros bienes jurídicos— del agredido y que se prolongue en el tiempo. El art. 20.4.° CP español, que permite la legítima defensa de quien repele una agresión contra la persona o derechos propios o ajenos, recoge la concepción amplia.[48] A su vez, el propio Diccionario de la RAE admite las dos acepciones mencionadas: la primera, más descriptiva, de «acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación»; y la segunda, más normativa,

---

años, además, se propone por muchos que la legítima defensa se aprecie en la fase de instrucción, como una excepción procesal (una inmunidad), en lugar de tener que suscitarse como defensa afirmativa en el juicio oral.

[48] STS 1156/2010, de 28 de diciembre.

de «acto contrario al derecho de otro». En todo caso, ambas tienen una clara connotación individual.

La cuestión es si se debe tomar el acometimiento como el núcleo duro 34
de la legítima defensa. Pues bien, es cierto que en el acometimiento físico la defensa se hace imperiosa, puesto que difícilmente cabe huir o buscar la ayuda de terceros e incluso la proporcionalidad parece perder sentido. En cambio, a medida que la agresión abandona ese núcleo para enmarcarse en la segunda acepción, los supuestos derechos a no huir o a no buscar la ayuda de terceros, incluso la no exigencia de proporcionalidad pierde base fenomenológica. Por su parte, la noción de primacía de las instituciones adquiere aquí todo su sentido. Todo ello debe considerarse en el marco del requisito de la necesidad racional.

2.2. La comisión activa y la comisión por omisión

La agresión es una lesión de la relación interpersonal, que tiene el sentido 35
de una injerencia antijurídica en la esfera de otro. Es decir, constituye la lesión de un deber negativo. Ello incide, en primer lugar, sobre las injerencias que ni siquiera están revestidas de la cualidad de ser acciones. En efecto, un proceso causal realizado en ausencia de acción no constituye una agresión ilegítima. Por lo tanto, el afectado negativamente por dicho proceso no puede reaccionar en legítima defensa frente al foco humano de aquel peligro físico. En estos casos el sujeto «activo» es tan ajeno al proceso agresivo como quien lo sufre, de modo que cualquier reacción que se produzca debe someterse a las reglas del estado de necesidad. En realidad, frente a procesos que carecen de la cualidad de acciones ni siquiera es posible reaccionar en estado de necesidad defensivo (*cfr. infra* capítulo 20/17).

La doctrina dominante admite la agresión en comisión por omisión, por 36
lo que, coherentemente, cabe admitir también la agresión mediante la interrupción de cursos salvadores (*cfr. supra* capítulo 11/164).[49] En efecto, el empeoramiento —el incremento del riesgo— del bien jurídico que deriva de tal acto de interrupción constituye una agresión ilegítima a la esfera jurídica del sujeto beneficiario del curso salvador. Así pues, cabe que este último o un tercero en su ayuda reaccionen en legítima defensa —respectivamente propia o de tercero— contra la conducta de interrupción. Como puede observarse, el sector doctrinal que considera que la naturaleza jurídica de la interrupción depende del estatus jurídico del curso causal salvador —cumplimiento de un deber de garante, de un deber de socorro o acto supererogatorio— no puede alcanzar esta conclusión.

Según se ha expuesto, existen divergencias doctrinales en cuanto al alcance 37
del concepto de comisión por omisión. En efecto, un amplio sector doctrinal lo

[49] *Coca Vila*, ADPCP 2016, 99 ss.; *Wilenmann*, Ius et Praxis 23 (2017), 419 ss.

entiende de modo extensivo, mientras que otras opiniones los restringen. En lo que hace a la procedencia de la legítima defensa, en general no se discute el supuesto de comisión por omisión en virtud de la vulneración de deberes de organización.[50] Es decir, aquellos casos en los que el sujeto ha asumido de algún modo la neutralización de una fuente de riesgo. En este contexto, una posición restringe el alcance de las omisiones constitutivas de agresión a aquellas situaciones en las que el sujeto activo sigue manteniendo el proceso lesivo en su esfera de organización —con lo que la omisión constituye una vulneración actual del deber de aseguramiento—. En cambio, se rechaza que haya agresión cuando, transcurrida la fase del aseguramiento, el sujeto tiene todavía un deber de salvamento (por injerencia dolosa) y lo incumple. En efecto, la idea rectora es que tal deber de salvamento no se puede imponer a costa de sacrificios o riesgos inexigibles o desproporcionados. Así pues, tampoco cabría reaccionar contra dicho sujeto en legítima defensa, sino solo en estado de necesidad defensivo.[51] Sin embargo, esto es discutible. En efecto, en ocasiones el deber de salvamento es asumido por el garante mediante una plena organización libre —por ejemplo, en los casos de los socorristas o de los médicos de urgencias—. En ellos no parece razonable excluir que la omisión constituya una agresión ilegítima.

38 La doctrina ha acogido asimismo la tesis de que, en los casos de infracción de deberes positivos especiales, no cabe reaccionar en legítima defensa sino únicamente en estado de necesidad.[52] A este respecto, la razón que se esgrime es que la obligación de construir un «mundo en común» no puede ser exigida a costa de la «exclusión» que vendría dada por una reacción no limitada mediante criterios de proporcionalidad. En realidad, lo que ocurre es que, en general, la reacción defensiva racionalmente necesaria en tales casos consistirá en formas de injerencia relativamente débil en la esfera del agresor —así, coacciones, amenazas, afectaciones de la intimidad o alguna lesión con alcance intimidatorio—. Todo ello, con la finalidad de instar a realizar la prestación omitida. En cambio, otros actos dirigidos contra el omitente carecen de sentido pues le incapacitan todavía más para prestar la conducta debida. En fin, existe consenso en la doctrina española en cuanto a que la infracción de deberes de solidaridad —deberes positivos generales—, como la omisión de socorro, no constituye una agresión y, por lo tanto, no puede dar lugar a una reacción en legítima defensa por parte del afectado.[53] Así pues, en estos supuestos lo procedente sería, en su caso, una reacción del afectado a través del estado de necesidad defensivo. Sin embargo, es preciso tener en cuenta los límites de esta polémica institución (*cfr. infra* capítulo 20/20).[54]

---

[50] *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 135 ss.

[51] *Puppe* (2012), 254-255. En contra, *Palermo* (2006), 324 ss.

[52] *Palermo* (2006), 273 ss., 276.

[53] *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 143, 529; *Baldó Lavilla* (1994), 272; *Iglesias Río* (1999), 42 ss., 44.

[54] *Luzón Peña* (1978), 178 ss.

2.3. La exigencia de imputación subjetiva dolosa y de culpabilidad

39 La doctrina mayoritaria requiere que la agresión sea dolosa, desplazando la justificación de la reacción frente a «agresiones» imprudentes al ámbito del estado de necesidad defensivo.[55] En cambio, existe discusión en cuanto a si hay que requerir también la culpabilidad del agresor. Un sector de la doctrina la exige, sobre la base de que el agresor no solo tiene que estar en condiciones de afectar a los bienes del agredido como realidades empíricas, sino también de negar los derechos subjetivos del agredido.[56] Sin embargo, este argumento no puede aceptarse, pues hasta no saber si el agredido tiene derecho de defensa, este no ostenta un «derecho subjetivo» que proteger. Ahora bien, sí es cierto que la culpabilidad del agresor, innecesaria para constatar un peligro para los bienes, constituye la condición necesaria de un injusto auténticamente «personal» —de la antinormatividad de la conducta—.[57] Pues bien, sin este enfrentamiento con la norma que protege los bienes del agredido, no es posible admitir una reacción en legítima defensa. Por lo tanto, frente a las agresiones de un inimputable por enfermedad o trastorno mental, tanto si afectan a bienes intrínsecos como si se dirigen contra bienes extrínsecos, solo cabe reaccionar justificadamente en el marco del estado de necesidad defensivo.[58] Lo mismo sucede en los casos de agresiones en error invencible de prohibición (art. 14.3 CP español). De todos modos, debe reiterarse que es posible reaccionar contra ellas de forma no justificada, sino solo no prohibida bajo pena, mediante la eximente de «defensa necesaria».

40 El caso de los menores de dieciocho años, o incluso de catorce años, es más complejo. Así, un sector excluye las reacciones contra sus agresiones del ámbito de la legítima defensa.[59] Sin embargo, lo cierto es que la minoría legal de edad no prejuzga la culpabilidad del agresor. En este caso, puede tratarse de sujetos culpables, aunque no lo sean de modo relevante para el Derecho penal de adultos —carezcan de culpabilidad criminal—. Por lo tanto, si sus conductas afectan a bienes intrínsecos, es posible reaccionar justificadamente en legítima defensa. En cambio, si solo inciden sobre bienes extrínsecos, debe reiterarse lo señalado en cuanto a que es aplicable el estado de necesidad defensivo justificante y, ya sin justificación, la exclusión de la prohibición bajo pena con base en una «defensa necesaria». En fin, el caso de quienes llevan a cabo conductas no prohibidas bajo pena por razones objetivas o personales —el clásico estado de necesidad «exculpante»— resulta asimismo discutible.[60]

---

[55] *Puppe* (2012), 255.

[56] *Palermo* (2006), 289 ss.; *Sangero* (2006), 44 ss., 90 ss. Distinto, *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 201 ss., 306 ss., solo *de lege ferenda*, 309.

[57] *Frister*, GA 1988, 305 ss.

[58] En la tradición angloamericana: «*innocent aggressor*». *Alexander*, Wayne L. R. 33 (1987), 1187 ss.; *Otsuka*, Philosophy and Public Affairs 23 (1994), 74.

[59] *Engländer* (2008), 98 ss.; *Puppe* (2012), 256.

[60] *Garin*, InDret 1/2020, 336 ss., inclinándose por el estado de necesidad defensivo.

Sin embargo, es razonable que, en la medida en que son sujetos culpables, el criterio sea el mismo que se ha señalado a propósito de los menores que pueden ser reputados culpables.

41 Las denominadas «agresiones imprudentes» no dan lugar a legítima defensa. En efecto, las conductas imprudentes no suponen una negación directa del sujeto afectado por ellas. De hecho, no son conductas en sí mismas típicas, sino que su tipicidad se «condiciona» a la producción del resultado lesivo. Así pues, la reacción justificada frente a una agresión imprudente y culpable contra bienes intrínsecos debe ubicarse en el estado de necesidad defensivo.[61] Ahora bien, de modo adicional cabe reaccionar mediante la defensa necesaria no justificante.

2.4. Los bienes agredidos

42 La agresión puede afectar a bienes intrínsecos —el Código penal español alude a «la persona»— o a «derechos». Este último término debe ser entendido en el sentido de pretensiones —en expresión menos clara, derechos *pro tanto* o *prima facie*—. En efecto, ningún derecho —salvo los absolutos— está constituido de modo previo a la especificación de la correspondiente interrelación personal (*cfr. supra* capítulo 18/68; *infra* capítulo 21/7). Ahora bien, como se ha indicado, una defensa del patrimonio únicamente es legítima —justificante— si recae sobre bienes extrínsecos del agresor. Esto quiere decir que, en la práctica, opera *grosso modo* en los términos del estado de necesidad defensivo. Además, esto debe someterse a una corrección adicional a la luz del principio de subsidiariedad, en concreto, de la primacía de los procedimientos institucionalizados.[62]

43 Los bienes agredidos pueden ser propios o de un tercero, persona física o jurídica privada. En cambio, es común rechazar la posibilidad de una reacción en legítima defensa —de tercero— en los casos de «agresiones contra bienes supraindividuales», esto es, colectivos o estatales.[63] Ciertamente, ello no obvia el problema del caso límite, representado por la paralización estructural o incluso ocasional del Estado.[64] En este último supuesto, probablemente sea razonable admitir la posibilidad de una defensa legítima en los términos descritos de modo general.

3. LA DIMENSIÓN TEMPORAL DE LA AGRESIÓN

3.1. La exigencia de actualidad o inminencia

44 En el plano temporal, una agresión puede ser futura, inminente, actual o pasada. Además, en algunos casos cabe que se trate de una agresión per-

---

[61] *Palermo* (2006), 279 ss., 282-283. Distinto, *Luzón Peña* (1978), 179.

[62] La STS 328/2021, de 22 de abril, rechaza el efecto justificante de la defensa del patrimonio para amparar la injerencia en la esfera de intimidad de un trabajador.

[63] En cambio, en sentido positivo, *M.E. Mayer*, PG, 1915, 347 n. 14.

[64] *Bock*, ZStW 131 (2019), 555 ss.; *Lenk*, ZStW 132 (2020), 56 ss.

manente —por ejemplo, en los delitos permanentes o de peligro— o bien persistente. Sin embargo, la única agresión que da pie de modo indiscutible a una reacción en legítima defensa es la actual o inminente y, por añadidura, la permanente, que también es actual. Así pues, no cabe legítima defensa frente a una agresión pasada, sino que la reacción contra ella constituye un exceso extensivo. En efecto, no puede reputarse defensa, sino un acto de venganza o de retorsión, cuya justificación es muy excepcional. Igualmente, tampoco cabe legítima defensa frente a una hipotética agresión futura, de modo que carece de legitimidad la denominada defensa «preventiva» o «anticipada».

El recurso a la denominada legítima defensa preventiva es rechazado mayo- 45
ritariamente por la doctrina internacional de los conflictos armados, que es donde se ha discutido esta situación de modo más intenso. En realidad, la propia expresión es impropia, por mucho que exista el dicho popular de que «la mejor defensa es un buen ataque». Así, por ejemplo, los asesinatos selectivos de líderes terroristas no se pueden sostener sobre la base de una pretendida legítima defensa preventiva del Estado. Ciertamente, algunos sectores doctrinales del Derecho internacional no solo admiten una defensa actual, sino también la que opera de modo anticipado, lo que va más allá de los casos de inminencia del ataque.[65] A su juicio, esta solo se convertiría en ilícita cuando fuera una «legítima defensa preventiva»,[66] es decir, constituyera un «ataque preventivo» para debilitar al enemigo. Sin embargo, estas distinciones no pueden ser asumidas en el Derecho penal público-estatal.

Los problemas más recurrentes vienen dados por la agresión «inminente»,[67] 46
que es aquella que se mueve en la zona gris entre los actos preparatorios y el comienzo de la tentativa. En este punto existen tres modelos de solución: (i) si se acoge el denominado «modelo de la tentativa», debe excluirse la legítima defensa, que constituiría un supuesto ordinario de exceso extensivo; (ii) si se acoge un modelo alternativo, que prescinda de la simultaneidad entre agresión ilegítima y defensa, conformándose con que la reacción tenga lugar en atención a una «agresión ilegítima futura», la respuesta podría ser distinta, aun generando una gran inseguridad probatoria; en fin (iii) la tercera opción es desplazar el tratamiento de estos casos al estado de necesidad defensivo, partiendo de que el peligro exigido en esta institución no tiene que ser tan inmediato como el que requiere la legítima defensa.

3.2. El problema de las agresiones «permanentes»

Las agresiones permanentes pueden mostrar diversas variantes. Así, pueden 47
darse: (i) las propias de los delitos permanentes continuos, como las detenciones ilegales; (ii) las permanentes continuas o discontinuas —en delitos de

---

[65] En inglés, «*anticipatory*», «*pre-emptive*». Una descripción y crítica en *Silva Sánchez*, InDret 1/2017, 11 ss.

[66] En el sentido norteamericano del término inglés «*preventive*».

[67] *Baldó Lavilla* (1994), 284 ss.; *Iglesias Río* (1999), 141 ss.

peligro abstracto y concreto—; (iii) las permanentes *sui generis* —el caso del «tirano doméstico»—; y, en fin (iv) las agresiones persistentes —en delitos de estado y consumaciones anticipadas—. De todos estos supuestos, el más debatido es el caso del «tirano doméstico» o de la «mujer maltratada». En efecto, desde una perspectiva feminista, se ha sostenido que, en situaciones en las que una mujer sufre una situación de maltrato continuado por parte de su compañero sentimental —cónyuge o no—, debe apreciarse la existencia de una agresión permanente o persistente por parte del mencionado tirano doméstico.[68] Por su parte, un sector de la doctrina angloamericana hace hincapié en el síndrome que padece la mujer maltratada.[69] En todo caso, bajo una u otra denominación una posición doctrinal en ascenso afirma que, si se asesina al varón mientras este duerme, debe admitirse la concurrencia de una reacción defensiva justificada por legítima defensa.

48 Al respecto, los argumentos esgrimidos son de tres clases. Por un lado, se señala que en tales casos la mujer es víctima también, de modo simultáneo, de una agresión actual; por ejemplo, unas detenciones ilegales, unas amenazas, o la propia violencia habitual.[70] Por otro lado, que en situaciones así la agresión siempre puede ser inminente y que la mujer afectada es la única que puede apreciar con claridad este extremo.[71] En fin, que la mujer carece absolutamente de la posibilidad de defenderse mientras el varón está despierto.[72] Sin embargo, ninguno de tales argumentos es decisivo. En efecto, tal posición se basa en una extensión del concepto de actualidad de la agresión que pasa por su normativización axiológica, al margen de consideraciones tanto legales como de estructura conceptual. Sin embargo, si se priva al concepto de actualidad de su connotación temporal, entonces pierde su autonomía y pasa a depender del requisito de la necesidad racional de defenderse.[73] En efecto, la legítima defensa pasa a amparar toda conducta razonablemente necesaria para defenderse. Sin embargo, eso quiebra tanto el concepto como la regulación legal de la legítima defensa, que requieren específicamente que exista una agresión y que esta sea ilegítima.[74]

49 Lo anterior no pretende descartar radicalmente la posibilidad de que se dé una situación límite en la que se cumplan los requisitos de la legítima defen-

---

[68] En alemán: «*Haustyrann*». Los tribunales lo han rechazado: *Olmedo Cardenete*, CPC 82 (2004), 205 ss.

[69] En inglés: «*battered woman*». *Chiesa*, RP 20 (2007), 50 ss.

[70] *Larrauri/Varona* (1995); *Trechsel*, KritV 2000, 187; *Laurenzo Copello*, LH Luzón Peña, I, 2020, 738-739; *Olaizola Nogales*, LH Luzón Peña, I, 2020, 872.

[71] *Larrauri/Varona* (1995), 27.

[72] *Larrauri/Varona* (1995), 32 ss., 41; *Rueda Martín*, RGDP 40 (2023), 1 ss.

[73] El *Model Penal Code* norteamericano —§ 3.04 (1)— no requiere la inminencia de la agresión, sino simplemente que la reacción sea inmediatamente necesaria en la concreta ocasión. Además, debe tenerse en cuenta la línea doctrinal angloamericana según la cual el error intersubjetivamente invencible («razonable») sobre la causa de justificación puede tratarse como un equivalente de la concurrencia efectiva de esta. Ello determina una mayor aptitud para abarcar casos como estos. Así, *Finkelstein*, U. Pittsburgh L. R. 57 (1996), 647 ss.; en esta línea, *Correa Flórez* (2017).

[74] Así, *Ferzan*, Arizona L. R. 46 (2004), 213.

sa; es decir, no solo la agresión ilegítima, sino en particular, la imposibilidad de recurrir a procedimientos legales de protección. Sin embargo, de modo general debe acogerse la solución de la doctrina mayoritaria, que propone para estos supuestos una exención incompleta o atenuación de la culpabilidad, sin descartar que puedan darse casos de plena «exculpación».[75] Para ello cabe recurrir, en los países que siguen el modelo alemán, al estado de necesidad exculpante.[76] En cambio, en los de tradición hispánica debe optarse por el miedo insuperable (art. 20.6.° CP español). Por lo demás, una cuestión radicalmente distinta es que se sostenga que, dada la desprotección estatal de las víctimas de agresiones continuadas, el Estado punitivo pierde o ve reducida su capacidad de imponer una pena a dichas personas. Esta clase de argumentos debe examinarse en el marco del concepto de punibilidad en sentido amplio; sin embargo, dada la naturaleza del delito cometido —un *malum in se*—, el argumento no resulta plausible (*cfr. infra* capítulo 27/104).

4. LA ILEGITIMIDAD DE LA AGRESIÓN

4.1. La exclusión de las conductas justificadas

50 La exigencia de ilegitimidad de la agresión impide reaccionar en legítima defensa contra «agresiones» en riesgo permitido o justificadas. En efecto, una injerencia justificada debe reputarse, a los efectos del Código penal español, «legítima». En concreto, no es agresión ilegítima la actuación en legítima defensa propia o de tercero, como tampoco lo es la actuación en estado de necesidad justificante propio o ajeno (art. 20.5.° CP español); así, por ejemplo, el apoderamiento de un bien de propiedad ajena necesario para salvar la propia vida o la de otro. Por la misma razón, tampoco puede reputarse agresión ilegítima la actuación en cumplimiento de un deber ni en ejercicio «legítimo» de un derecho (art. 20.7.° CP español). En definitiva, no agreden ilegítimamente ni el funcionario de policía ni el funcionario penitenciario que actúan en cumplimiento de su deber, salvo obviamente en los casos en los que incurran en un exceso.

4.2. La exclusión de las conductas contrarias a Derecho, pero no penalmente típicas

4.2.1. Generalidades

51 Una reducción del alcance de la expresión legal que se asume mayoritariamente es que ha de tratarse de una agresión no solo antijurídica, sino en concreto típicamente antijurídica. Por tanto, no constituyen agresiones ilegítimas

---

[75] *Hillenkamp*, FS Miyazawa, 1995, 149 ss., 157 n. 87, 158; *Iglesias Río* (1999), 423 ss.; *Dressler*, Ohio St. J. C. L. 3 (2006), 457 ss.; *el mismo*, Marquette L. R. 83 (2010), 1475 ss. También la STS 152/2011, de 4 de abril.

[76] O a un exceso en la legítima defensa por miedo, terror o pánico, del § 33 CP alemán, que constituye también una causa de exculpación.

las que, aun contrarias a Derecho, son objetivamente atípicas.[77] Esto sucede en tres grupos de casos distintos. Por un lado, en los ilícitos civiles. En segundo lugar, en los ilícitos administrativos. En fin, en las conductas penalmente desaprobadas que todavía son atípicas, como los actos preparatorios —incluidas las conductas de participación en fase preparatoria— y las conductas imprudentes. Como ya se ha indicado, estas últimas son solo condicionadamente típicas, es decir, su tipicidad depende respectivamente del inicio de la ejecución o de la producción del resultado. Por eso, quedan excluidas del ámbito de las agresiones relevantes.

4.2.2. Los ilícitos extrapenales

52 El art. 20.4.° CP español señala que un ataque a los bienes solo es una agresión si constituye «delito». A partir de tal afirmación alguien podría sostener, *a contrario*, que respecto a la persona u otros derechos puede ser constitutiva de agresión ilegítima incluso una conducta no penalmente antijurídica; un ilícito civil, por ejemplo. Sin embargo, la interpretación histórica pone de relieve que tal expresión legal es simplemente un resto del régimen de la legítima defensa en el marco legal anterior al vigente, en el que las infracciones penales podían ser delitos o faltas. En ese contexto, pretendía excluir la legítima defensa frente a las faltas contra la propiedad. Ahora bien, despenalizadas las faltas en 2015, ya no tiene ningún sentido. Por tanto, no puede esgrimirse como argumento a favor de que las conductas atípicas den lugar a legítima defensa. Por otro lado, la reacción en legítima defensa frente a ilícitos civiles no es compatible con una reconstrucción de aquella figura en clave interpersonal que, además, pretende recuperar la tradición de la moderación en su ejercicio. En efecto, resulta abiertamente desproporcionado reaccionar con conductas típicas frente a hechos atípicos. Así pues, la restricción se desprende más bien del requisito de la necesidad racional de la defensa, puesto que es axiológicamente irrazonable defenderse frente a tales injerencias mediante la realización de conductas penalmente típicas. En este punto es obligado aludir a la vigencia del principio de primacía de las instituciones.

4.2.3. Las conductas preparatorias

53 La ilegitimidad de la agresión —su antijuridicidad típica— requiere que constituya una tentativa o un acto preparatorio explícitamente punible. Ahora bien, la noción de agresión inminente comprende tanto casos de tentativa como también los de actuaciones previas a esta. A este respecto, como se ha indicado, un sector doctrinal exige que la agresión inminente sea constitutiva de tentativa —esta es la «solución de la tentativa»—. En cambio, otro extiende el concepto a casos en los que la conducta no ha alcanzado todavía el comienzo

[77] *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 479 ss.

de la tentativa.[78] Para ello recurre al argumento de que la reacción en una fase anterior puede ser la única forma de neutralizar una agresión ilegítima posterior, que luego será inevitable —esta es la «solución de la defensa más eficaz»,[79] que puede denominarse también de la «defensa anticipada»—. Ciertamente, las conductas preparatorias ya son antijurídicas. Sin embargo, solo son condicionadamente típicas, de modo que pasan a serlo efectivamente en virtud del inicio de la tentativa.

Es cierto que, en ocasiones, existen agresiones no típicas, que si no son 54
repelidas de modo inmediato no podrán serlo en el futuro —o solo podrán serlo con un sacrificio muy superior de los bienes del agresor—. Sin embargo, a medida que se anticipa la valoración de una determinada conducta como agresión, se incrementa el riesgo de incurrir en errores al hacerlo. Dichos errores pueden afectar al elemento «agresión» en sentido estricto o bien a la racionalidad (temporal) del medio empleado para defenderse. Por lo tanto, en un contexto así tanto la huida, como el recurso a terceros —en particular, a la autoridad— y, en fin, el límite de la proporcionalidad, son decisivos. En definitiva, es razonable derivarlos al estado de necesidad defensivo —aunque haya «dolo», no es dolo típico—, con su regla de proporcionalidad.[80] En todo caso, los errores sobre la existencia de una agresión o sobre la racionalidad del medio empleado para defenderse constituyen modalidades del error sobre los presupuestos de hecho de la legítima defensa y deben ser tratados conforme a los criterios generales sentados más arriba para todas las causas de justificación (*cfr. supra* capítulo 18/100).

La tentativa inidónea, aunque es una infracción punible, no constituye 55
una agresión real *ex post*. Sin embargo, en el uso del concepto que aquí se ha seguido, constituye una conducta que muestra peligrosidad intersubjetiva *ex ante* (*cfr. supra* capítulo 15/92). Expresado de otro modo, da cuenta de una suposición errónea de peligro compartida intersubjetivamente *ex ante*. En un contexto así, la conducta defensiva no vulnera el contenido de la norma de conducta (*cfr. supra* capítulo 18/96).

4.3. Las definiciones legales de la «ilegitimidad»

La regulación del Código penal español contiene dos definiciones legales 56
de la «ilegitimidad» de la agresión. Su tenor es vinculante para los órganos judiciales, aunque estos últimos obviamente pueden y deben interpretar su contenido (*cfr. supra* capítulo 6/68). Una de ellas se refiere a la defensa de la intimidad. Así, se indica que «en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas». Al respecto, existe cierto consenso en interpretar que esto significa que no es

---

[78] *Molina Fernández* (2012), 29-30.

[79] *Roxin*, GS Tjong, 1985, 138-140.

[80] Próximo, *Roxin*, GS Tjong, 1985, 148.

agresión ilegítima la permanencia, contra la voluntad del morador, de quien entró debidamente en la morada.[81] Sin embargo, esto es extraño, por cuanto tal conducta sí es típicamente antijurídica. La otra definición, en cambio, se refiere a la defensa de la propiedad. Así, se señala que «en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes». Este enunciado legal pretendía, por un lado, excluir que las faltas contra la propiedad fueran reputadas agresión ilegítima. Por lo tanto, una vez derogadas tales infracciones, la mención carece de sentido. Ahora bien, por otro lado, establece que, si la agresión no comporta el deterioro o pérdida inminente del bien, sino que este es recuperable en sí o en su valor, como sucede en el caso de los bienes fungibles, no cabe reaccionar en legítima defensa. En realidad, el texto legal no se limita a señalar esto, sino que no existe ilegitimidad de la agresión. Así pues, de nuevo se trata de una restricción legal del concepto de ilegitimidad. Ciertamente, los derechos y bienes fungibles pueden ser recuperados en el marco del correspondiente procedimiento civil o penal dirigido contra el agresor.[82] Sin embargo, ello no obsta a que la conducta de este último sea típicamente antijurídica. Por lo tanto, el tema no es tanto la entidad de la agresión como la vigencia del principio de subsidiariedad y, en concreto, el carácter preferente del recurso a los procedimientos institucionalizados.

V. LA DEFENSA RACIONALMENTE NECESARIA

1. LAS CONDUCTAS DE DEFENSA

57 El término legal «obrar» —«el que obre en defensa»— comprende tanto la realización típica comisiva activa como las omisiones. Además, es axiológicamente razonable admitir, por excepcional que ello sea, la posibilidad de una legítima defensa por omisión y por interrupción de cursos salvadores. Así, por ejemplo, está justificado que un sujeto omita la prestación de socorro a quien, una vez rescatado, inmediatamente le intentaría matar. Ciertamente, en casos así se dan circunstancias de inexigibilidad que, en el caso de la omisión de socorro —de modo explícito— y en la comisión por omisión —en su concepción doctrinal mayoritaria—, excluyen la propia tipicidad penal de la conducta. Sin embargo, es importante subrayar que esta, más allá de su inexigibilidad teleológica, se halla justificada. Es decir, resulta conforme al ordenamiento jurídico en su conjunto. Una cuestión distinta es la relativa a si una reacción imprudente puede constituir una forma de defensa. Es decir, si la existencia de una agresión ilegítima justifica, en virtud de legítima defensa, una realización típica imprudente frente al agresor. Esto último se puede sostener *a fortiori* con respecto a la posibilidad de una reacción dolosa. En efecto, cabe que el agredido intente reaccionar a la agresión sin dolo —ni siquiera eventual— de

[81] *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 456; *Molina Fernández* (2012), 33.

[82] *Klesczewski*, FS Wolff, 1998, 225 ss.

lesionar al agresor, esto es, mediante una maniobra en principio atípica, que sin embargo redunde en la efectiva lesión de aquel.

2. LA NECESIDAD RACIONAL

2.1. Los supuestos de ausencia de necesidad

La conducta de legítima defensa debe ser absolutamente necesaria para 58
neutralizar la agresión.[83] De este modo, se advierte que tanto la legítima defensa justificante, como la defensa necesaria excluyente de la prohibición bajo pena, pertenecen al sistema de reacciones en situaciones de necesidad, en el que también se integran el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo (*cfr. infra* capítulo 20). Si la reacción no es necesaria, o no lo es la medida concreta de violencia empleada, no se dan los presupuestos de la justificación de la defensa, ni tampoco de su no prohibición bajo pena. Ciertamente, estas instituciones no constituyen medios de escarmentar al agresor ni a terceros agresores potenciales. Ahora bien, cabe que exista necesidad, pero que la reacción no sea «racional». En efecto, la necesidad de la defensa y su razonabilidad dan cuenta de dos criterios distintos. Así, la primera alude a una racionalidad instrumental, mientras que la razonabilidad da cuenta de una racionalidad valorativa. Es decir, de una «adecuación» de medio a fin.[84]

El principio de necesidad excluye amparar bajo la legítima defensa las reac- 59
ciones incapaces de neutralizar la agresión. En efecto, la reacción defensiva debe ser idónea *ex ante* para neutralizar la conducta del agresor. Ello significa que no están justificados por legítima defensa los actos de lesión de bienes jurídicos del agresor simultáneos a la agresión misma, pero incapaces de poner fin a esta. La agresión ilegítima no genera un «derecho de resistencia». Por la misma razón, tampoco constituye legítima defensa una retorsión simultánea, inidónea —por insuficiente o desviada— para neutralizar la agresión. Esta especie de supuesto ejercicio de un «derecho al pataleo» por parte del agredido, que se puede manifestar sobre todo en casos de agresiones permanentes u omisivas, no debe considerarse justificada, pues incumple los requisitos de la legítima defensa. Ciertamente, las conductas de venganza o retorsión simultáneas a la agresión podrían ser exculpadas en virtud de una hipotética causa supralegal de exculpación de reacciones iracundas, cuya construcción puede discutirse. Sin embargo, no pueden ser justificadas como conductas de legítima defensa.

La necesidad se concreta en la vigencia del principio de subsidiariedad, en 60
sus dimensiones externa e interna.[85] Así, en virtud de la primera dimensión, el agredido tiene el deber de soportar tanto pequeños actos de violencia

[83] *Jiménez Díaz*, CPC 129 (2019), 33 ss.

[84] *Greco*, GA 2018, 665 ss.

[85] *Sengbusch* (2008).

como pérdidas indemnizables. Además, tampoco puede repeler lícitamente mediante una defensa privada aquellas agresiones que se pueden conjurar mediante procedimientos estatales institucionalizados.[86] Tal recurso a las vías institucionales —en concreto, a la policía y a los órganos judiciales— parece posible siempre que la agresión no sea instantánea, de modo que exista tiempo para neutralizarla. En cuanto al principio de subsidiariedad interna, este requiere que los medios más incisivos de defensa cedan frente a otros menos drásticos cuando estos últimos sean suficientes para la repulsión de la agresión.

61 La riña mutuamente aceptada excluye, según una doctrina consolidada, la posibilidad de una actuación justificada en legítima defensa.[87] Con todo, cabe ciertamente discutir cuál es la razón: (i) la ausencia de una agresión ilegítima, en virtud de la aceptación de la riña; (ii) la ausencia de necesidad de defensa, por la vulneración del principio de subsidiariedad; o (iii) la existencia de una estructura de provocación recíproca cualificada, incompatible con la asimetría que es propia de la situación de legítima defensa.[88]

2.2. La racionalidad del medio

2.2.1. Planteamiento

62 Cualquier defensa idónea y subsidiaria es racional en los casos de agresiones contra bienes intrínsecos. En cambio, en las agresiones contra bienes extrínsecos solo es racional la defensa que no afecte a bienes intrínsecos del agresor. Este criterio se expone aquí siguiendo la demarcación fijada desde el principio del capítulo. Por su parte, la doctrina dominante también aborda el mismo problema, de uno u otro modo, sobre la base de la fuerte intuición de que no es posible justificar la causación dolosa de la muerte de otro en defensa del propio patrimonio. Al respecto, es cierto que la tradición alemana sostenía: (i) que es racional defender la propiedad con medios que ponen en peligro la vida del agresor; (ii) que nunca es exigible la huida; y (iii) que la defensa no es subsidiaria a la posibilidad de recurrir al auxilio de la autoridad o de reclamar ulteriormente frente al agresor.[89] Sin embargo, los tres criterios deben ser rechazados y, de hecho, la doctrina alemana contemporánea tiende a alejarse progresivamente de ellos. Por su parte, la tradición hispánica siempre los contempló con recelo. Es más, en España se asumió la doctrina clásica de la proporción entre los medios agresivo y defensivo que se recoge, con matices, en la fórmula legal del art. 20.4.° CP. Esta establece que uno de los requisitos de la legítima defensa es «la racionalidad del medio empleado para defenderse».

---

[86] *Robles Planas* (2018), 177 ss.

[87] *Molina Fernández* (2012), 28-29.

[88] *Mañalich* (2013), 264 ss.

[89] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 348-349.

Solo es razonable poner en peligro la vida ajena para defenderse de una agresión que se integre en el núcleo de los delitos *mala in se*. Por tanto, las agresiones violentas o gravemente intimidatorias contra la vida, la integridad física o moral y, en algunos casos, la libertad, constituyen el ámbito de conductas que razonablemente justifican la legítima defensa. Ahora bien, este problema puede abordarse atendiendo a los tres aspectos esenciales de la teoría de la legítima defensa: (i) la ilegitimidad de la agresión; (ii) la doctrina de la primacía de las instituciones; y (iii) la doctrina de las restricciones ético-sociales. La cuestión relativa a la ilegitimidad de la agresión ya se ha examinado. Por tanto, ahora procede considerar las otras dos doctrinas mencionadas. 63

2.2.2. La primacía de los procedimientos institucionalizados

2.2.2.1. La intervención de los agentes de policía

La eximente del art. 20.4.° CP español no comprende solo la defensa de la «persona» propia o ajena, sino también de los «derechos» propios o ajenos, lo que suscita la cuestión de la legítima defensa de la propiedad. Pues bien, como se ha indicado, la reacción defensiva frente a la agresión es subsidiaria frente a otras opciones aptas para salvaguardar los bienes. En particular, debe ceder ante la posibilidad de recurrir a los procedimientos institucionalizados, que gozan siempre de primacía. Por lo tanto, no cabe legítima defensa si es posible acceder a la protección de los agentes de la autoridad, capaces de neutralizar la agresión. En cambio, es más compleja la relación de subsidiariedad de la defensa legítima con respecto a los procedimientos judiciales. 64

2.2.2.2. La incoación de procedimientos judiciales

2.2.2.2.1. Las medidas cautelares

La prevalencia de los procedimientos institucionalizados determina que, en el caso de que sea posible solicitar la adopción judicial de medidas de protección, deba recurrirse a esta vía. Ahora bien, lo que debe valorarse aquí no es la posibilidad de obtener a medio o largo plazo una sentencia favorable contra el agresor, que además puede ser difícil por razones de prueba. Tampoco es relevante la posibilidad de conseguir la ejecución de los pronunciamientos civiles de dicha sentencia, que asimismo puede ser imposible por razones de insolvencia del demandado o querellado. En efecto, el ejercicio de la legítima defensa de la propiedad no pasa a ser subsidiario en virtud de la mera expectativa de obtener reparación o castigo, sino únicamente por la existencia de medios institucionalizados de protección del patrimonio. A su vez, estos solo pueden venir dados por la posibilidad real de adopción inmediata de medidas cautelares o de otros procedimientos sumarios que pongan fin a la agresión antijurídica —por ejemplo, los interdictos—. 65

66 El problema radica en que la neutralización de la agresión mediante la adopción de medidas cautelares por parte del órgano judicial respectivamente competente no siempre es inmediata. Por tanto, la subordinación de la legítima defensa del patrimonio a la posibilidad de recurrir a procedimientos judiciales de protección de eficacia incierta es discutible.[90] En efecto, requiere fundamentar por qué se impone al agredido un deber de soportar la agresión, de modo que si opta por defenderse pueda cometer un hecho antijurídico.[91] Además, la argumentación en este punto debe ser compatible con el alcance de la figura legal de la autotutela, es decir, la ausencia de castigo de la realización fáctica del propio derecho, salvo cuando se recurre a vías violentas o intimidatorias (art. 455 CP español) (*cfr. infra* capítulo 21/144).

2.2.2.2.2. Las distinciones necesarias

67 Así las cosas, por un lado, (i) no es lícito lesionar bienes intrínsecos del agresor en defensa de la propiedad, aunque la alternativa sea incluso no recuperar el activo patrimonial; *a fortiori*, no lo es si la cosa se puede recuperar.[92] Un ejemplo es el de la expulsión violenta de los ocupantes ilegales de un inmueble. En efecto, esta última solo podría constituir un caso de exclusión de la prohibición bajo pena, fundada en el tenor literal del texto, que alude al riesgo de deterioro inminente del bien. Con todo, la conducta defensiva del agredido no generaría en los ocupantes una situación de legítima defensa ni de defensa necesaria, pues la conducta de ocupación habría constituido a su vez una provocación de la «agresión», es decir, de la defensa violenta (art. 20.4.° CP requisito tercero). Ahora bien, tal conducta defensiva violenta del agredido sí puede ser impedida por los agentes de la autoridad.

68 En cambio (ii) es lícito lesionar bienes extrínsecos del agresor en defensa de bienes infungibles. En fin, (iii) en el caso de bienes fungibles, según el tenor del Código penal español no sería lícita ninguna defensa por falta de agresión ilegítima, dada la ausencia de un riesgo de pérdida inminente. Pues bien, esto es claro cuando tales bienes se encuentran asegurados y, por lo tanto, su importe se puede recuperar de modo razonablemente rápido. Ahora bien, la literalidad del texto parece extenderlo a otros casos de posible recuperación de su valor —por ejemplo, en la vía judicial—. Además, parece que ello debería extenderse a los derechos patrimoniales monetizables. El argumento implícito en este caso no sería la falta de ilegitimidad de la agresión, sino de subsidiariedad de la defensa cuando es posible recuperar el bien a través de los procedimientos judiciales. En realidad, este puede ser uno de los proble-

[90] En sentido favorable, *Robles Planas* (2018), 190, siempre que los procedimientos existan y sean eficaces; y que los bienes sean reemplazables.

[91] En principio, el agresor no podría tampoco defenderse con respecto a esa «agresión» del agredido, pues la habría provocado suficientemente.

[92] Próximo, *Robles Planas* (2018), 191-192.

mas más frecuentes; a saber, las lesiones típicas de la libertad, de la intimidad informática, o del patrimonio del agresor para proteger el patrimonio del agredido. En particular, este escenario se suscita en los casos de defensa de la propiedad industrial e intelectual, así como del secreto de empresa, mediante la injerencia en la esfera privada del directivo o empleado infieles. Un ejemplo relativamente próximo es el del médico que advierte cómo la empresa para la que trabaja realiza implantes estéticos de inferior calidad a la reflejada en las facturas. Para acreditarlo procede a fotocopiar historias clínicas de varias clientes —no todas pacientes suyas— e interpone una denuncia aportándolas como prueba.[93]

69 La doctrina de los procedimientos institucionalizados constituye un mecanismo a favor de la resolución pacífica de los conflictos, atribuida al Estado. Sin embargo, en aquellos casos en los que el procedimiento establecido no conlleva una solución efectiva del problema, sostener que el agredido que reacciona de modo defensivo realiza una lesión antijurídica del bien del agresor resulta excesivo. No en vano, la propia existencia de una agresión antijurídica pone de relieve que el Estado no ha conseguido la protección preventiva de los bienes del agredido. En definitiva, la legítima defensa del patrimonio mediante reacciones que no afecten a bienes intrínsecos del agresor debe ser posible. La única excepción a ello es la existencia de un procedimiento legal que garantice realmente la protección del patrimonio amenazado, de forma rápida y razonablemente segura. Solo en tal caso, además, puede afirmarse que los bienes no se encuentran en riesgo de deterioro o pérdida inminente. Por lo demás, la existencia de un procedimiento eficaz —aunque se oponga a la apreciación de una legítima defensa justificante—, en general no puede desvirtuar la estimación de una defensa necesaria eximente de pena. En fin, cuando la agresión es extraterritorial, la existencia de procedimientos institucionalizados en el territorio no parece ofrecer una base suficiente para la limitación de la legítima defensa. Así pues, el afectado puede repeler lícitamente la conducta del agresor externo mediante una reacción contra los bienes de este. Un ejemplo relevante es el de los ciberataques que amenazan con la destrucción de datos o directamente lesionan la propiedad intelectual del agredido. Por tanto, en estos casos, la defensa mediante la contratación de un pirata informático[94] para destruir la fuente de la que proceden los ciberataques es legítima.

70 El principio de subsidiariedad externa determina también que la defensa legítima sea subsidiaria con respecto a la huida de la agresión. En cuanto a la subsidiariedad interna, esta establece la obligación de recurrir de modo preferente, de entre todos los medios de defensa eficaz racionalmente necesarios, a aquellos que sean menos invasivos. Sentado esto, quien infringe dicha obligación incurre en un exceso intensivo en la legítima defensa.[95]

---

[93] *Ragués i Vallès,* InDret 3/2015, 1 ss.

[94] Un jáquer (en inglés: «*hacker*»).

[95] *Puppe* (2012), 252.

2.2.3. *El problema de los dispositivos automáticos de defensa*

71 Lo señalado hasta aquí plantea problemas en los casos de los dispositivos estáticos de defensa. Estos comprenden desde los cristales adheridos a los muros, hasta las vallas electrificadas o los perros sueltos. Todos ellos pueden causar lesiones corporales incluso graves —o la muerte— a quien intenta acceder a una propiedad privada. Ahora bien, los problemas se hacen todavía más evidentes a propósito de los dispositivos automáticos de defensa —clásicamente denominados *offendicula*—.[96] En efecto, los disparadores automáticos de ballestas o armas de fuego pueden ser todavía más irracionalmente drásticos frente a un supuesto agresor. Ciertamente, cuando opera uno de estos dispositivos, no cabe duda de que algo sucede de modo actual, pues la que activa el mecanismo es una conducta supuestamente agresiva. Sin embargo, un primer problema de los dispositivos automáticos es que no distinguen entre agresiones y conductas fenomenológicamente próximas —pero accidentales, o justificadas, o llevadas a cabo por menores— que los desencadenan. Por lo demás, la cuestión no se refiere solo a la posible ausencia de una agresión ilegítima. En efecto, aunque esta última exista, lo fundamental es si el medio empleado para defenderse resulta racional. Desde luego, no cabe afirmar de modo general que lo sea. En la actualidad cabe pensar en el recurso a mecanismos con procesamiento artificial de información —a robots defensivos—, que sin duda pueden ser más distintivos que los medios tradicionales. Con todo, lo razonable es establecer dispositivos de alarma, incluso con comunicación a la policía o a una empresa de seguridad, en lugar de mecanismos automáticos de defensa. Por lo tanto, estos últimos vulneran por regla general el principio de subsidiariedad.

2.2.4. *La legítima defensa grupal organizada*

72 Uno de los debates jurídico-políticos en las sociedades contemporáneas versa sobre la tolerancia estatal de ciertas formas de violencia de particulares, que supuestamente contrastaría con el rechazo de la adopción de medidas de autodefensa ciudadana.[97] Así planteado, el tema no es de Derecho penal, sino de teoría del Estado y de filosofía política. Ahora bien, lo cierto es que la configuración de patrullas vecinales de vigilancia o de autodefensa preventiva es un fenómeno real —coyuntural o permanente— en muchas partes del mundo. De hecho, las expresiones «vigilante» o «vigilantismo» —de origen español, pero que se utilizan en diferentes lenguas—[98] designan esta forma privada de prevención del delito. Pues bien, estas no se pueden identificar de modo genérico ni automático como una forma de la institución jurídico-penal de la legítima defensa. Por lo tanto, cualesquiera hechos típicos que se

---

[96] *Kunz*, GA 1984, 539 ss.; *Iglesias Río* (1999), 210 ss.

[97] *Isensee* (2014), 94 ss.

[98] En inglés se utiliza la expresión «*vigilantism*» como equivalente de «*neighbourhood watch*».

cometan en este contexto deben ser cuidadosamente examinados conforme a los requisitos generales de la institución.[99]

2.3. El debate sobre las limitaciones «ético-sociales» de la defensa

2.3.1. El contexto

73 Como se ha indicado, la tradición alemana en relación con la legítima defensa no exige la proporcionalidad de la reacción defensiva en relación con la agresión. Sin embargo, también se ha añadido que esta visión resulta incompatible con una fundamentación de la institución que parte de que constituye una delegación del Estado en aras del bien común. Ello requiere, como condición necesaria, aunque no suficiente, el respeto del criterio de la proporcionalidad. Por lo tanto, de entrada, impide justificar la causación dolosa de la muerte de un tercero en defensa de la propiedad. La doctrina actual sobre este punto se va aproximando a conclusiones similares a esta por caminos directos o indirectos.[100]

2.3.2. La doctrina de las restricciones ético-sociales

2.3.2.1. Planteamiento

74 La doctrina de las restricciones «ético-sociales» —difundida en el último tercio del siglo XX—[101] recogía una noción inherente a la concepción doctrinal clásica sobre la legítima defensa. A saber, el que esta deba llevarse a cabo con moderación —*moderamen*—. Para ello partía del doble fundamento individual y supraindividual de la legítima defensa, tratando de identificar los casos en los que disminuye la necesidad de protección de los bienes o bien de reafirmación del ordenamiento jurídico. Con base en tal criterio teleológico, se excluía que la defensa pueda ser legítima frente a agresiones insignificantes, de inimputables o de sujetos en error, así como contra agresiones provocadas. También, en el caso de agresiones producidas en el marco de relaciones de garantía, como las de los cónyuges entre sí.[102] Finalmente, se rechazaba asimismo que fuera legítima una defensa manifiestamente desproporcionada.

75 En las legislaciones que no contienen ninguna referencia a la moderación de la defensa, la doctrina de las restricciones ético-sociales puede conducir a practicar la reducción teleológica de un precepto permisivo. Es decir, a adoptar una técnica interpretativa polémica (*cfr. supra* capítulo 6/94). De ahí que esta

---

[99] *Iglesias Río* (1999), 286 ss.

[100] *Schroeder*, FS Maurach, 1972, 127 ss.; *Bitzilekis* (1984); *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290 ss.; *Sánchez García de Paz*, PJ 35 (1994), 299 ss.; *Iglesias Río* (1999), 169 ss., 235; *el mismo*, LH Huerta Tocildo, 2020, 480-481; *Struensee*, CPC 92 (2007), 127 ss.; *Bülte*, GA 2011, 145 ss.; *Greco*, GA 2018, 665 ss.; *Frisch*, Revista de Estudos Criminais 77 (2020), 7 ss.; *V. Haas* (2020), 211 ss.; *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 181 ss.

[101] *Roxin*, CPC 17 (1982), 297 ss.; *el mismo*, AT, I, 4.ª, 2006, 15/1 ss.

[102] Crítico *Wohlers*, JZ 1999, 434 ss., 440; *Montaner/Ortiz de Urbina*, GA 2013, 641 ss.

posición haya contado tanto con defensores[103] como con detractores.[104] Estos últimos han esgrimido la necesidad de extender las garantías del principio de legalidad y del mandato de determinación a las causas de justificación, en la medida en que estas codeterminan los espacios de libertad de actuación. En esta línea han afirmado que la reducción teleológica de las causas de justificación no es compatible con el principio de legalidad, sino que equivale a una analogía *in malam partem*.[105] Sin embargo, lo cierto es que cabe discutir si la doctrina mencionada hace necesario recurrir a la reducción teleológica del precepto legal correspondiente o basta con la interpretación restrictiva en sentido estricto, que resulta admisible sin más.

2.3.2.2. Los espacios de consenso y de disenso

76 En lo que hace al contenido de la doctrina de las restricciones ético-sociales, con independencia de si se asume la terminología y el método que esta preconiza, existe cada vez mayor consenso en la doctrina. Así, se admite en general que no cabe defensa legítima en casos de muy extrema desproporción, la mayoría de los cuales tienen que ver con la defensa de bienes patrimoniales. Del mismo modo, existe amplio acuerdo en restringir las posibilidades de defensa frente a inimputables o a sujetos en error, o en caso de previa provocación de la agresión. Así, en el caso de la extrema desproporción, una argumentación alternativa recurre al criterio rector de la subsidiariedad de la defensa —que impondría el deber de soportar la pérdida del bien patrimonial—, de modo que la reacción defensiva constituiría un abuso de derecho.[106]

77 Frente a lo anterior, un sector de la doctrina contemporánea, desde una perspectiva individualista, ha relativizado las restricciones de la legítima defensa por grave desproporción.[107] En efecto, este planteamiento liberal-institucionalista sostiene que el defensor que se excede, incumpliendo tales restricciones, comete algo similar a un delito de omisión del deber de socorro. Como se ha indicado, este planteamiento lleva a cabo la actualización de la tesis de Kant de que la moderación de la legítima defensa constituye una exigencia de virtud —de solidaridad—. Por lo tanto, una vez juridificado tal deber de solidaridad, sostiene que una defensa inmoderada tiene que considerarse infractora únicamente de dicho deber —de un deber de «fomento»—.[108] La conclusión es que la defensa inmoderada, aunque dé lugar a matar a alguien, solo genera responsabilidad a título de una omisión del deber de socorro.

---

[103] *Lenckner*, GA 1968, 1 ss.; *Iglesias Río* (1999), 320 ss.

[104] Desde perspectivas distintas, *Kratzsch* (1968); *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1991, 903 ss.; *Renzikowski*, (1994); *Erb*, ZStW 108 (1996), 279; *Luzón Peña* (2.ª, 2002), 562 ss., para quien una interpretación restrictiva del concepto de agresión ilegítima desempeña la misma función.

[105] *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1991, 920 ss., 924, 926 ss.; *Erb*, ZStW 108 (1996), 294 ss.

[106] *Puppe* (2012), 260.

[107] *Pawlik* (2012), 245 ss.

[108] *Pawlik* (2012), 247-248.

Viceversa, que a quien se comporta «solidariamente», renunciando a ejercer su derecho a matar, el Estado le debería indemnizar.

78 Aquí no se comparte tal construcción. En realidad, las llamadas restricciones ético-sociales o «ético-jurídicas» no son restricciones externas de un derecho de defensa que existiera previamente al margen de ellas. Por el contrario, la pretensión de defenderse no constituye todavía un derecho, sino que, para serlo, requiere su previa especificación, mediante su encuadramiento en el marco de una solución justa ordenada al bien común. Así, tales restricciones del derecho a la defensa no son límites, sino que co-constituyen la defensa propia como legítima. Además, su naturaleza no es ético-social, sino jurídico-política. En efecto, como se ha indicado, la defensa legítima tiene su fundamento jurídico-político en el bien común. Este, por su parte, no puede permitir que se mate o se lesione a otro para defender un bien fungible. Así, una vez especificado el derecho conforme al bien común, se llega a una construcción de la legítima defensa que resulta distinta del planteamiento liberal-individualista, por matizado que este sea. Por lo tanto, la reacción desproporcionada del agredido —en los términos ya apuntados y que se concretarán más adelante— no constituye la mera infracción de un deber de «fomento». Tal conducta, si causa la lesión de un bien personal para defenderse de una agresión patrimonial es, como mínimo, la lesión de un deber de gravedad intermedia (de organización débil). Sin embargo, esta debe equipararse en sus consecuencias a la infracción de un deber negativo —de organización plena—, aunque con la aplicación de una atenuación. En definitiva, el agredido que obra así, si su conducta no se ve amparada por otras disposiciones, responde por el resultado lesivo que cause al agresor, con una eximente incompleta o con una atenuación analógica a esta.

79 Subsisten discrepancias doctrinales a propósito de la limitación de las reacciones defensivas que tienen lugar en contextos familiares.[109] Desde luego, la existencia en el agredido de una posición de garantía de protección con respecto al agresor añade un argumento más para la moderación de la reacción defensiva. Así, la reacción defensiva de un padre frente a la agresión de su hijo menor debe ser adicionalmente moderada; y otro tanto sucede en cuanto a la reacción de un hijo frente a la agresión de su padre. En realidad, el caso realmente polémico es el de las agresiones producidas en el marco de relaciones conyugales o análogas a estas. En este punto la doctrina tiende a pensar en agresiones físicas o atentatorias de la integridad moral; sin embargo, procede no olvidar que existen otras agresiones, relativas a la propiedad o a la intimidad, frente a las que lo razonable es extremar la moderación de la reacción.[110]

80 La cuestión de si debe considerarse la actitud anímica del agredido en cuanto a la elección del medio menos lesivo, como contenido del principio de subsidiariedad interna, es objeto de discusión. Ciertamente, la jurispru-

[109] Matizando, *Wohlers*, JZ 1999, 434 ss., 440; *Ortiz de Urbina/Montaner*, GA 2013, 641 ss. En sentido negativo, *Perdomo Torres*, InDret 1/2008, 1 ss.; *Grünewald*, FS Sancinetti, 2020, 433-434.

[110] *Iglesias Río* (1999), 428.

dencia española ha considerado en ocasiones que no cabe exigir una serena y reflexiva elección de los medios por parte del agredido en el momento de la defensa.[111] Ahora bien, por un lado, esto solo es aplicable a los casos en los que la agresión tiene lugar mediante un acometimiento físico sorpresivo, sin afectar a los supuestos de agresión a los derechos. Por lo demás, la valoración de tal situación no es propia de la justificación, sino que más bien se refiere a posibles excesos que deberían conducir a excluir la prohibición bajo pena de la conducta, esto es, a su exculpación.[112]

VI. LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE

1. GENERALIDADES

81 La falta de provocación suficiente de la agresión por parte del que se defiende constituye un requisito clásico de la legítima defensa, que deriva de su cualidad histórica de forma de *inculpata tutela*.[113] En efecto, la previa provocación de la agresión por parte del agredido altera la interrelación entre este, como defensor, y su agresor. Por tanto, si tal provocación se considera «suficiente»,[114] el agredido no puede reputarse ajeno a la agresión y, a su vez, el agresor ve disminuida la medida de su responsabilidad por aquella. De conformidad con esta idea, la falta de provocación suficiente constituye uno de los requisitos legales de la legítima defensa en muchas legislaciones positivas, entre ellas la española (art. 20.4.°, tercero CP) y varias de las iberoamericanas. Ahora bien, también es cierto que en otros sistemas legales no se hace mención expresa a ella. Por su parte, en la doctrina este requisito es objeto de controversia y un sector se muestra incluso crítico sobre su relevancia.[115]

82 La provocación constituye una injerencia motivacional en el esquema de fidelidad al Derecho de otra persona. Ciertamente, en sí misma no constituye una causa de justificación de la reacción contra el provocador, puesto que existe un deber genérico de resistir provocaciones ajenas. Sin embargo, la provocación tiene algunos efectos. En concreto, puede incidir de modo más o menos relevante —según las legislaciones— sobre la responsabilidad del provocado, cuando este reacciona contra el provocador. En este punto, su fundamento es un criterio de exigibilidad disminuida. Así, si la provocación ha llegado a ser una agresión —cuya actualidad ya ha pasado— algunos sistemas prevén específicamente la posibilidad de un exceso —en el caso, extensivo— en la legítima defensa por miedo, terror o pánico. En otros, se

---

[111] STS 900/2004, de 12 de julio.

[112] Distinto, *Vera*, Ius et Praxis 25 (2019), 261 ss., proponiendo la consideración del problema en la justificación.

[113] *Ferzan*, CL&Phil 7 (2013), 597 ss.; *Hecht*, CL&Phil 13 (2019), 165 ss.

[114] La jurisprudencia considera suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera determinado a una reacción agresiva: STS 2442/2001, de 18 de diciembre.

[115] *Puppe* (2012), 259, la reputa demasiado inconcreta, sin necesidad práctica ni legitimación ético-jurídica, con crítica a los códigos español, argentino (art. 34.6) y chileno (art. 10.4).

prevé de modo expreso una atenuante genérica de provocación, aunque el sujeto reaccione con frialdad de ánimo. En fin, en otros se requiere que el provocado haya sufrido, además, como consecuencia de la provocación, algún tipo de alteración emocional; esta es la interpretación jurisprudencial, en la legislación española, de la atenuante de arrebato u obcecación (art. 21.3.ª CP).[116] Todo esto significa que la provocación debilita también la posición jurídica de quien la lleva a cabo.

La conducta de provocación puede ser dolosa o imprudente. Sin embargo, 83
tiene que ser necesariamente ilícita. Por lo tanto, las conductas permitidas, aunque estas se sientan como una provocación por parte del sujeto afectado por ellas y este, a su vez, agreda al «provocador», no dan lugar a la restricción de las facultades de defensa de este último. Igualmente, caben provocaciones exculpadas, que es dudoso que estén abarcadas en el requisito tercero del art. 20.4.° CP español. En definitiva, una provocación «suficiente» tiene que ser adecuada *ex ante* para dar pie a la agresión, injustificada y, en fin, ser imputable al provocador.

2. LOS MODELOS DE SOLUCIÓN

2.1. Planteamiento

El requisito de ausencia de provocación suficiente constituye una mani- 84
festación concreta del problema general de la provocación de una situación justificante.[117] Aplicado a la legítima defensa, el problema puede ser abordado desde cuatro perspectivas teóricas distintas. Así, una primera (i) es la doctrina de la irrelevancia, según la cual el provocador debe responder por el contenido específico de su conducta de provocación, sin perder por ello su habilitación para defenderse tras ser agredido. Así pues, el sujeto provocador, agredido luego por el provocado, puede reaccionar a la agresión en legítima defensa plena.[118] Por su parte, la segunda (ii) sostiene que el defensor provocador pierde el amparo de la eximente, aunque pueda recibir una atenuación relevante de pena, a través de la eximente incompleta de pena. En cambio, la tercera (iii) admite que el que provoca de modo suficiente la agresión se pueda defender luego, aunque solo en los términos del estado de necesidad defensivo.

La cuarta propuesta (iv) muestra un cierto paralelismo con la primera en 85
el sentido de que el provocador no pierde el derecho a la legítima defensa, sino que solo responde por la conducta precedente. Sin embargo, sostiene la posibilidad de establecer un vínculo de imputación objetiva entre la conducta

---

[116] La concurrencia de una —en terminología angloamericana— «*comparative fault*» de la víctima —en este caso, del agredido provocador— explica la eximente alemana de exceso en la legítima defensa, así como las atenuantes de provocación que existen en la legislación comparada, e incluso la reducción que practica la jurisprudencia española de la atenuación con base en estados pasionales.

[117] *Riggi* (2010), 183 ss.

[118] *Robinson*, Virginia L. R. 71 (1985), 1 ss.; *Alexander*, CL&Phil 7 (2013), 623 ss.

previa del provocador —como conducta desaprobada— y el resultado lesivo producido finalmente sobre el agresor provocado.[119] Esta es la doctrina de la *actio illicita in causa* —acción ilícita en su causa—, utilizada por primera vez ya en el siglo XX, para designar el supuesto paralelismo entre esta estructura propia de la justificación y de aquella en el ámbito de la culpabilidad.[120] Con todo, esta no puede reconducirse sin más a la doctrina clásica de la *actio libera in causa*. En efecto, una corriente doctrinal relevante sostiene que el paralelismo entre ambas es solo aparente, pues se trata de dos ámbitos categorialmente distintos. La razón esgrimida es que la doctrina de la *actio illicita* se refiere a las normas de conducta y la de la *actio libera*, en cambio, a las reglas de imputación. Así, algunos de los autores que acogen aquí la solución de la *actio illicita in causa* rechazan que quien provoca su situación de trastorno mental transitorio pueda beneficiarse de esta causa de inimputabilidad imputándose el resultado lesivo final a la conducta precedente. Por el contrario, acogen el denominado «modelo de la excepción» u otras soluciones (*cfr. infra* capítulo 24/63).

2.2. Una propuesta sobre la base de la doctrina de la actio *illicita in causa*

86 En realidad, podría sostenerse que cada uno de estos modelos doctrinales parte de considerar situaciones distintas de provocación. En efecto, la provocación puede ser (i) inadecuada o insuficiente para dar cuenta de la reacción agresiva típicamente antijurídica; por ejemplo, un insulto leve. Sin embargo, también puede ser (ii) adecuada o suficiente —esto es, constituir una agresión en sí—, frente a la que, sin embargo, el agredido no reacciona a tiempo, de modo que su retorsión pasa a constituir, asimismo, una agresión. En fin (iii), cabe que el provocador integre su provocación en un plan manipulativo, de modo que el provocado le agreda y así beneficiarse de la legítima defensa. Es decir, predisponga la concurrencia de la causa de justificación en fraude de ley. La variante (i) es la más sencilla. En efecto, en los casos en los que la provocación ni siquiera puede calificarse como una imprudencia en relación con la posterior agresión (y la defensa necesaria), aquella debe reputarse irrelevante en cuanto a la limitación de la reacción defensiva del provocador. Ello, con independencia de que sí sea posible atenuar la responsabilidad del agresor provocado; y de que el propio provocador deba ser hecho responsable de su injuria. Más complejas son las otras dos variantes.

87 En la variante (iii) se ha provocado la agresión de modo doloso y, además, con la voluntad de defenderse «justificadamente» de ella. Así pues, en ella se da la estructura jurídica general de un fraude de ley, de modo que lo razonable

---

[119] Próximos, parcialmente divergentes entre sí, *Mañalich* (2014), 145 ss., de modo que la provocación no impide justificar la conducta; *Montiel Fernández* (2020), 417. Por su parte, *Luzón Peña*, LH Roxin, 1997, 252 ss., rechaza esta construcción para la legítima defensa, pero la acepta para el estado de necesidad, sobre la base de distinguir entre causas que justifican acción y resultado —aquella— y solo la acción —esta última—.

[120] Elaborada por Eduard Kohlrausch (1874-1948): así, *Hruschka*, ZStW 113 (2001), 870 ss.

es que el provocador luego agredido no pueda apelar a la legítima defensa completa ni incompleta. Sin embargo, la doctrina de la *actio illicita in causa* proporciona una mejor base dogmática para la reconstrucción de estos supuestos. En efecto, al provocar la agresión, el sujeto luego agredido no ha infringido la norma de conducta que prohíbe lesionar la vida de otro. Por el contrario, ha llevado a cabo una conducta de autofavorecimiento punible, que infringe una norma de conducta derivada; expresado de otro modo, se ha preparado para una conducta posterior. Esta infracción preparatoria, a su vez, no se halla amparada por la posterior justificación de su reacción defensiva. Por lo tanto, el provocador debe responder por una cooperación antijurídica —en fase previa— a su posterior hecho típico y supuestamente justificado de reacción defensiva. En este punto es decisivo tener presente lo que ya se ha indicado acerca de la posibilidad de las estructuras de autofavorecimiento, así como acerca de la vigencia del principio de accesoriedad de la participación entendido en términos mínimos —como accesoriedad al tipo objetivo— (*cfr. supra* capítulo 16/45). Igualmente, en la variante (ii) la provocación constituye una conducta —dolosa o imprudente— que permite augurar la posterior agresión del sujeto provocado, pero no da cuenta de un proceso de planificación manipulativa de la propia defensa frente a él. Ciertamente, en estos casos también cabe la construcción de un autofavorecimiento imprudente o doloso-eventual en relación con el posterior hecho lesivo, supuestamente justificado, con base en la doctrina de la *actio illicita in causa.*

88 En realidad, la solución de recurrir a la eximente incompleta de legítima defensa, acogida en la doctrina dominante y la jurisprudencia española, no es muy diferente de lo anterior en las consecuencias punitivas. Con todo, suscita las diferencias obvias que surgen entre negar la defensa plena en el momento en que esta se lleva a cabo —una especie de excepción legal—; y entender que la no concurrencia del requisito tercero no excluye la legitimidad de la defensa, pero sí impide eximir plenamente al sujeto. Aceptar esto último implica entender, de algún modo, que las eximentes de los arts. 20.4.° y 20.5.° CP español regulan la situación compleja que resulta de la articulación de una conducta precedente y una conducta posterior. Sin embargo, precisamente esto favorece un análisis del problema en los términos de la doctrina de la *actio illicita in causa.*

3. LA PROVOCACIÓN DE QUIEN NO «SE» DEFIENDE

89 De toda la diversidad de supuestos de provocación imaginables, el único que contempla el legislador es el de la provocación por parte del mismo sujeto que «se defiende». Es decir, la situación de coincidencia en la misma persona de la condición de provocador y de defensor. En cambio, los demás casos no están contemplados en el tenor literal de la eximente. En concreto, no se consideran: (i) aquellos en los que provoca el agredido y le defiende un tercero; (ii) aquellos en los que provoca un tercero y se defiende el agredido;

y, en fin, (iii) aquellos en los que quien provoca es el mismo sujeto que luego actúa como defensor del agredido. Pues bien, en este punto, la doctrina de la *actio illicita in causa* ofrece alguna ventaja adicional. En concreto, permite calificar la provocación del agredido que luego no se defiende, sino que es defendido por un tercero, como un favorecimiento del hecho justificado del defensor. Ello puede dar lugar a una participación dolosa o imprudente punible.

VII. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS

1. EL FUNDAMENTO DEL PERMISO DE LA DEFENSA DE TERCEROS

90 La legítima defensa no solo puede ser llevada a cabo por el propio agredido, sino también por un tercero.[121] En efecto, la defensa de otro constituye una conducta supererogatoria, que el Estado por su parte permite.[122] Ahora bien, tal forma de conducta constituye una figura distinta de la coautoría en el hecho de autodefensa realizado por el agredido, o de la cooperación en la autodefensa de este último. Es decir, la defensa de terceros está permitida con independencia de que el agredido se defienda a sí mismo o no. Pues bien, desde luego el permiso de la defensa de terceros cuenta con una sólida base jurídico-política. En efecto, un Estado que asume su posición de garante de protección de la seguridad de los ciudadanos —y en el que la policía tiene comprensibles limitaciones— no puede prohibir la defensa de terceros sin incumplir su propia misión. Si la prohibiera, desprotegería aún más a los sujetos débiles.[123]

91 Existen casos en los que la legítima defensa de terceros constituye incluso un deber. En el marco de la legislación española esto sucede cuando concurren los presupuestos del deber de impedir determinados delitos del art. 450 CP. Esta figura de delito parece dar cuenta de un deber ciudadano de policía preventiva, subsidiario con respecto a la propia intervención policial estatal. Sin embargo, se traduce en un deber de defensa de la persona o derechos de terceros. Ciertamente, en los países en los que no existe esta figura, se ha intentado construir el deber de defensa de terceros en el marco del deber general de socorro. Como se advierte, para ello es preciso reconstruir este último deber jurídico de forma claramente lejana de los deberes morales de altruismo. Por lo demás, el deber de defender a otro adquiere entidad cualificada cuando el defensor ostenta una posición de garante, por ejemplo, en casos como el de un guardaespaldas o un escolta. En tales supuestos, si se dan los requisitos adicionales, la omisión de defender puede calificarse como una

---

[121] *Silva Sánchez*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 635 ss.

[122] *Baldó Lavilla* (1994), 331 ss.; *Engländer*, FS Roxin, 2011, 659; *Wilenmann* (2017), 675 ss.

[123] La defensa de terceros se contemplaba como un deber en el Derecho romano y canónico: *R. Haas* (1978), 40 ss., 45 ss.; igualmente, en el actual Derecho internacional humanitario, *Ohlin*, International Law Studies 91 (2015), 133.

comisión por omisión del delito no evitado. Eventualmente, y en función de cuál sea el contenido de la posición de garante, puede llegar a afirmarse la existencia de un deber de defender al agredido matando al agresor. Desde luego, pueden surgir colisiones entre el deber *prima facie* de defender —en su caso, matando al agresor— y el deber *prima facie* de no matar a nadie. Ahora bien, en la medida en que el agresor ha organizado el proceso lesivo, también ha provocado que se desencadenen los deberes relacionados con su acto de agresión. Ello determina que en algunos supuestos no opere el límite de inexigibilidad relativo al deber de matar.

2. LOS TERCEROS DEFENDIBLES

2.1. Planteamiento

92 Excluidos el Estado y la comunidad, el tercero puede ser cualquier persona física o jurídica. En este punto, una primera cuestión polémica es la relativa a si cabe una actuación legítima en defensa de la vida del niño no nacido.[124] Desde luego, ello no admite dudas en los casos en que el pretendido aborto tiene lugar infringiendo la legislación positiva. En efecto, el niño no nacido es un tercero y tiene derecho a la vida. En realidad, en el caso del padre o de la madre, la evitación de su muerte no es únicamente objeto de un permiso, sino también de un deber de garante.[125] En cambio, en el caso de que la gestante pretenda abortar en los términos de licitud administrativa de la legislación positiva vigente en un determinado país, ya no es posible *de lege lata* la legítima defensa. En efecto, tal aborto, según la legislación positiva, no constituye una agresión «ilegítima». Ahora bien, aun así, por lo que hace al padre del no nacido se plantea una colisión de deberes de abstención —respetar la conducta de la madre— y de acción —salvar la vida de su hijo—, que puede reputarse justificante de la intervención activa (*cfr. infra* capítulo 21/24). Por lo demás, la persona jurídica es titular de bienes jurídicos que, en el caso de una agresión ilegítima, pueden ser defendidos. En realidad, esa defensa puede aparecer incluso como un deber para quienes se encuentran en posición de garante con respecto a aquella; así, de modo particular, sus administradores y directivos.

93 Una cuestión crecientemente polémica es la de si cabe actuar en legítima defensa de los animales. En efecto, ciertos colectivos «animalistas» han pretendido justificar el acceso ilícito y la ocupación de granjas con base en la necesidad de obtener pruebas documentales del maltrato animal que se produciría en ellas. Por lo tanto, en una supuesta legítima defensa de los animales. Con todo, la doctrina mayoritaria tiende a excluir esta posibilidad. En el marco de la legislación española, esto puede sostenerse de modo adicional con base en

---

[124] *Lesch* (2000), 11 ss.

[125] Así, los artículos 145 y 157 CP español.

el tenor literal del término «tercero», cuyo contexto sistemático viene dado asimismo por los términos «persona» y «derechos».[126]

2.2. El agredido que no quiere ser defendido

94 Seguramente los casos más problemáticos en relación con la defensa de terceros son el del agredido que consiente la agresión y el de quien, sin consentirla, no quiere ser defendido. Esta cuestión obliga a dilucidar si cabe imponer una heterodefensa a quien, por los motivos razonables o irrazonables que sea, consiente la agresión o no quiere ser defendido de ella, sino que prefiere defenderse él mismo, o huir.[127] La doctrina mayoritaria, con matices, sostiene que la defensa del tercero es disponible y, por tanto, también renunciable por este.[128] Ahora bien, esta posición conduce a la conclusión de que, si el agredido es defendido por un tercero contra su voluntad, la conducta del defensor es típicamente antijurídica. Sin embargo, esta consecuencia, planteada en términos así de generales, resulta irrazonable. En efecto, el caso de los bienes disponibles puede ser relativamente claro. Las agresiones a tales bienes, si son consentidas —concurriendo todos los requisitos de capacidad, conocimiento y libertad— ya no son ilegítimas, de modo que no pueden dar lugar a una «legítima defensa de terceros». En cuanto a las agresiones a bienes disponibles frente a las que el agredido simplemente no quiere ser defendido, la agresión es ciertamente antijurídica. Sin embargo, tal voluntad impide, por razones de subsidiariedad, que tenga lugar una situación de legítima defensa de tercero.

95 La variante más problemática es la del tratamiento de los casos de ciertas agresiones consentidas a bienes disponibles —así, cuando el consentimiento del agredido carece de relevancia jurídica— o, de modo general, de las agresiones a bienes indisponibles. Ciertamente, estas son antijurídicas, esto es, ilegítimas. Sin embargo, un sector de la doctrina se muestra contrario a la posibilidad de una legítima defensa de terceros incluso en algunos de estos casos.[129] El argumento que esgrime es que existe una especie de dependencia de esta con respecto a la voluntad del agredido de ser defendido. Con todo, esta limitación carece de base legal. Además, tampoco tiene un claro fundamento teleológico. Por tanto, salvo en los casos en los que el agredido se retira, procede seguir admitiendo la defensa de su persona.[130]

---

[126] A favor de admitir tal legítima defensa, *Greco*, JZ 2019, 390 ss.; en contra, *Keller*, FS Merkel, I, 2020, 779 ss.

[127] Aunque es común, en el contexto de la legítima defensa, utilizar el término «huida» (del agredido), quizá sería preferible hablar de «retirada».

[128] *Engländer* (2008), 99 n. 1, 100 n. 6, 116 n. 49.

[129] Con matices y distinciones, *Engländer* (2008), 102 ss., 232 ss., 373 ss. Así, distingue los casos de voluntad de renuncia del agredido, en los que se estima subsistente el derecho de defensa del tercero; y su voluntad de prohibición (pretensión de defenderse personalmente, temor a un fracaso de la defensa del tercero o a la producción de un efecto de escalada, o deseo de huir). En este último no subsiste el derecho de defensa.

[130] *Silva Sánchez*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 629 ss.

3. LA DEFENSA DE TERCEROS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.1. Generalidades

96 La cuestión de si el Estado puede actuar en legítima defensa de sus ciudadanos es polémica, pues la actuación de los agentes de la autoridad debe estar presidida en todo caso por la proporcionalidad. No obstante, un sector doctrinal sostiene que una legítima defensa por parte del Estado, aunque constituyera un injusto —por vulnerar principios rectores de la actividad estatal—, no alcanzaría el grado de un injusto penal.[131] Con todo, la consideración de la actuación desproporcionada de un funcionario público como típicamente antijurídica pero no prohibida bajo pena resulta extraña. Por lo tanto, los funcionarios públicos deben actuar en cumplimiento del deber, con los requisitos correspondientes (*cfr. infra* capítulo 21/58). Ahora bien, esto significa que la defensa de terceros por parte de un funcionario no es un derecho, sino un deber —cuya infracción generaría una responsabilidad por omisión de diversa naturaleza en función de cómo se construyera el deber—. Así pues, el funcionario no tiene un derecho a la defensa de terceros que vaya más allá de su deber.

3.2. El problema de la tortura en defensa de terceros

97 La posibilidad de llevar a cabo conductas de tortura en legítima defensa de terceros es objeto de polémica. Esta se ha generado sobre todo a propósito de escenarios de «bomba de relojería»,[132] en los que es preciso obtener la información de dónde se encuentra una bomba para desactivarla; y en supuestos de secuestros, en los que tal información es necesaria para liberar al rehén.[133] Sin embargo, también se suscita en casos en los que se trata de obtener otras informaciones importantes para la prevención y represión del terrorismo, en lo que podría denominarse «tortura preventiva». Precisamente en este último ámbito, un sector de la doctrina norteamericana ha defendido la conveniencia de introducir una eximente procedimental basada en el otorgamiento de autorizaciones judiciales *ex ante*, que se justifican en aquellos casos en que lo exija la seguridad nacional.[134] En este punto concreto, las posiciones favorables se basan en argumentos de utilitarismo del acto, es decir, en el saldo supuestamente favorable de la realización de la tortura. Sin embargo, arguyen adicionalmente que su legalización es la forma de someter a control la práctica de la tortura, que dan por sentado que se seguirá produciendo.

---

[131] *Engländer* (2008), 232 ss.

[132] En inglés, «*ticking-time-bomb*».

[133] STEDH de 1 de junio de 2010 (caso Gäfgen c. Alemania). *Cano Paños*, RDPC 12 (2014), 13 ss.; *el mismo* (2017).

[134] Los denominados «*torture warrants*» —autorizaciones judiciales de tortura—: *Dershowitz* (2002), 132 ss., 148.

98 El argumento fundamental en contra de la justificación de la tortura es deontológico. En efecto, su práctica conlleva la negación de la dignidad humana, que es intangible y cuyo respeto constituye un elemento esencial del bien común político. Por lo tanto, resulta injustificable en cualquier circunstancia.[135] Ahora bien, además cabe esgrimir razones consecuencialistas. Así, el riesgo de repetición y de su incremento, es decir, de institucionalización, que entraña la práctica de la tortura por parte de funcionarios públicos —el argumento de la «pendiente resbaladiza», o el efecto de «rotura de diques»—. Como se advierte, este es un argumento de utilitarismo de la regla, que parte de que la legalización de una práctica antes ilícita conlleva siempre efectos de generalización o de progresivo incremento. Por lo demás, es preciso tener en cuenta el argumento jurídico-positivo, que alude a la prohibición absoluta de la tortura en los convenios internacionales.[136]

99 El caso de la bomba de relojería —la denominada «tortura de salvamento» o «de rescate»— da cuenta de la práctica de tortura sobre quien conoce dónde está escondida la bomba. Si esta se ejerce contra un agresor, la estructura es la propia de la legítima defensa, mientras que, si se practica contra un tercero meramente poseedor de la información que se pretende obtener, la estructura adquiere la forma de un auxilio necesario —una forma de estado de necesidad—. Además, cabe distinguir el caso en el que la tortura la practique un funcionario de aquel en el que lo hace un particular. En el caso de los funcionarios públicos, el problema radica en que estos se encuentran inmersos en una colisión entre el deber de respeto —a la integridad física y moral— al sujeto detenido y el deber de protección de las personas afectadas por el riesgo de explosión. En este marco, un sector de la doctrina se inclina por dar primacía al deber estatal de protección, adoptando una perspectiva consecuencialista.[137] En concreto, sostiene que la tortura llevada a cabo por un funcionario público contra un agresor —autor o partícipe de la colocación de la bomba— constituye una (debida) legítima defensa de terceros. Ciertamente, se insiste en justificar la conducta solo en casos límite que no van a reproducirse fácilmente. Así, para salvar a un gran número de personas inocentes cuando, además, el sujeto torturado es responsable del hecho —ha instalado la bomba— y puede dar la información que permita evitar la consumación.[138] Por su parte, otro grupo de autores propone la solución de la exculpación, atendiendo al conflicto de bienes y a la situación motivacional existentes. Ciertamente, admitiendo que los casos de la bomba de relojería se hallan en el límite entre el Derecho penal

---

[135] *Greco*, InDret 2/2007, 13 ss.: la dignidad no se pierde ni por el propio comportamiento previo, ni por los costes que conlleva su respeto.

[136] *Molina Fernández* (2006), 278 ss.; *Muñoz Conde*, LH Mir Puig, 2017, 782 ss.

[137] *Moore*, Israel L. R. 23 (1989), 280 ss.; *Brugger*, Der Staat 35 (1996), 78 ss.; *el mismo*, JZ 2000, 167 ss.; *Erb* (2006), 19 ss.; *Gössel*, FS Otto, 2007, 41 ss.; *Llobet Anglí*, InDret 3/2010, 12-13, 18.

[138] *Greer*, Human Rights L. R. 15 (2015), 33 ss.; *García Amado*, NFP 86 (2016), 13 ss. Crítico sobre ambos argumentos, *Greco*, InDret 2/2007, 11-13.

de la normalidad y el de la excepción, este podría ser un camino hacia la exención de pena.[139]

La situación es distinta cuando quien tortura al agresor es un particular. **100**
Aquí, de nuevo, una opinión, con argumentos utilitaristas, se muestra favorable a la justificación cuando se trata de proteger la vida de terceros.[140] A este respecto, es interesante el argumento de que la agresión que se pretende evitar puede consistir asimismo en una tortura, de modo que resultaría absurdo que la defensa no pudiera tener lugar mediante tortura. En realidad, este constituye una variante —cualificada por la condición de agresor de la persona torturada— del argumento de Bentham relativo a la licitud de torturar a una persona para impedir que sean torturadas cien personas. En definitiva, de la consideración favorable a la licitud de la práctica de la tortura sobre la base de un estado de necesidad justificante entendido en clave utilitarista.[141] Sin embargo, lo cierto es que el estado de necesidad justificante tampoco admite esta reconstrucción utilitarista. Por lo tanto, en su caso, estos supuestos límite pueden tener un lugar sistemático más adecuado en la exculpación —exclusión de la prohibición bajo pena— (*cfr. infra* capítulo 26/80 ss.).

VIII. LA LEGÍTIMA DEFENSA QUE RECAE SOBRE TERCEROS

1. GENERALIDADES

La conducta defensiva puede recaer sobre un tercero. Sin embargo, a este **101**
respecto debe tenerse en cuenta que quienes han participado en la conducta de agresión —y no han desistido de su aportación— no pueden ser reputados terceros, sino que siguen siendo agresores. Así pues, si la reacción contra ellos puede poner fin, directa o indirectamente, a la agresión, aquella es lícita en los términos generales.[142] Por su parte, la defensa que incide sobre terceros ajenos a la agresión, conocida como *aberratio defensionis,* comprende desviaciones de tres clases: (i) la que ni siquiera se puede imputar a imprudencia del defensor; (ii) la imprudente; (iii) la que tiene lugar con dolo eventual e incluso con dolo directo de segundo grado. En el supuesto (iii) cabe, a su vez, que concurra dolo alternativo —intención de alcanzar al agresor con representación de la seguridad o probabilidad alternativa de alcanzar a un tercero— o dolo cumulativo —intención de alcanzar al agresor con representación de la seguridad o probabilidad acumulativa de alcanzar a un tercero—. Sea como fuere, en todos ellos cabe hablar de la producción de «efectos colaterales», previstos en mayor o menor medida, o previsibles, que se desvían de la intención del autor.[143]

---

[139] *Greco,* InDret 2/2007, 8-10.

[140] *Llobet Anglí,* InDret 3/2010, 11 ss.; *Engländer* (2008), 333 ss., a partir de su concepción de la legítima defensa como derecho de autoconservación. En contra, *Greve,* ZIS 2014, 236.

[141] Como mal menor («*lesser evil*») en términos numéricos.

[142] *Silva Sánchez,* LH Jorge Barreiro, I, 2019, 789 ss.

[143] *Silva Sánchez,* LH Jorge Barreiro, I, 2019, 786 ss.

2. LOS «EFECTOS COLATERALES» DE LA DEFENSA

2.1. El efecto colateral imprudente

102 Es común afirmar que la estructura de la legítima defensa que «recae» sobre tercero debe resolverse conforme a las reglas del estado de necesidad agresivo.[144] Ahora bien, de las variantes mencionadas, en la primera (i) no se da siquiera una conducta típica en relación con el tercero, por lo que no es necesario plantearse la justificación. Por su parte, en la variante (ii) se suscita la cuestión del alcance de la justificación de conductas típicas imprudentes realizadas en estado de necesidad. Pues bien, esta puede ser más amplia que la del correspondiente hecho típico doloso. En efecto, los hechos típicos imprudentes, en comparación con los dolosos, constituyen una forma menor de instrumentalización del otro. Solo de modo impropio puede afirmarse que en ellos se utiliza al sujeto pasivo como medio para un fin ajeno. Así, igual que las posibilidades reactivas contra ellos son menores, también es razonable que las posibilidades de justificación sean superiores (*cfr. infra* capítulo 20/88). En definitiva, el efecto colateral imprudente de una legítima defensa puede ser amparado por estado de necesidad.

2.2. Los efectos colaterales dolosos

103 La tercera variante (iii) da cuenta de la producción de efectos colaterales dolosos de la conducta de defensa. Ello puede tener lugar en dos contextos distintos. En primer lugar, cuando resulta imposible separar los efectos de la conducta defensiva sobre el agresor y los efectos de esta sobre terceros. A este respecto, el caso más discutido es aquel en el que el agresor utiliza a un tercero —por ejemplo, a un rehén— como escudo humano. Sin embargo, pueden imaginarse otros supuestos menos dramáticos, como, sencillamente, que el agresor lleve puesta la ropa de un tercero, que resultará destruida en virtud del acto defensivo. En estos casos, la afectación de los bienes jurídicos del tercero tiene lugar con dolo de consecuencias necesarias o eventual. En segundo lugar, cuando sí cabe separar los efectos de la conducta defensiva sobre el agresor y los efectos de esta sobre terceros, pero por un error de cálculo el agredido o su defensor acaban afectando a un tercero, en lugar de hacerlo sobre el agresor o bien de modo acumulativo. En este contexto, la afectación puede tener lugar por dolo eventual o por imprudencia, variante ya mencionada antes.

104 Un posible abordaje de estos casos es el que parte de que la legítima defensa ampara al agredido —o a su defensor— incluso con respecto a las lesiones de terceros indisolublemente unidas a la defensa dirigida contra el agresor.[145] En realidad, es muy próxima a este enfoque la doctrina del doble efecto, que

---

[144] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 17/6; *Wilenmann* (2017), 328-330.

[145] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 350.

tradicionalmente ha cubierto supuestos de efectos lesivos colaterales incluso dolosos, siempre y cuando al agente le falte la intención de producir el correspondiente resultado lesivo. Así, por ejemplo, el supuesto de los navíos turcos que atacaban las costas españolas en el siglo XVI. A este respecto, ya Luis de Molina —exponiendo una doctrina generalmente compartida en las escuelas de Salamanca y Coimbra—[146] sostenía que «aunque se sepa que en las naves turcas hay remeros cristianos, es preciso atacarlas a cañonazos para hundirlas y luchar contra ellas, aunque se advierta que así los remeros morirán a una con los turcos».[147] Ciertamente, la doctrina del doble efecto —además de para justificar la propia incidencia de la legítima defensa sobre el agresor— constituyó un argumento para la justificación de los efectos de la conducta defensiva sobre terceros inocentes.[148] Sus requisitos son que el sujeto activo no pretenda el resultado lesivo colateral del que se trate, sino que este se produzca más allá de su intención —*praeter intentionem*—; que la defensa haga necesario asumir, como efecto colateral seguro o probable, la producción de tal resultado lesivo colateral; y que la producción de este sea proporcionada al fin pretendido por el autor.[149] Esta postura es la adoptada en Derecho internacional humanitario a propósito de los «daños colaterales» sobre población civil que pueden tener las operaciones militares. Sin embargo, también aquí sigue existiendo debate sobre si es posible amparar con base en ella los casos en los que existe dolo de consecuencias necesarias —*dolus indirectus*— con respecto al efecto no pretendido.

Una variante de legítima defensa que recae sobre terceros se produce cuando se derriba un avión que ha sido secuestrado, con su tripulación y pasajeros, y que los terroristas dirigen a un objetivo militar o civil. En este supuesto, amplios sectores doctrinales consideran justificado el derribo del avión, pese a que este conlleva —con dolo de consecuencias necesarias— la muerte de tripulantes y pasajeros.[150] El argumento parte de una concepción consecuencialista del estado de necesidad. Sin embargo, igualmente podría sostenerse sobre la base de una estructura de «legítima defensa de terceros que recae de modo colateral necesario sobre (otros) terceros». Es más, una defensa así podría ser obligatoria, dada la posición de garante del Estado con respecto a las personas que constituyen el objetivo de los terroristas. Sin embargo, en los casos en los que la producción de daños personales colaterales —de víctimas

105

[146] *Maihold*, Ancilla Iuris 2007, 1; *García-Huidobro/Miranda*, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 (2013), 354 ss.

[147] Luis de Molina (1536-1600): «*Quando in triremibus Turcarum scitur permixtos esse remiges Christianos, fas es mittere in eos globos bombardarum, quibus subvertantur, pugnareque adversus illas, esto intelligatur eiusmodi remiges una cum Turcis esse perituros*». Citado *apud García Huidobro/Miranda*, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 (2013), 355.

[148] *García-Huidobro/Miranda*, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 (2013), 351 ss.; *Miranda Montecinos* (2014), 201-202.

[149] *Miranda Montecinos* (2014), 59 ss., 62. En todo caso, el principio rector es que el bien perseguido «debe ser tanto mayor cuanto más seguro sea que se seguirá el efecto malo».

[150] *Doménech Pascual*, RAP 2006, 389 ss.

civiles— tiene lugar a sabiendas o con dolo eventual, resulta bastante difícil construir una causa de justificación.

106 Así pues, la justificación de los efectos colaterales de la conducta de legítima defensa solo parece clara en aquellos casos en que los terceros inocentes se ven afectados imprudentemente. En cambio, la justificación empieza a resultar dudosa en aquellos supuestos en los que los terceros inocentes son afectados dolosamente, aunque estos formaran parte de la amenaza conformada por el agresor. Y, en fin, más allá de estos, parece claro lo contrario, a saber, que sea cual sea la necesidad defensiva, la producción dolosa de la muerte de terceros inocentes no puede ser justificada.[151] En el caso del Derecho internacional humanitario, si las muertes colaterales de personas inocentes han de ser aceptadas en determinadas condiciones, ello es porque, de otro modo, la guerra en sí tendría que ser prohibida —una aspiración imposible de momento—. En cambio, en el Derecho penal común todo parece conducir a la no justificación de efectos colaterales de muerte imputables a una conducta dolosa. Con todo, esto debe ser contrastado más adelante (*cfr. infra* capítulo 26/86).

3. LA RELACIÓN DE MEDIO A FIN

107 En ocasiones, la incidencia de la conducta defensiva sobre terceros no es colateral, sino que se manifiesta en una relación de medio a fin. Es decir, tiene lugar en la fase preparatoria de la conducta defensiva en sentido estricto. Así, por ejemplo, cuando el defensor tiene que entrar en un domicilio ajeno para defender a las personas agredidas abatiendo al agresor que se encuentra en el tejado del edificio.[152] En estos casos, cabe justificar la lesión de la intimidad en estado de necesidad agresivo (*cfr. infra* capítulo 20/81).

IX. LA APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN A LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. LAS INCONGRUENCIAS ENTRE LA PERSPECTIVA INTERSUBJETIVA *EX ANTE* Y LA PERSPECTIVA *EX POST*

108 La concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa debe apreciarse, en primer lugar, en virtud de un juicio intersubjetivo *ex ante*. Así pues, en este punto se da un paralelismo claro con la doctrina del comportamiento desaprobado (*cfr. supra* capítulo 10/12). Si el juicio intersubjetivo *ex ante* pone de relieve la concurrencia de sus requisitos, aunque luego resulte *ex post* que estos no se dan, ello no altera el hecho de que el sujeto activo no ha vulnerado la norma de conducta, de modo que su comportamiento está justificado. Ahora bien, viceversa, es posible que el juicio intersubjetivo *ex ante* determine que

---

[151] *Merkel*, JZ 2012, 1142; *T. Zimmermann*, JZ 2014, 388 ss.

[152] *Silva Sánchez*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 798.

no concurren los presupuestos de la justificación y, en cambio, el juicio *ex post* ponga de relieve su concurrencia. Ya se ha expuesto que, en esta segunda variante, la solución de la tentativa —inidónea o irreal—, sostenida por la doctrina mayoritaria, no es aplicable en todos los casos; igualmente, tampoco lo es la de la de la consumación, defendida por las doctrinas subjetivistas. Por tanto, la opción más razonable es la de aplicar la atenuante analógica como muy cualificada (*cfr. supra* capítulo 18/129).

2. LAS INCONGRUENCIAS OBJETIVO-SUBJETIVAS

2.1. La legítima defensa «putativa»

109 Es posible que la conducta se repute injustificada en virtud del juicio intersubjetivo *ex ante* y que este juicio se confirmara *ex post*. En tal caso, si el sujeto se representa erróneamente la concurrencia de los requisitos de la causa de justificación, se da la figura de la legítima defensa putativa. La variante de esta más reiteradamente examinada por la jurisprudencia es la de la suposición errónea de la concurrencia de una agresión como presupuesto de la justificación por legítima defensa. Ahora bien, junto a esta variante, que además no siempre es fáctica —por ejemplo, en los casos de agresión a un derecho—, existen otras claramente normativas, como las relativas a errores sobre la «ilegitimidad» de la agresión. Estas últimas describen situaciones limítrofes con la suposición errónea de actuar dentro de los límites de la legítima defensa.

110 La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de la legítima defensa no es exactamente un error de tipo, aunque su tratamiento jurídico debería ser análogo al de esta figura. Sin embargo, como ya se expuso, la aplicación del régimen del error vencible de tipo —la sanción a título de imprudencia— resulta imposible en algunos casos. Por tanto, en la medida en que no se regule de modo expreso, solo el régimen del error de prohibición conduce a resultados siempre razonables. En todo caso, conviene tener presente que la suposición errónea intersubjetivamente invencible de la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa describe la misma situación que el juicio intersubjetivo *ex ante* acerca de su concurrencia (*cfr. supra* capítulo 18/96).

2.2. El error sobre la concurrencia de los presupuestos de hecho de la legítima defensa —la ausencia del elemento subjetivo de justificación—

111 Existe discusión sobre si el elemento subjetivo de justificación en la legítima defensa debe entenderse solo en términos cognitivos —mero conocimiento de la situación objetiva de agresión— o, adicionalmente, también en términos motivacionales —como elemento subjetivo de tendencia—. Una amplia mayoría doctrinal coincide en que no es preciso que en el agredido concurra un *animus defensionis* para que su conducta esté justificada. Así pues, sostiene

que lo decisivo es simplemente el conocimiento de la existencia de la agresión.[153] Como se ha indicado, ello responde al estado del debate general sobre las causas de justificación. Es cierto que, en el caso de la legítima defensa, el texto legal español contiene la expresión «en defensa», en la que algunos han querido identificar la referencia a un elemento subjetivo-motivacional de justificación, que vaya más allá de la representación de la existencia de una agresión. Sin embargo, la cuestión trasciende a lo meramente exegético. En efecto, los elementos tendenciales y motivacionales, a diferencia del elemento relativo a la representación de la situación desaprobada —aquí, justificante—, no se integran en el juicio de imputación subjetiva, sino en el propio juicio intersubjetivo de atribución de significado desaprobado —o justificante— a la conducta. Pues bien, en este punto no cabe negar que la presencia de un *animus defensionis* que se haga patente en la comunicación interpersonal facilita la atribución del contenido significativo de legítima defensa a una actuación violenta determinada que tiene lugar frente a un agresor. Esto no significa que no pueda ser reconocida como defensiva una conducta sin *animus defensionis*; pero tampoco que dicho elemento subjetivo sea irrelevante.

112 Por lo demás, existe divergencia acerca de cómo tratar los casos de actuación con desconocimiento de la concurrencia de una situación justificante realmente existente. Al respecto, ya se indicó que tanto la solución dominante —la de aplicar por analogía el régimen de la tentativa inidónea— como la solución alternativa —que propone el recurso a la eximente incompleta— plantean problemas formales. Ciertamente, desde un punto de vista material ambas coinciden en proponer la rebaja de pena de uno o dos grados, que resulta razonablemente justa. Aquí se ha optado por proponer, en el marco de la legislación española, la atenuación muy cualificada con base en la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª en relación con el art. 21.1.ª CP. Ello, con independencia de que existan supuestos en los que lo razonable es la impunidad.

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA PARTICIPACIÓN

113 La acogida de un modelo de accesoriedad al tipo objetivo hace posible apreciar la participación punible en un hecho justificado por legítima defensa. Este es el caso, por ejemplo, de quien, habiendo provocado la agresión, luego ayuda al agredido a repeler la agresión. En cambio, el hecho de que el agredido haya provocado previamente la agresión no impide que quien luego le ayude a defenderse pueda actuar de modo plenamente justificado. Como se indicó en su momento, la justificación se decide por separado para las conductas de los diversos intervinientes en el hecho (*cfr. supra* capítulo 16/47). Ciertamente, esto no obsta a que la inmensa mayoría de las conductas de participación en un hecho justificado estén, a su vez, justificadas. Sin embargo, esto último no

[153] *Rodríguez Mourullo* (1976), 49; *Luzón Peña* (2002), 550 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 15/129 y 130.

deriva de la justificación de la conducta del autor, sino que se debe al propio contenido de la conducta del partícipe.

4. LOS EXCESOS EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

4.1. El concepto y las clases de excesos

El defensor incurre en un exceso cuando su conducta de defensa no respeta 114
los requisitos de su legitimidad jurídica. A su vez, tal exceso puede ser extensivo o intensivo.[154] Así, se reputa extensivo el exceso que consiste en actuar cuando la agresión todavía no es actual o ya ha dejado de serlo; en puridad, es en este segundo caso en el que resulta más propio hablar de exceso. Por su parte, el exceso intensivo se produce cuando la concreta reacción defensiva no es racionalmente necesaria, esto es, resulta innecesaria o es irrazonable. Ciertamente, si la agresión ha concluido, la reacción del agredido ya no puede reputarse una forma de defensa, sino que constituye una retorsión —*retaliatio*—. Ahora bien, ello no significa que la agresión concluida no pueda tener relevancia como «provocación» de la conducta del defensor. En tal caso, la actuación agresiva del defensor previamente agredido —el provocado—, aunque sea antijurídica, puede recibir una exención de pena o, al menos, alguna atenuación de esta. Ello sucede, en primer lugar, cuando en algunos delitos no graves se excluye la culpabilidad penal de la retorsión. Por lo demás, si tal conducta reactiva se produce en el marco de un estado pasional provocado por aquella agresión, ya concluida, puede proceder la atenuación de estados pasionales, que en estos casos debería apreciarse como muy cualificada (art. 21.3.ª CP español). A su vez el provocador, si se considera que su actuación vulnera el requisito tercero del art. 20.4.° CP español —por constituir una provocación suficiente—, no puede reaccionar en legítima defensa frente a tal reacción del agredido, aunque esta sea intempestiva.

Cuando la agresión sigue siendo actual y la reacción del defensor va más 115
allá de lo racionalmente necesario para defenderse, la conducta tampoco está justificada. Ciertamente, el agredido que se excede puede recibir una atenuación de la pena si se encuentra en un estado pasional de arrebato u obcecación provocado por la agresión que sufre. Además, un sector doctrinal sostiene que en estos casos puede apreciarse la eximente incompleta de legítima defensa. Sin embargo, el exceso intensivo puede llegar a quedar exento de pena por otra vía. En efecto, algunas legislaciones prevén para estos casos una causa específica de exculpación, a saber, el exceso en la legítima defensa por miedo, terror o pánico.[155] Ahora bien, la posibilidad de eximir en casos de excesos intensivos se da también en las legislaciones en las que existe la figura del miedo insuperable (art. 20.6.° CP español). A propósito de estas eximentes se discute por qué se aplican solo en situaciones emocionales de

[154] *Jiménez Díaz* (2007).

[155] El § 33 del Código penal alemán.

debilidad —asténicas— y no agresivas —esténicas—.[156] En efecto, a la luz de ambas el exceso intensivo motivado por ira no exime, aun cuando dicha ira la haya provocado el agresor. Este caso debería abordarse en el marco de la atenuación de estados pasionales, que en estos casos debería apreciarse como muy cualificada (art. 21.3.ª CP español).[157]

4.2. Los excesos imprudentes

116 Ambas modalidades de excesos pueden tener lugar con dolo o por imprudencia. A su vez, las causas de tal imprudencia suelen ser errores sobre los presupuestos o los límites de la legítima defensa. En efecto, el llamado exceso extensivo es un supuesto de ausencia del requisito de que concurra una agresión ilegítima actual o inminente. Si es culposo, en realidad se trata sencillamente de una suposición errónea vencible de la concurrencia de tal requisito primero de la causa de justificación, lo que puede deberse a *culpa facti* o a *culpa iuris*. Además, tal exceso puede deberse también a un error invencible, de modo que no sea imputable subjetivamente. Por su parte, el exceso llamado intensivo es un caso de ausencia del requisito de necesidad racional de la defensa que, de nuevo, puede ser doloso o culposo. En efecto, el exceso intensivo culposo conforma una situación de suposición errónea y vencible de la concurrencia del mencionado requisito segundo de la eximente. Por lo demás, el exceso puede derivar de un error invencible de modo que no sea imputable subjetivamente.

117 Las modalidades de exceso pueden dar lugar a una combinación, de modo que un exceso extensivo imprudente concurra combinado con un exceso intensivo doloso en relación incluso con la representación errónea del agente acerca de la existencia de una agresión ilegítima.[158] En efecto, el exceso intensivo en casos de legítima defensa putativa constituye, por un lado, un exceso extensivo imprudente y, por otro, uno intensivo doloso. En casos así, la conducta no puede quedar justificada, sino que, en su caso, cabe que dé lugar a una exculpación por miedo insuperable. Para ello es preciso que sea posible reconducir al miedo insuperable del sujeto tanto la representación de una agresión irreal como la reacción desmesurada incluso con respecto a la agresión que el sujeto se representó. De lo contrario, solo será posible alguna forma de atenuación por el estado anímico del sujeto.

X. OTRAS CUESTIONES

1. ASPECTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

118 Se discute si la apreciación de la concurrencia de la eximente de legítima defensa puede tener lugar solo en el marco de la sentencia, tras la celebración

---

[156] Ya crítico, *M.E. Mayer*, PG, 1915, 351.

[157] Ya próximo *M.E. Mayer*, PG, 1915, 352.

[158] *Bolea Bardon*, ADPCP 1998, 613 ss.

del juicio oral, o también antes, durante la fase de instrucción del procedimiento. En realidad, el problema general que subyace a esta cuestión es el de si cabe acordar el sobreseimiento libre del procedimiento en virtud de estimar la concurrencia de una causa de justificación.[159] En cuanto a la legítima defensa, es creciente la tendencia a admitir el dictado de autos de sobreseimiento libre basados en la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa.[160]

119 En cuanto a la prueba de la legítima defensa, tanto la tradición clásica europea como la doctrina angloamericana actual sostienen que en relación con las defensas afirmativas —*affirmative defenses*— rige la máxima *affirmanti incumbit probatio.*[161] Es decir, que el que las alega, tiene que probar su base fáctica. En ocasiones, el Tribunal Supremo español ha seguido sosteniendo que las eximentes deben estar tan probadas como el hecho mismo, exigiendo su prueba a la parte que las alega. De este modo, parece que se está aplicando la regla procesal civil, según la cual al demandante le corresponde probar los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que al demandado le corresponde probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de aquella. Sin embargo, esta división de cargas no es válida para el proceso penal. En este último, resulta claro que no cabe hablar de una «carga de la prueba» de la defensa, pues únicamente la acusación tiene carga probatoria. Ahora bien, a la defensa sí le corresponde la carga de una alegación razonable acerca de la concurrencia de la eximente.[162] Esto significa que obviamente no tiene que probar su existencia más allá de toda duda razonable, sino únicamente hacer surgir una duda razonable sobre los presupuestos de la responsabilidad del acusado. En esta línea se ha ido moviendo también, de modo creciente, la jurisprudencia española.

120 En fin, el ejercicio del derecho a la legítima defensa no genera responsabilidad civil del agredido a favor del agresor. En este punto, para desestimar la acción civil del agresor contra el agredido que le ha lesionado legítimamente, cabe esgrimir la doctrina *ex turpi causa non oritur actio.* Es decir, que «de una causa inmoral no se deriva una acción jurídica». En todo caso, es posible alcanzar la misma conclusión desde la perspectiva de la antijuridicidad de la conducta del agresor o de su responsabilidad por el inicio de lo acontecido.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO SUPRANACIONAL

121 El art. 2.1 CEDH acoge la regla clásica de que «nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente». Sin embargo, el art. 2.2 CEDH añade a lo anterior que, entre otros casos, «la muerte no se considerará infligida con infracción

---

[159] A favor, *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1991, 931 ss.; en contra, con matices, *Velázquez Vioque*, LH Ruiz Antón, 2003, 1097 ss.

[160] STS 1172/2009, de 22 de octubre.

[161] Crítico, *Cuerda Riezu*, InDret 2/2014, 9-10.

[162] *Cuerda Riezu*, InDret 2/2014, 11-12.

del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima». Como se advierte, los ejes de la disposición son los conceptos de «agresión ilegítima» y de «necesidad absoluta» del recurso a la fuerza para defender a «una persona».[163] Pues bien, la interpretación mayoritaria del texto, aunque no exenta de controversia, es que el homicidio defensivo solo está justificado cuando tiene lugar en defensa de bienes intrínsecos.[164] Aunque ciertamente el texto no es explícito al respecto, su orientación es próxima a la que se ha seguido aquí como criterio rector de la construcción dogmática de la causa de justificación.

122 Dentro del Derecho penal internacional, el ámbito por excelencia de la legítima defensa se halla en el sector que regula los conflictos armados —es decir, el Derecho internacional humanitario—. En efecto, en este contexto, un acto de guerra de agresión da lugar a que aflore el derecho «inmanente» de defensa.[165] Ciertamente, el derecho de legítima defensa —*ius ad bellum*— aparece aquí como un derecho originario que no puede ser menoscabado ni siquiera por la Carta de las Naciones Unidas. Así, el art. 51 de la Carta solo establece su limitación en virtud de que con posterioridad haya tenido lugar la adopción de procedimientos institucionalizados. En concreto, que «el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales».[166]

123 Por su parte, el art. 31.1. c) del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional exime de responsabilidad a quien: «Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado». Como se puede observar, también aquí aparecen, como criterios rectores de la eximente, la razonabilidad y la proporcionalidad.

---

[163] *Iglesias Río* (1999), 385 ss.

[164] *Castiñeira Palou*, ADPCP 1987, 857 ss.; Sánchez García de Paz, PJ 35 (1994), 302 ss.; Kühl, ZStW 109 (1997), 781; *Iglesias Río* (1999), 411 ss.; *Hoven/Mitsch*, GA 2023, 181 ss. En el mismo sentido, desde otra perspectiva, *Uniacke* (1994).

[165] La versión francesa habla de «*droit naturel*»; la inglesa, de «*inherent*». Al respecto, *Ohlin*, International Law Studies 91 (2015), 119 ss.

[166] Así reza el texto: «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

Capítulo 20

EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Bibliografía seleccionada: *Alexander*, Justification and Innocent Aggressors, Wayne L.R 33 (1987), 1187; *el mismo*, Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification, L&Ph 24 (2005), 611; *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Bazargan-Forward*, Killing Minimally Responsible Threats, Ethics 125 (2014), 114; *el mismo*, Defensive Liability Without Culpability, en: Coons/Weber (eds.), 2016, 165; *Bergelson*, Choice of Evils: In Search of a Viable Rationale, CL&Ph 6 (2012), 289; *Berman*, Lesser Evils and Justification: A Less Close Look, L&Ph 24 (2005), 681; *Bernal del Castillo*, Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad, LH Valle Muñiz, 2001, 81; *Berner*, De impunitate propter summam necessitatem proposita, 1861; *Bock*, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit — Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 131 (2019), 555; *Brudner*, A Theory of Necessity, OJLS 7 (1987), 339; *Cerezo Mir*, Noción de estado de necesidad, LH Jiménez de Asúa, 1986, 200; *Coca Vila*, Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo, InDret 1/2011, 1; *el mismo*, La colisión de deberes en Derecho penal, 2016; *el mismo*, La colisión entre razones de obligación en Derecho Penal, InDret 2/2017, 1; *el mismo*, Coches autopilotados en situaciones de necesidad, CPC 122 (2017), 235; *el mismo*, La colisión deficitaria de deberes, EnL 6 (2018), 52; *el mismo*, Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista, InDret 1/2021, 166; *el mismo*, La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos, RP 49 (2022), 7; *el mismo*, Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad, LH Reyes Echandía, 2022, 551; *Coing*, Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, ARSP 54 (1968), 69; *Cuerda Riezu*, La colisión de deberes en Derecho penal, 1984; *el mismo*, Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes, LH Roxin, 1994, 51; *de la Cuesta Aguado*, Estado de necesidad: estructura normativa y naturaleza jurídica, RDyPP 2007, 93; *Dennis*, On Necessity as a Defence to Crime: Possibilities, Problems and the Limits of Justification and Excuse, CL&Ph 3 (2009), 29; *Díez Ripollés*, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 30 (1986), 603; *Engländer*, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, 15; *el mismo*, Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands, GA 2017, 242; *Erb*, Die selbst verursachte Gefahr bei der Notstandshilfe, GA 2020, 605; *el mismo*, Die Bedeutung des Eigenverschuldens für den rechtfertigenden Notstand und für die rechtfertigende Pflichtenkollision, GA 2024, 1; *Eser*, Defenses in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen, FS Triffterer, 1996, 755; *Feinberg*, Rights, Justice and the Bounds of Liberty, 1980; *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, 2. Theil, 1797; *Figueroa Rubio*, Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes, Discusiones 18 (2016), 209; *Fletcher*, Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape?, UCLA L. R. 26 (1979), 1355; *Fornasari*, El problema ético del mal menor, RCP 2018, 207; *de Francesco*, La proporzione nello stato di necessità, 1979; *Freeland*, Casum y prelación de facultades de injerencia en situaciones de necesidad, LH Silva Sánchez, 2019, 367; *el mismo*, El estado de necesidad agresivo justificante, 2023; *Frisch*, Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien, FS Puppe, 2011, 439; *el mismo*, Derecho penal y solidaridad, InDret 4/2016, 1; *García-Huidobro/Miranda*, Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes, Revista de Derecho. Universidad Católica del Nor-

te 20 (2013), 351; *García Cavero*, Caso de la depresión reactiva, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 129; *Gimbernat Ordeig*, El estado de necesidad: un problema de antijuricidad, en Estudios de Derecho penal, 3.ª, 1990, 218; *el mismo*, Justificación y exculpación en Derecho Penal español, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho Penal, 1995, 63; *el mismo*, La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, ADPCP 2000, 29; *Greco*, Vehículos de motor autónomo y situaciones de colisión, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 485; *el mismo*, Der Anteil der Gesellschaft, ZStW 134 (2022), 1; *Grosso*, Difesa legitima e stato di necessità, 1964; *H.-L. Günther*, Defensivnotstand und Tötungsrecht, FS Amelung, 2009, 147; *Guerra Espinosa*, Estado de necesidad como conflicto de intereses, 2017; *el mismo*, Tolerancia de la imprecisión en el estado de necesidad, Revista CES Derecho 11(2020), 3; *Gur-Arye*, Should the Criminal Law Distinguish between Necessity as a Justification and Necessity as an Excuse L. Q. Rev. 102 (1986), 71; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *Hälschner*, Das preußische Strafrecht, II, 1858; *Helmers*, Möglichkeit und Inhalt eines Notstandrechts, 2016; *Hirsch*, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, FS Küper, 2007, 149; *el mismo*, El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1005; *Hörnle/Huster/Poscher* (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021; *Honoré*, Nécessité Oblige, en: Honoré, Making Law Bind, 1987, 120; *Hoven*, Tötung im Notstand?, FS Merkel, I, 2020, 857; *la misma*, Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, JZ 2020, 449; *Hruschka*, Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat? Zu den Provokations- und ähnlichen Fälle, ZStW 113 (2001), 870; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004; *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012; *el mismo*, Defensiver Notstand, en: Kindhäuser/Pawlik (Hrsg.) Notwehr in Deutschland und China, 2020, 179; *Joerden*, § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, GA 1991, 411; *el mismo*, Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffsopfer, GA 1993, 245; *el mismo*, Spuren der duplex-effectus-Lehre im aktuellen Strafrechtsdenken, FS Jakobs, 2007, 235; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *Kelker*, Der Nötigungsnotstand, 1993; *Köhler*, Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, FS Schroeder, 2006, 257; *el mismo*, Recht und Gerechtigkeit, 2017; *J. Kohler*, Das Notrecht, ARSP 8 (1915), 411; *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, FS Spendel, 1992, 75; *el mismo*, Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, FS Lenckner, 1998, 143; *el mismo*, Freiheit und Solidarität bei den Notrechten, FS Hirsch, 1999, 259; *el mismo*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; *el mismo*, Der verschuldete Notstand, 1983; *el mismo*, Immanuel Kant und das Brett des Karneades, 1999; *el mismo*, Von Kant zu Hegel, JZ 2005, 105; *el mismo*, Unendliche gegen partielle Verletzung des Daseins der Freiheit, FS Otto, 2007, 79; *el mismo*, Die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt, ZStW 131 (2019), 1; *Lee*, The Defense of Necessity and Powers of the Government, CL&Ph 3 (2009), 133; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *W. Lübbe*, Rule of rescue vs. Rettung statistischer Leben, Das Gesundheitswesen 79 (2017), 877; *Luzón Peña*, Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación, ADPCP 1994, 61 (=LH Roxin, 1997, 243); *Madrid/Guerra*, Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad, Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho 14 (2020), 247; *Madrid/Guerra/Cornacchia*, ¿Está el Derecho penal al margen de discusiones axiológicas?, RChD 49 (2022), 173; *Maihold*, Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg, Ancilla Iuris 2007, 1; *Mapel*, Innocent Attackers and Rights of Self-Defense, Ethics and International Affairs 18 (2004), 81; *Martínez Cantón*, La ponderación en el estado de necesidad, 2006; *la misma*, Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad, LH Mir Puig, 2010, 405; *Martínez Escamilla*, Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo español, DPC 12 (2006), 5; *McMahan*, Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker, Ethics 104 (1994), 252; *Reinhard Merkel*, La filosofía, ¿convidado de piedra en el debate del Derecho penal? en: AA.VV., La insostenible situación del Derecho Penal, 2000,

181; *Merkel/Augsberg*, Die Tragik der Triage — straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, 704; *Rudolf Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895; *Mezzetti*, Necessitas non habet legem? Sui confini tra impossibile ed inesigibile nella struttura dello stato di necessità, 2001; *R. Miller*, Killing, Self Defense and Bad Luck, Journal of Religious Ethics 37 (2009), 131; *Mir Puig*, El estado de necesidad, LH Pérez Vitoria, 1983, 501; *Miranda Montecinos*, Criterios de justicia para la asignación de recursos médicos escasos en situaciones de pandemia, Veritas 49 (2021), 55; *el mismo*, La relevancia del número de vidas en situaciones de necesidad, Ius et Praxis 29 (2023), 10; *Mirapeix Lacasa*, Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad, RECPC 2018, 1; *Molina Fernández*, El estado de necesidad como ley general, RDPC 1 (2000), 199; *el mismo*, La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, en: AA.VV. La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos, 2006, 265; *el mismo*, Caso de los intermediarios en secuestros, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 485; *el mismo*, Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham, LH Luzón Peña, I, 2020, 805; *Montiel Fernández*, Legalidad e imputación en Derecho penal, 2020; *Neumann*, Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik, ARSP Beiheft 44 (1991), 248; *el mismo*, Die rechtsethische Begründung des rechtfertigenden Notstands auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, en: von Hirsch *et al.* (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, 161; *el mismo*, Rechtspositionen, Rechtsgüter und Rettungsinteressen in der aktuellen Diskussion zu Problemen des rechtfertigenden Notstands, FS Merkel, I, 2020, 791; *Oberdiek*, Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights, L&Ph 23 (2004), 325; *el mismo*, Specifying Rights Out of Necessity, OJLS 28 (2008), 127; *Ohlin*, Pandemics, Quarantines, Utility, and Dignity, Michigan St. L. R. 2021, 539; *Ortiz de Urbina*, Caso de los dos psiquiatras del III Reich, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 177; *el mismo*, Priorización de servicios sanitarios: la perspectiva Qaly y sus implicaciones para la teoría del estado de necesidad, en: Kudlich/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, 2017, 109; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil,1965; *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002; *el mismo*, El estado de necesidad defensivo justificante, RDPC 96 (2013), 13; *el mismo*, Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal, REJ 26 (2017), 222; *Perdomo Torres*, El deber de sacrificio en el estado de necesidad justificante, 2021; *Pereda*, El hurto famélico o necesario, ADPCP 1964, 5; *Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. 1988; *el mismo*, Justificación y exculpación en Derecho penal alemán, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho Penal, 1995,73; *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974; *el mismo*, Moralische Doppelwirkungen. Die Wiederkehr einer naturrechtlichen Denkfigur aus dem Internet, FS Hassemer, 2010, 199; *Pomares Cintas*, La relevancia de las causas de justificación en los delitos imprudentes, 2004; *R.A. Posner*, Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency, 2006; *Puppe*, Justificación y certeza, en: Montiel (ed.), La crisis, 2012, 251; *Ragués i Vallès*, La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas, InDret 3/2015, 1; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994; *el mismo*, Solidarität in Notsituationen. Ein historischer Überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel, en: von Hirsch/Neumann/Seelmann (eds.), Solidarität im Strafrecht, 2013, 13; *Riggi*, Interpretación y ley penal, 2010; *Robles Planas*, En los límites de la justificación, LH Mir Puig, 2010, 445; *Rödig*, Einführung in eine analytische Rechtslehre, 1986; Rösinger, Der Rechtsgrund der Inanspruchnahme des Einen zugunsten des Anderen im sog. Aggressivnotstand, en: Papathanasiou *et al.* (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, 129; *Roldán Barbero*, Estado de necesidad y colisión de intereses, CPC 20 (1983), 469; *Ropero Carrasco*, La provocación del estado de necesidad en Derecho penal, 2002; *Rotsch*, Achtung: Gefahr!, FS Neumann, 2017, 1009; *Roxin*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, FS Jescheck, 1985, 457; *Sánchez Dafauce*, El abatimiento de un avión secuestrado, InDret 4/2014, 1; *el mismo*, Estado de necesidad existencial, 2016; *Schmitz*, Rechtfertigender Notstand bei internen Interessenkollisionen, 2013; *R. Schröder*, Rechtfertigung von Klimaprotesten, GA 2023, 632;

Serrano González de Murillo, Estado de necesidad y conflicto entre bienes de un mismo titular, CPC 102 (2010), 21; *Silva Sánchez*, Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal Español, ADPCP 1982, 663; *el mismo*, Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia, en: Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 155; *el mismo*, ¿ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal, InDret 3/2001, 1; *el mismo*, Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007; *el mismo*, Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 979 (=Mañalich (ed.), La ciencia penal en la Universidad de Chile, 2013, 229); *el mismo*, Asesinatos selectivos en la guerra punitiva contra el terrorismo, InDret 1/2017, 1; *Simons*, Exploring the Intricacies of the Lesser Evils Defense, *L&Ph* 24 (2005), 645; *el mismo*, Self-Defense, Necessity, and the Duty to Compensate in Law, San Diego L. R. 55 (2018), 357; *Spaemann*, Felicidad y benevolencia, 1991; *Stammler*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands, 1878; *Stübinger*, Not macht erfinderisch. Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik, ZStW 123 (2011), 403; *el mismo*, Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?, 2015; *J.J. Thomson*, Rights, Restitution and Risk, 1986; *Thorburn*, Criminal Law as Public Law, en: Duff/Green (eds.), Philosophical Foundations of Criminal Law, 2011, 21; *Viganò*, Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, 2000; *Vigo*, Interpretación y aplicación de la ley según Francisco Suárez, en: Cruz Cruz (ed.), La justicia y los juicios en el pensamiento del Siglo de Oro, 2011, 33; *Walen*, The Mechanics of Claims and Permissible Killing in War, 2019; *Walter*, Menschlichkeit oder Darwinismus?, GA 2020, 656; *van Weezel*, Necesidad justificante y solidaridad, LH Etcheberry, 2016, 213; *el mismo*, Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad, PolítCrim 13 (2018), 1074; *Welzel*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 48; *Westen*, Does Duress Justify or Excuse?, FS Alexander, 2019, 76; *Westen/Mangiafico*, The Criminal Defense of Duress, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 833; *Wilenmann*, Freheitsdistribution und Verantwortungsbegriff, 2014; *el mismo*, El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal, InDret, 3/2014, 1; *el mismo*, La justificación de un delito en situaciones de necesidad, 2017; *Yaffe*, A Procedural Rationale for the Necessity Defense, Journal of Value Inquiry 43 (2009), 369; *el mismo*, Alternative Lesser Evils, FS Alexander, 2019, 98; *Yeini*, Weighing Lives: Israel's Prisoner-Exchange Policy and the Right to Life, Minnesota Journal of International Law 27 (2018), 493.

I. GENERALIDADES

1. LAS SITUACIONES DE PELIGRO

1 Los peligros naturales y los riesgos de procedencia humana son ubicuos, de modo que en principio pueden afectar a todas las personas. Sin embargo, resulta patente que inciden de forma más o menos desigual según cual sea la configuración socioeconómica de una determinada comunidad política. Así, hay sociedades en las que la exposición a peligros es relativamente independiente de la distribución concreta de la riqueza. En cambio, en otras claramente no es así. Ahora bien, el principio liberal-individualista de «separación de esferas» conlleva que a cada uno le corresponda, de entrada, neutralizar o soportar los riesgos, naturales o de procedencia humana, que le afecten. Según su tenor, el sujeto inicialmente afectado no puede afrontar tales riesgos mediante el recurso a la injerencia, por mínima que sea, en la esfera de bienes de otras personas. Esta es la idea esencial que subyace a una máxima del Derecho privado romano, a saber, la de que el

caso fortuito lo tiene que soportar el propietario de la cosa —*casum sentit dominus*—.[1] Expresado de otro modo, que perjudica a aquel sobre cuya persona o propiedad recae.[2] Esta noción guarda relación con otra, muy conocida también en el Derecho civil, que señala que quien obtiene las ventajas de una actividad, debe soportar también sus inconvenientes —*cuius commodum eius incommodum*—.

Con todo, el alcance de estas máximas debe ser contextualizado. En con- 2
creto, tiene que ser ubicado en el marco de los tres principios clásicos de la justicia: vivir honradamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo —*honeste vivere, alterum no laedere, ius suum cuique tribuere*—. Ciertamente, la justicia es la «constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo» —*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*—. Así pues, la cuestión realmente importante es si cabe reputar justo que el caso fortuito lo tenga que soportar siempre el sujeto sobre el que recae. En efecto, el criterio distributivo del *casum sentit dominus* resuelve desde una perspectiva concreta —liberal-individualista— un aspecto del problema que, en filosofía moral, se denomina «mala suerte circunstancial». Pero también variantes de la llamada «mala suerte constitutiva», es decir, de la mayor fragilidad innata que afecta a determinadas personas. Pues bien, la idea de que cada uno debe correr con su propia suerte puede ser discutida en relación con ciertos aspectos del infortunio natural, así como, incluso más, cuando factores socioeconómicos determinan que los riesgos se distribuyan de modo desigual. Así pues, cabe pensar en criterios alternativos, que se expresarían en máximas como las de *casum sentit tertius, casum sentit societas* o *casum sentit res publica*. Según estas, cabría que todos los costes del caso fortuito personal —o al menos algunos de ellos— los soportara otra persona, la sociedad o el Estado. En concreto, sen daría la posibilidad de que el infortunio que se manifiesta en una determinada situación individual de peligro tenga que correr a cargo de la comunidad, entendida ésta en términos más o menos amplios.

2. LA GESTIÓN DE LOS PELIGROS EN LA COMUNIDAD POLÍTICA

2.1. La prevención de riesgos

En realidad, la cuestión aludida —relativa a quién debe soportar los ries- 3
gos— es de naturaleza secundaria. En efecto, la disyuntiva primaria se refiere a la incumbencia de prevención de riesgos, esto es, a la pretensión de evitar la propia aparición de las situaciones de peligro concreto para alguna persona determinada. Pues bien, en los Estados sociales contemporáneos —que acogen la idea de la posición de garante del Estado en cuanto a la protección de la vida e integridad física y moral de los ciudadanos— aquella incumbencia

[1] Ya *A. Merkel*, PG, s/f, 160, n. 3.

[2] Según la máxima clásica, «*illi in cuius persona vel proprietate evenit*». El criterio, con sus excepciones, se recogió en el § 1311 del Código civil de Austria (1812).

se halla ampliamente socializada.[3] En efecto, recae sobre el Estado, así como sobre ciertas instituciones de autoorganización social. De ello es ejemplo la revisión periódica de las condiciones de seguridad de los establecimientos industriales, de las viviendas, las vías públicas o los automóviles.

2.2. El riesgo concreto y el principio *casum sentit dominus*

4 Ni los sistemas públicos de prevención, ni los privados, ni la conjunción de ambos, dan lugar a situaciones de riesgo cero. Así, cuando —pese a todo— aparece el riesgo concreto, surge una segunda disyuntiva. En ella la neutralización vuelve a ser de competencia preferente de la administración pública, de nuevo en virtud de la posición de garante del Estado. De este modo, los integrantes de los servicios de emergencia sanitaria, de protección civil, de policía o de extinción de incendios asumen en primer lugar esa función de neutralización de riesgos. Todos ellos actúan en cumplimiento de su deber de funcionarios públicos o bien de colaboradores privados del Estado. Con todo, los riesgos no pueden ser prevenidos, ni tampoco neutralizados en su totalidad, mediante la intervención del Estado o de otras instituciones sociales. Siempre existe un riesgo residual, más o menos amplio. Desde luego, su amplitud depende de las dimensiones que haya alcanzado en una sociedad determinada el proceso de institucionalización del control de riesgos —con la consiguiente conformación de posiciones de garante—. Por eso, incluso cabe que resulte impropio denominarlo riesgo residual. En Estados fallidos o muy defectuosos, así como en sociedades desvertebradas, es posible que el riesgo cuya neutralización no se haya institucionalizado esté omnipresente. En mayor o menor medida, surge entonces la pregunta relativa a cuál es el principio rector de actuación individual ante ese riesgo cuyo control no ha sido institucionalizado o en cuya neutralización han fracasado las instituciones.

5 En tal caso sí rige efectivamente el criterio distributivo que se expresa en la máxima *casum sentit dominus*.[4] Así pues, el caso fortuito de entrada lo tienen que soportar los bienes de aquél sobre quien recae directamente. Eso significa que el afectado tiene que hacerle frente mediante sus medios privados o a través del recurso a instituciones comunitarias de solidaridad —familia, amigos, parroquia, vecindario y organizaciones no gubernamentales—. Por tanto, si no consigue ni lo uno ni lo otro, o no es posible hacerle frente de ninguna manera, debe resignarse a sufrirlo. Ahora bien, este modelo tiene todavía dos excepciones. Por un lado, que se haya establecido de modo adicional un procedimiento administrativo estatal para afrontar, conforme a ciertos criterios distributivos, situaciones de riesgo como la que sufre el agente. Así, por ejemplo, para situaciones de falta de alimento o de cobijo, pero también de crisis de empresa, o para la asignación de recursos sanitarios escasos. Por otro

[3] *Pawlik* (2002), 218 ss.

[4] *Coca Vila* (2016), 380 ss.; *Freeland*, LH Silva Sánchez, 2019, 367 ss.; *el mismo* (2023), 341 ss.

lado, que, bajo determinados requisitos, se admita efectivamente la posibilidad de que *casum sentit tertius.*

Cuando concurren los presupuestos esto último, es lícito recurrir unilate- 6
ralmente a bienes que se encuentran en la esfera de un tercero para afrontar el riesgo que de entrada tiene que soportar un determinado sujeto. Pues bien, la institución jurídica que recoge precisamente esta posibilidad de que un *dominus* —o quien le auxilie— recurran justificadamente a la esfera de un *tertius,* para afrontar un *casum,* estableciendo sus condiciones y límites, es el estado de necesidad agresivo justificante. Por lo tanto, este puede concebirse, en cierto modo, como una forma de autotutela subsidiaria, solo posible cuando el Estado no ha afrontado un determinado problema vital mediante los correspondientes procedimientos. Así, su ámbito de aplicación depende, en cierta medida, de la existencia de más o menos instituciones de prevención y neutralización de riesgos en un Estado determinado.[5]

3. ALGUNAS MATIZACIONES

Lo anterior podría suscitar la impresión de que el estado de necesidad 7
justificante es una institución con una fuerte carga de filosofía política. Sin embargo, ello es verdad solo en parte. Así, en el esquema descrito es preciso introducir dos matices relevantes. Por un lado, debe distinguirse entre el estado de necesidad en un contexto interpersonal y el que tiene lugar con respecto a bienes jurídicos colectivos —supraindividuales e institucionales—. En efecto, existen casos de estado de necesidad personal cuya resolución no requiere afectar a bienes personales de nadie, ni intrínsecos ni extrínsecos, sino solo a determinados bienes institucionales. Por ejemplo, a la comisión de falsedades. Otra variante es que la lesión de bienes colectivos o estatales no tenga lugar para proteger bienes personales del necesitado, sino bienes asimismo supraindividuales. Esto significa que existen supuestos de estado de necesidad justificante que se salen del contexto que dibuja cierta doctrina moderna sobre la base de una relación entre la autonomía individual y la solidaridad.

Por otro lado, la situación de peligro que padece el sujeto que se encuentra 8
en estado de necesidad no es siempre un *casus.* Así, no lo es cuando el necesitado sufre una agresión de un tercero. En efecto, la agresión a otro puede generar tres situaciones de necesidad distintas en el agredido. En primer lugar, (i) cabe que, para repeler la agresión, sea necesario lesionar, además de a quien agrede, a un tercero (*cfr. supra* capítulo 19/101). Por ejemplo, cuando el disparo defensivo contra el atracador impacta en el escudo humano que este se ha buscado. En segundo lugar, puede que (ii), cuando no es posible repeler la agresión, el cumplimiento del arbitrio del agresor exija al agredido injerirse en la esfera de un tercero. Este es el denominado «estado de necesidad coactivo». Así, cuando un empleado es amenazado por un malhechor

[5] *Silva Sánchez* (1999), 155 ss.

con matar a su familia si no le entrega la combinación de la caja fuerte de la empresa en la que trabaja, de modo que aquel accede. En tercer lugar, cabe que (iii) la evitación de la agresión requiera una huida del agredido, en la que este lesiona a terceros (*cfr. supra* capítulo 14/152). Por ejemplo, cuando la fuga veloz de la persona atacada conduce a destruir la propiedad o a allanar la vivienda de un tercero. Al margen de los tres supuestos anteriores, tampoco se da exactamente un *casus*, aunque por razones distintas, cuando resulta que fue el propio necesitado quien provocó el peligro; o cuando tal peligro se mueve dentro del ámbito de actividad profesional del sujeto. Ejemplos de ello se dan en las autopuestas en peligro de los montañeros o de quienes practican deportes de alto riesgo; o en las actividades cotidianas de los bomberos o de los funcionarios de protección civil.

4. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

4.1. Aproximación

9 Sobre la posibilidad y los límites de justificar una conducta en estado de necesidad cabe adoptar dos tomas de posición extremas. Así, desde una primera perspectiva, se afirma que un sistema jurídico podría ser equitativo aun careciendo de una causa de justificación basada en la necesidad. Expresado de otro modo, que esta es una institución excepcional e irregular en un ordenamiento jurídico liberal.[6] Por su parte, la perspectiva opuesta acoge una premisa de utilidad universal. Ello la conduce a sostener que siempre que un sujeto logra conjurar el peligro que le amenaza a él o a otro produciendo a un tercero un mal menor que el evitado, sea cual sea, obra justificadamente. Ambas posiciones, como se verá, deben ser rechazadas.

4.2. Los textos legales y los fundamentos filosófico-políticos

10 Las disposiciones legales que regulan el estado de necesidad agresivo —presentes en términos relativamente similares en todos los códigos penales de nuestro ámbito de cultura— se mueven entre ambos extremos. Como se ha indicado, parten de un principio de distinción de esferas jurídicas personales. Sin embargo, reconocen que estas también se hallan interrelacionadas. A partir de ahí, admiten que en ciertas situaciones de necesidad cabe la reconstrucción o redefinición de sus límites. Ciertamente, para tal reconstrucción no tiene por qué acogerse un criterio utilitarista, aceptando que quien neutraliza un peligro grave para sí, creando un peligro menos grave para otro, obra justificadamente. Esta visión dominó en la doctrina desde finales del siglo XIX, aunque casi siempre con algunos matices deontológicos. Ahora bien, quien se distancia de ella tampoco tiene por qué acoger una fundamentación liberal

[6] *Coca Vila* (2016), 510; *Pawlik* (2016), 103, siempre vinculándolo con la omisión de socorro; radical, *Freeland* (2023), 97 ss., 159 ss.

individualista que cuenta con significados defensores en las últimas décadas.[7] Además, la amplitud literal de la eximente legal de estado de necesidad en algunos países, entre ellos España (art. 20.5.° CP), permite una lectura tanto deontológica como consecuencialista. Por tanto, su tenor no da pie a decantarse por ninguna de las dos concepciones. Ahora bien, adicionalmente es preciso subrayar que el legislador tampoco ha asignado a tal eximente legal una precisa naturaleza jurídica. Así, su regulación no impide sostener que quien actúa bajo su amparo obra exento de pena, pero de forma antijurídica. En definitiva, puede haber situaciones de necesidad que dan lugar a una causa de justificación y otras que, aunque eximan de pena, no excluyen la antijuridicidad de la conducta del sujeto.

11 La concurrencia de los elementos de la causa de justificación de estado de necesidad produce una reconstrucción del sistema de relación de esferas individuales. Ello, en términos formales, no es excepcional. Por el contrario, resulta idéntico a lo que sucede en las otras causas de justificación en el marco del proceso de concreción —o especificación— de los derechos (*cfr. supra* capítulo 18/68; *infra* capítulo 21/7). Este proceso determina que quien *prima facie* parece que debería respetar la esfera de libertad ajena pase a ostentar un «derecho» de necesidad sobre ella —un *ius necessitatis*—. En realidad, el «derecho» de necesidad es un permiso de injerencia en la esfera de libertad de otra persona, o bien en el orden del conjunto de la sociedad o del Estado. Dicho permiso da lugar a que quien ostentaba la pretensión de ejercer un derecho de exclusión —*ius exclusionis*— frente a las injerencias de otros, pase a tener realmente el deber de soportarlas.

4.3. La especificación de los derechos

12 Lo anterior hace preciso reiterar que, antes de que entren en juego las causas de justificación, no existen ni derechos, ni deberes negativos ni positivos, puesto que todavía no se han definido plenamente las posiciones jurídicas. En efecto, las personas no «entran» en sociedad con más derechos que los de la integridad física y moral que deriva de su dignidad intrínseca. Por ello no cabe sostener que el estado de necesidad está fundado en la solidaridad entendida como contenido de un deber positivo, que opera de modo residual una vez definidas las posiciones jurídicas. Esta propuesta constituye una petición de principio. En efecto, parte de que el necesitado no puede llegar a ostentar derecho alguno sobre la esfera de bienes de terceros, rígidamente predefinida *a priori*. Sentado esto, concluye que el tercero afectado, si impide la actuación del necesitado, no puede lesionar ningún deber negativo, sino solo un deber positivo de solidaridad.

13 Frente a esta posición, procede sostener que la causa de justificación de estado de necesidad se funda en la legitimidad de la pretensión del necesitado

[7] *Baldó Lavilla* (1994), 168-169; *Reinhard Merkel* (2000), 181 ss.; *Pawlik* (2002); *Coca Vila*, InDret 1/2021, 182 ss.; *Freeland* (2023), 371 ss.

sobre una esfera de bienes ajena. Ahora bien, dicha pretensión colide con la del afectado, que tiene por objeto precisamente excluir al necesitado de su esfera jurídica. Por tanto, esta colisión de razones debe resolverse de modo previo a la constitución del derecho como propio del uno o del otro —como «lo suyo»—. Así, da lugar a un estado de necesidad justificante si se considera que prevalecen las razones que sostienen la pretensión del necesitado. Esta se califica entonces como derecho de necesidad. En definitiva, el estado de necesidad tiene su núcleo claro en la posibilidad de injerirse en la propiedad ajena para neutralizar un riesgo personal —para la vida o para la salud— que amenaza al sujeto. Esta posibilidad trae causa de varias premisas fundamentales. Por un lado, la de la superioridad de los bienes intrínsecos sobre cualesquiera otros, que es consecuencia de una comprensión antropológica realista. En segundo lugar, la de que el ser humano no es dueño del mundo, sino solo administrador de este, de modo que los bienes de la tierra son, en última instancia, para todos los hombres —varones y mujeres—.

II. LAS CLASES DE ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

1. GENERALIDADES SOBRE LAS SITUACIONES DE NECESIDAD JUSTIFICANTES

14 La expresión «situación de necesidad» designa una situación de conflicto en la que, para la salvaguarda de los bienes de una persona, el agente —el propio necesitado o un tercero— pone en peligro los bienes de otro de modo penalmente relevante.[8] En efecto, la legislación española, al igual que otras muchas, establece un permiso de intervención necesaria en favor de terceros, a título de estado de necesidad.[9] Tal intervención permitida se conoce con el nombre de «auxilio necesario» y, en general, constituye una conducta supererogatoria, que el Estado simplemente permite. Ciertamente, el «derecho» de un sujeto a auxiliar a otro no conlleva un derecho del sujeto necesitado a ser auxiliado por terceros. Sin embargo, en algunos casos el auxilio de terceros puede llegar a ser obligatorio, en virtud de la concurrencia de un deber general o especial de socorro. En la legislación española esto sucede, en primer lugar, cuando concurren los presupuestos del deber de socorro del art. 195 CP. Además, si el auxiliador necesario se encuentra en una posición de garante con respecto al necesitado, su deber de ayudar se ve muy cualificado. Ello es así hasta el punto de que la omisión de auxiliar, si concurren en ella los presupuestos del art. 11 CP español, puede llegar a calificarse como una comisión por omisión. El auxilio necesario constituye un curso salvador ajeno, con la peculiaridad de que no es atípico, sino típico. Por tanto, a él le son aplicables los criterios generales establecidos a propósito de los cursos salvadores justificados y a su interrupción (*cfr. supra* capítulo 11/164).

---

[8] *Baldó Lavilla* (1994), 17.

[9] *Baldó Lavilla* (1994), 331 ss.; *Wilenmann* (2017), 675 ss.

Existen algunas situaciones de necesidad en las que el sujeto sobre el que recae la acción necesaria tiene alguna clase de responsabilidad por el surgimiento del peligro. Estas son la legítima defensa y el «estado de necesidad defensivo». En cambio, en el «estado de necesidad agresivo» el sujeto que soporta la acción necesaria carece de toda responsabilidad por el peligro que afecta al necesitado. Un sector doctrinal ha establecido la diferencia entre las tres figuras señalando (i) que el agresor ilegítimo, afectado por la legítima defensa, tiene competencia plena sobre el hecho; (ii) que aquél de quien procede el peligro, en el supuesto del estado de necesidad defensivo, solo alcanza a tener competencia preferente; y (iii), en fin, que el afectado por un estado de necesidad agresivo posee una competencia mínima.[10] 15

Con base en la mencionada distinción se pretende fundamentar el diverso alcance que pueden alcanzar las reacciones necesarias en los tres supuestos. Sin embargo, como ya se ha indicado, el modelo de la competencia dista de ser una mera construcción lógico-geométrica. Por el contrario, su naturaleza es jurídico-política, puesto que adopta un punto de partida liberal individualista, en el que las consideraciones de bien común desempeñan un papel marginal. En realidad, se reducen a una gestión estatal de la solidaridad mínima. Pues bien, para afrontar el tratamiento jurídico de las situaciones de necesidad, además de la mecánica de la competencia, es preciso considerar el carácter intrínseco o extrínseco de los bienes respectivamente afectados, así como la incidencia del conflicto y de su resolución sobre el bien común de la *polis*. 16

2. EL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO

2.1. El fundamento

La estructura del estado de necesidad justificante defensivo[11] tiene poco que ver con la propia del estado de necesidad justificante agresivo. En efecto, este último se define por (i) una situación de peligro que afecta a alguien; (ii) para cuya neutralización este o quien le auxilia se injieren en la esfera de un tercero por completo ajeno a la fuente de peligro. En cambio, el estado de necesidad defensivo es una institución proveniente del Derecho civil alemán de la propiedad,[12] en la que el sujeto necesitado o su auxiliador se injieren precisamente en la esfera de derechos reales del sujeto de quien procede el riesgo. Por ejemplo: una persona tiene desatado a un perro agresivo, que acomete la carnicería de un tercero, quien a su vez lo mata para evitar que le 17

[10] *Coca Vila* (2016), 288 ss.

[11] Traído a la discusión en lengua española por *Luzón Peña* (1977). Luego, desarrollado sobre todo por *Baldó Lavilla* (1994); *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 445 ss.; *Coca Vila*, InDret 1/2011, 1 ss.

[12] El § 228 del Código Civil alemán lo prevé para un único caso, a saber, aquel en el que se dañan las cosas de las que proviene un peligro para la propiedad de un sujeto. En Derecho penal esto se ha reescrito en términos de «reconducción del sujeto perturbador a los límites de su propia libertad».

destroce su producto. En los términos del sector doctrinal antes mencionado, lo específico de los casos de estado de necesidad defensivo es que el sujeto sobre quien recae la reacción ostenta una «competencia preferente» por el riesgo.[13] Así, parece una institución jurídica adecuada para salvar la cesura existente entre la legítima defensa —que requiere que la reacción defensiva tenga lugar contra un agresor doloso y culpable— y el estado de necesidad *stricto sensu* —llamado, por contraste, «agresivo»—. En fin, la figura dogmática del estado de necesidad defensivo puede insertarse, por vía interpretativa, en la eximente del art. 20.5.° CP español. Para ello, es necesario integrar la competencia preferente del agente en la comparación de males y, en concreto, para determinar que el mal causado no ha sido mayor que el que se trataba de evitar.

18 El problema radica en que el estado de necesidad defensivo permite cualquier reacción que no sea manifiestamente desproporcionada, es decir, incluso aquella mediante la que se lesiona un bien de la misma entidad que el que se pretende proteger. Esto puede ser razonable en el ámbito del Derecho de la propiedad. Sin embargo, la doctrina del Derecho penal lo ha extendido de forma indiferenciada incluso a los casos de bienes intrínsecos. Así, para un amplio sector doctrinal, si el peligro afecta a la vida o la integridad física de un sujeto, este —en estado de necesidad defensivo— puede matar o lesionar gravemente al sujeto de quien proviene el peligro.[14]

2.2. Los supuestos de hecho

19 Un problema fundamental del estado de necesidad defensivo es que se pretende integrar en él un abanico de supuestos demasiado diversos entre sí.[15] En efecto, solo ha sido delimitado con claridad en su dimensión negativa, dado que excluye los casos de agresiones ilegítimas, frente a las que cabe reaccionar en legítima defensa. Así las cosas, se discute sobre la posibilidad de actuar en estado de necesidad defensivo frente a cualquier fuente de peligro que no pueda ser calificada de agresión antijurídica, dolosa y culpable. En concreto, esto comprende : (i) las agresiones antijurídicas dolosas y culpables, pero todavía no típicas —actos preparatorios—; (ii) las agresiones típicamente antijurídicas y dolosas de sujetos no culpables —por ejemplo, las de dementes—; (iii) las agresiones antijurídicas imprudentes y culpables de toda clase de sujetos;[16] (iv) los riesgos objetivamente típicos, pero no imputables subjetivamente, ni a título de dolo ni de imprudencia; e incluso (v) incluso los riesgos objetivamente atípicos, en los que la fuente de peligro solo reviste tal cualidad en términos causales.

---

[13] *Baldó Lavilla* (1994), 176 ss.

[14] *Hirsch*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1009.

[15] *Hirsch*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1009 ss.; *Coca Vila* (2016), 335 ss.; *Wilenmann* (2017), 488 ss.

[16] *Luzón Peña* (1977), 173 ss.; *Baldó Lavilla* (1994), 278 ss.

2.3. Los límites del estado de necesidad defensivo

2.3.1. Las premisas

20 La justificación de la conducta por estado de necesidad defensivo se pretende construir sobre la base de dos métodos alternativos. Por un lado, acogiendo un criterio utilitarista de resolución del conflicto interpersonal —el del mal menor—, e integrando en él el elemento relativo a la responsabilidad por el peligro —esto es, a su surgimiento en la esfera de quien finalmente es afectado por la conducta necesaria—. Por otro lado, presentando la competencia por el peligro como una agresión objetiva —por organización débil— que afecta a la esfera de quien luego reacciona. Pues bien, con uno u otro argumento, en tales situaciones quizá se pueda fundamentar la lesión de la esfera de propiedad del causante en una medida igual o poco mayor que la que amenaza al sujeto que reacciona. Sin embargo, su extensión —desde el ámbito de la lesión de los bienes patrimoniales a los casos de lesión de bienes intrínsecos— resulta de dudosa base axiológica.[17]

2.3.2. Los dos criterios limitadores

21 El carácter justificado de las reacciones en estado de necesidad defensivo solo puede admitirse con dos limitaciones esenciales. En primer lugar, la de que la conducta necesaria debe reaccionar contra estados de cosas antijurídicos y no frente a conductas jurídicamente no desaprobadas.[18] En efecto, la mera procedencia causal no es, en Derecho penal, un título de atribución de «competencia» por el riesgo.[19] Esto último es importante, en la medida en que, si no es posible que el Estado reaccione frente al riesgo que genera el sujeto, tampoco parece claro que se le imponga a este el deber de soportar una reacción que vaya más allá de lo que es propio del estado de necesidad agresivo. Por lo tanto, si el proceso no puede calificarse de intersubjetivamente desaprobado *ex ante*, tampoco es posible una reacción defensiva. En segundo lugar, la de que su función ordinaria es la de amparar reacciones frente a agresiones al patrimonio que, a su vez, inciden sobre el patrimonio u otros bienes no intrínsecos del agresor. Ello permite reconciliarlo con su origen jurídico-civil y, además, define el ámbito de lo resarcible. Ciertamente, además puede amparar también reacciones defensivas frente a agresiones contra bienes supraindividuales, no susceptibles de legítima defensa, que inciden sobre el patrimonio o ciertas dimensiones de la libertad del agresor. En cambio, no puede amparar reacciones que conllevan la grave afectación dolosa de bienes intrínsecos de terceros, salvo muy excepcionalmente, en supuestos limítrofes con la legítima defensa. En concreto, en este último caso, el paradigma de agresión que da lugar a reaccionar en estado de necesidad defensivo está

[17] Próximo, *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 459-460.

[18] Así, *Hruschka* (2.ª, 1988), 86-87, 128-129; en contra, *Renzikowski* (1994), 182-183.

[19] Sin embargo, entre otros, *Köhler*, FS Schroeder, 2006, 257 ss.; *el mismo* (2017), 287-288.

constituido por dos clases de conductas realizadas contra bienes intrínsecos: (i) las agresiones dolosas no culpables; y (ii) las agresiones antijurídicas y culpables, condicionadamente típicas —actos preparatorios con inicio ejecutivo inminente—. En cambio, resulta más problemático que sea lícito reaccionar con una afectación dolosa de sus bienes intrínsecos frente al «agresor» que obra imprudentemente contra bienes intrínsecos del afectado. En efecto, la afectación imprudente de bienes intrínsecos es un *malum in se* periférico, frente al que no cabe reaccionar mediante la comisión de un *malum in se* nuclear.

2.3.3. El concepto de «amenaza inocente»

22 El concepto de «amenaza inocente» procede del Derecho internacional humanitario, esto es, de los conflictos armados. Sin embargo, en el ámbito del Derecho penal común resulta plástico para designar algunos de los casos más debatidos a propósito del estado de necesidad defensivo.[20] Es decir, los de aquellas personas que, sin dolo ni imprudencia, y por supuesto sin culpabilidad, «agreden objetivamente» los bienes intrínsecos de un tercero. Como se ha indicado, en algunos casos la amenaza inocente va asociada a la de un agresor ilegítimo. Así, son ejemplos de esta variante de amenaza inocente algunos casos en los que los delincuentes se sirven de escudos humanos, como los remeros cristianos del navío turco[21] o los pasajeros del avión secuestrado.[22] En estos casos, ya la Escolástica tardía hispánica, desarrollando la doctrina del doble efecto —*duplex effectus*—, planteó la posibilidad de un estado de necesidad justificante que recayera sobre la vida y los bienes personales de tales terceros. Ciertamente, la afectación no intencional, sino producida con *dolus indirectus*, no se reputaba antijurídica, sino justificada en virtud de la combinación de una legítima defensa contra el agresor ilegítimo y el consiguiente impacto colateral, aun doloso-indirecto, sobre la amenaza inocente. Con todo, en estos casos es discutible que pueda admitirse la consecuencia fundamental de la justificación, a saber, el deber de soportar la reacción defensiva (*cfr. supra* capítulo 18/81; *infra* capítulo 26/86).

23 Por lo demás, existen casos de «amenaza inocente» no asociados a ninguna conducta de agresión ilegítima.[23] En estos, *a fortiori*, no cabe sostener la justificación de la conducta reactiva que incida sobre sus bienes intrínsecos. En efecto, no cabe sostener que el sujeto que crea un peligro de forma no

---

[20] Buena parte de estos casos han sido muy discutidos en la filosofía moral y jurídica de lengua inglesa, bajo la referencia a supuestos de un «*innocent attacker*», un «*innocent aggressor*» e incluso de un «*passive threat*»: *Alexander*, Wayne L. R. 33 (1987), 1187 ss.; *McMahan*, Ethics 104 (1994), 252 ss.; *Mapel*, Ethics and International Affairs 18 (2004), 81 ss.; *R. Miller*, Journal of Religious Ethics 37 (2009), 135 ss.; *Bazargan-Forward*, Ethics 125 (2014), 114 ss.; *el mismo* (2016), 165 ss.

[21] *García Huidobro/Miranda*, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 (2013), 351 ss.

[22] A favor de apreciar aquí un estado de necesidad defensivo justificante: *Köhler*, FS Schroeder, 2006, 267 ss.; *el mismo* (2017), 288.

[23] *Hirsch*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1011 ss.

antijurídica debe soportar bajo pena las reacciones dolosas dirigidas contra él —y que igualmente deben hacerlo cualesquiera de sus potenciales defensores—. Admitirlo constituiría aceptar una especie de sanción del *versari in re «licita»* —repárese: no ilícita, sino lícita—. Ciertamente, para sostenerlo, un sector doctrinal apela a criterios distributivos. Sin embargo, la vida ajena —y en general los bienes intrínsecos— no puede someterse a ellos. Por lo tanto, en tales situaciones lo más que cabe apreciar es una exclusión de la prohibición bajo pena de la conducta reactiva. Esto vale en particular para los casos de la denominada «perforación», es decir, la producción dolosa de la muerte de un bebé, una vez ya iniciado el parto, para salvar la vida de la madre.[24]

III. EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO

1. LA HISTORIA DOGMÁTICA

1.1. La tradición clásica

24 A lo largo de la historia, la exención de responsabilidad penal por estado de necesidad agresivo se ha enfocado de forma diversa a propósito de dos clases de situaciones. Por un lado, aquellas en las que la actuación necesaria conduce a una afectación de bienes extrínsecos de terceros. Por el otro, aquellas en las que la afectación recae sobre bienes intrínsecos de estos —singularmente, la vida y la integridad física—. El ejemplo paradigmático de lo primero fueron los casos de hurto famélico —*furtum famelicum*—. A su vez, el caso más representativo de lo segundo fue el problema de la tabla de salvación en un naufragio —la *tabula unius capax* o «tabla de Carnéades»— discutido ya por los filósofos griegos. En este ejemplo, un náufrago mata a otro para salvar su vida subiéndose a la tabla que solo soporta el peso de uno de ellos (*cfr. infra* capítulo 26/8).[25] Pues bien, la provisionalidad en la asignación de los bienes materiales explica por qué las lesiones de los bienes extrínsecos ajenos no constituyen ilícitos absolutos, sino que pueden estar justificadas en determinadas circunstancias. En cambio, el deber de respetar la vida, tanto la propia como la ajena, prevalece ante cualquier situación de necesidad. Al respecto, la única excepción viene dada por lo señalado a propósito de la legítima defensa (*cfr. supra* capítulo 19).

25 La institución del hurto famélico procede de la doctrina jurídico-penal canónica, así como de la filosofía moral y política de la Escolástica.[26] En efecto, del Derecho canónico proviene la formulación de la doctrina de «la necesidad no tiene ley» —*necessitas non habet legem*—. Sin embargo, la noción básica es muy previa y tiene su origen en la concepción tradicional cristiana acerca

---

[24] Sin embargo, a favor de un estado de necesidad defensivo justificante, *Roxin/Greco*, AT, 5.ª, 2020, 16/35 ss., 16/79.

[25] Lo relata *Cicerón*, Sobre los deberes, 44 a.C., III, 3, 89 y 90. Sobre la historia, *Küper* (1999), 29 ss.

[26] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 66, a. 1, o. 1-2.

de la propiedad, que establece que «todas las cosas son comunes en caso de necesidad» —*in necessitate omnia sunt communia*—.[27] El fundamento de esta idea es que, cuando surge la situación de necesidad vital, se suspende temporalmente el orden de los bienes, de modo que el apoderamiento de la cosa ajena ni siquiera es conceptualmente un hurto.[28] Por el contrario, resurge una comunidad de bienes, como la que existía entre los seres humanos antes de la caída en el pecado original. En efecto, en la tradición católica se atribuye a este pecado el origen de la propiedad privada.

26 Por su parte, la moderna doctrina social de la Iglesia Católica, en relación con el destino universal de los bienes, conduce a la misma conclusión. Su primera premisa es ciertamente la existencia de un «derecho» *prima facie*—es decir, una pretensión razonable— a la propiedad privada. La segunda premisa, sin embargo, es que para la especificación de este es necesario tener en cuenta el bien común y, en su marco, las necesidades de terceros. De este modo, se integran en él las consideraciones relativas a la función social de la propiedad —que, por tanto, especifican el derecho—. La conclusión del proceso de concreción del derecho es que, en la dialéctica entre lo primero y lo segundo, cuando hay una situación de grave necesidad prevalece esta última.[29] En realidad, la función social de la propiedad no solo admite su sacrificio en aras de la vida ajena, sino también su subordinación a otros intereses sociales. Por eso es delito la destrucción de una cosa propia que tenga una utilidad social (art. 289 CP español).[30] En fin, más allá de los casos de salvaguarda de la propia vida o de los intereses generales de la comunidad, tanto los juristas romanos como los comentaristas medievales italianos habían apreciado la licitud de ciertos casos de estado de necesidad patrimonial. Así, por ejemplo, la conducta de echar parte de la carga de un buque por la borda, para salvar el resto. Consiguientemente, sentaron las bases de la justificación de la salvaguarda de un bien patrimonial de mayor valor a costa de otro menor, al menos en el marco de comunidades de peligro.

1.2. Los cambios introducidos por el iusracionalismo

1.2.1. El estado de naturaleza y el contrato social

27 El iusracionalismo sentó las bases de dos construcciones paralelas, que traen causa del individualismo posesivo burgués. Por un lado, se configuró un esta-

---

[27] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 66, a. 7: «Si la necesidad es tan evidente y urgente que resulte manifiesta la premura de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga, como cuando amenaza peligro a la persona y no puede ser socorrida de otro modo, entonces puede cualquiera lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas, sustrayéndolas, ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propiamente razón de hurto ni de rapiña».

[28] *Pereda*, ADPCP 1964, 5 ss.; *Renzikowski* (2013), 16 ss.

[29] *Spaemann* (1991), 265.

[30] «El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses».

do de necesidad de base contractualista para la justificación de la lesión de la propiedad ajena. A su vez, este ya incorporaba condiciones limitadoras, como el deber de indemnización del afectado.[31] Por otro lado, tuvo lugar la construcción de un derecho general de necesidad como derecho «natural».[32] En efecto, se sostenía que la situación de necesidad conlleva un regreso al estado de naturaleza, en el que se elimina la sujeción por las leyes. Así pues, aquella genera un espacio «libre de Derecho», denominación que pretende señalar que el ordenamiento jurídico retrocede ante la situación fáctica.

1.2.2. El planteamiento individualista en Kant

28 En la Ilustración se dieron posiciones tanto contrarias como favorables a la justificación de la afectación de la propiedad ajena en estado de necesidad. A su vez, estas dependieron de que las premisas de partida fueran liberales o sociales y estas últimas, a su vez, holistas o bien utilitaristas. El planteamiento liberal individualista se halla representado por Kant. Este, partiendo de la vigencia incondicionada de los derechos subjetivos —de la noción de separación de esferas—, rechazó la existencia de derechos de necesidad. Así, excluyó la licitud de la conducta incluso de quien lesiona bienes extrínsecos de un tercero —paradigmáticamente, la propiedad— para salvar sus bienes intrínsecos —la vida—.[33] En el marco de su concepto abstracto de Derecho, esto último está tan categóricamente prohibido, como está permitida la conducta de legítima defensa. En efecto, Kant asociaba el estado de necesidad de uno con la solidaridad de otro, y no admitía la existencia de deberes jurídicos de solidaridad. Por el contrario, consideraba que la obligación de socorrer a terceros en situación de peligro grave pertenece únicamente al ámbito de la moral. Esto es lo que expresa la conjunción de sus famosas frases de que «la necesidad no tiene ley»,[34] y de que «no hay necesidad alguna que pueda hacer del injusto un derecho».[35] Ciertamente, la clave para entender bien su aparente contradicción radica en que la primera afirmación conduce únicamente a admitir una exención de pena basada en la equidad, es decir, en la justicia del caso concreto (*cfr. infra* capítulo 26/10).

29 Kant pretendía separar las dimensiones objetivo-general y subjetivo-individual del Derecho. Con tal fin, distinguió entre el plano de la ley jurídica general —que es el de la razón— y el de la sentencia del tribunal, en el que prevalecen las consideraciones relativas al caso. A su juicio, desde esta perspectiva concreta, en la que se ejerce la equidad —*aequitas*— integrada con elementos

---

[31] *Renzikowski* (2013), 20 ss.

[32] *Renzikowski* (2013), 22 ss.

[33] *Kühl*, FS Spendel, 1992, 92; *el mismo*, FS Hirsch, 1999, 265; *Küper* (1999),10 ss., 49 ss.; *Perdomo Torres* (2021), 23 ss. En cambio, *Helmers* (2016), 137 ss., 142-144, 154, sostiene que Kant sí reconoció algunos derechos de necesidad, relativos al uso de la cosa ajena.

[34] *Kant* (1797): «*Not kennt kein Gebot*».

[35] *Kant* (1797): «*es kann keine Not geben, welche, was unrecht ist, gesetzmäßig machte*».

de compasión o de indulgencia, la conducta del necesitado es conforme a Derecho. Expresado de otro modo, ciertamente tal conducta es antijurídica, pero la sanción del agente no sería equitativa. Con base en este criterio de equidad, Kant admite la impunidad en el caso concreto de la causación de la muerte de otro en casos de conflictos vitales —así, en el supuesto de la tabla de Carnéades— y, *a fortiori*, en el de quien lesiona la propiedad ajena para salvar la propia vida. En realidad, los antecedentes de esta teoría de la equidad se hallan ya en la obra de Francisco Suárez;[36] ahora bien, este ya había resuelto de modo previo, en el ámbito de la juridicidad, el caso del hurto famélico.

1.2.3. Las posiciones empiristas e idealistas

30 Los planteamientos inmediatamente posteriores a Kant fueron contrarios a su posición y, a su vez, diferentes entre sí. Así, en el extremo opuesto a la tesis kantiana, Fichte fundamentó de modo drástico un derecho de necesidad a la apropiación de un bien ajeno con base en la denominada «doctrina de la exención».[37] Esta se basa en consideraciones de filosofía política, concretamente de contractualismo social.[38] Así, su núcleo radica en que la situación de miseria —es decir, la imposibilidad de vivir del propio trabajo— determina la pérdida de vigencia del contrato social. En consecuencia, el sujeto afectado por aquella queda exento de toda legislación y no está obligado a respetar la propiedad ajena, que en realidad pasa a ser suya.

31 Por su parte, Feuerbach, discípulo *sui generis* de Kant, abandonó también la perspectiva de la distinción entre justicia abstracta y equidad. De conformidad con las premisas de su teoría de la coacción psicológica (*cfr. supra* capítulo 3/61), se centró en el conflicto de motivos que padece quien se encuentra en una situación de necesidad. En efecto, por un lado, sobre él incide el motivo representado por la amenaza de la pena. Por otro lado, el motivo que surge del instinto de autoconservación. Así, concluye que procede excluir la imputación en aquellos casos en los que la presión de la autoconservación da lugar a la inmotivabilidad del sujeto por la norma. Como luego se advertirá, tanto la tesis de Kant como, sobre todo, la de Feuerbach se hallan en el origen de aquellas variantes de las denominadas «doctrinas unitarias» del estado de necesidad que, a lo largo de los siglos XIX y XX, lo ubicaron exclusivamente en el ámbito sistemático de la culpabilidad.[39]

32 Frente a las posiciones mencionadas, Hegel estableció el punto de partida de una aproximación distinta, que se conoce como «doctrina de la colisión» o «de la ponderación». En efecto, esta atribuye eficacia justificante —en virtud de un derecho de necesidad— a las conductas que resuelven una situación

---

[36] *Vigo* (2011), 37.

[37] *Fichte* (1797), 30; *Renzikowski* (2013), 25 ss.

[38] Sobre ello, *Renzikowski*, JRE 11 (2003), 280.

[39] Próximo, *Momsen* (2006), 85.

de peligro que afecta a la vida, optando por la lesión de un bien inferior, concretamente la propiedad ajena.[40] En el caso de que se respete esta lógica, la conducta se mueve dentro del Derecho. Ahora bien, en la obra de Hegel no queda claro qué sucede en los conflictos de vida contra vida, ni aquellos en los que se salva un bien mayor —pero no vital— a costa de un bien menor.[41]

33 Entre los penalistas denominados hegelianos se dieron discrepancias que han marcado la discusión hasta hoy. Así, fue Berner quien formuló la «doctrina de la diferenciación» del estado de necesidad, hoy dominante. Según esta, por un lado, existen casos en los que se ejerce un «derecho de necesidad»; en concreto, cuando se salva la vida, o en todo caso un bien superior, a costa de la propiedad. Por otro, casos de «disculpa», paradigmáticamente en los conflictos entre vidas.[42] En cambio, Hälschner, menos hegeliano, no construyó una teoría del estado de necesidad justificante —conforme a Derecho—, sino simplemente una doctrina de la necesidad excluyente de la prohibición bajo pena.[43] Esta, por su parte, comprende los casos en los que se salva un derecho cualitativa o cuantitativamente mayor, pero también aquellos en los que se salva un derecho cualitativa o cuantitativamente igual que el lesionado.[44] Justo aquí se halla el origen de aquellas variantes de las «doctrinas unitarias» del estado de necesidad que lo ubican exclusivamente en el injusto (penal), y que luego, en el cambio de siglo XIX-XX, se desarrollaron bajo el impulso del utilitarismo.

1.2.4. Un balance

34 La perspectiva histórico-dogmática pone de relieve que en las propuestas de solución del problema del estado de necesidad convergen aproximaciones distintas. Por un lado, la deontológica, que parte de si se acoge o no la tesis de que existen esferas de libertad rígidamente separadas, punto decisivo de la tesis de Kant. Por otro, la consecuencialista, cuya premisa es el valor diverso de los bienes en conflicto, en la línea de lo advertido por Hegel. En fin, la motivacional, cuyo criterio rector es que los agentes en situación de necesidad experimentan conflictos de motivos de gran intensidad, como advierte Feuerbach. Ahora bien, ninguna de las tres perspectivas mencionadas contempla suficientemente la incidencia de otras razones deontológicas-axiológicas en la resolución del conflicto. En concreto, las relaciones entre las distintas esferas jurídicas, los deberes de sacrificio concurrentes, la incidencia de la provocación de la situación, etcétera. En definitiva, la relación entre las diversas variantes del estado de necesidad y el bien común político. De todos modos, puede afirmarse

---

[40] *Hegel* (1820), § 127, como cuestión de Derecho y no meramente de equidad. *Pawlik* (2002), 82 ss., 96; *Küper*, FS Otto, 2007, 82 ss.; *Perdomo Torres* (2021), 35 ss.

[41] *Renzikowski* (2013), 31.

[42] *Berner* (1861), 9-11; *el mismo*, Lehrbuch, 4.ª, 1868, 134-135.

[43] En el original: «*criminelles Unrecht*» (injusto criminal).

[44] *Hälschner* (1858), 271 ss., 276.

que, con el dibujo de las teorías unitarias en el injusto, las teorías unitarias en la culpabilidad y las teorías de la diferenciación, a mediados del siglo XIX está completo el panorama de la discusión actual sobre el estado de necesidad.

2. EL FUNDAMENTO DE LA JUSTIFICACIÓN

2.1. La evolución en la doctrina de cuño alemán

2.1.1. La entrada del utilitarismo

35 Con el cambio de siglo XIX-XX, la doctrina del interés preponderante se asentó como criterio rector de la justificación en general y, en particular, de la justificación por estado de necesidad. Así, su acogida significaba que, dada una situación de peligro que amenaza los bienes jurídicos de uno o varios sujetos, éstos o cualesquiera otros en su ayuda —en virtud del denominado auxilio necesario— pueden resolverla a costa de los bienes de un tercero, siempre que el resultado de su conducta sea el de «la máxima utilidad para el mayor número de personas». Este postulado, luego más o menos matizado, deriva de la filosofía angloamericana que, de la mano de J. Bentham (1748-1832) y de J. Stuart Mill (1806-1873), marcó la evolución intelectual de la segunda mitad del siglo XIX. En efecto, el vehículo de influencia de estos autores sobre la dogmática alemana fue el giro del civilista Rudolf von Jhering desde la jurisprudencia de conceptos hacia la de intereses.[45] A su vez, este cambio de método alcanzó a la dogmática del estado de necesidad de la mano del también civilista Rudolph Merkel,[46] discípulo de Jhering y tan influido como este último por la lectura de Bentham. Es verdad que esta línea entroncaba relativamente con el planteamiento de Hegel sobre la prevalencia del interés general. Sin embargo, lo hacía desde una teoría del Derecho y del Estado radicalmente distinta de la hegeliana.

2.1.2. El tránsito de las doctrinas unitarias a las de la diferenciación

36 La difusión de la doctrina del interés preponderante impactó sobre las distintas tesis que existían en la discusión alemana de finales del siglo XIX acerca del estado de necesidad. En concreto, como se ha indicado, estas eran las «teorías unitarias en la culpabilidad» —de origen kantiano—, las «teorías unitarias en el injusto» o, mejor, en la no prohibición bajo pena, y, en fin, las teorías de la diferenciación. En realidad, todas ellas podían sostener su compatibilidad con la legislación vigente en aquel país, representada por la fragmentaria regulación del Código penal de 1871. Sin embargo, la promulgación del Código civil alemán en 1900, que contenía la regulación de determinadas situaciones de necesidad justificantes,[47] puso fin a las teorías unitarias que

---

[45] *Coing*, ARSP 54 (1968), 69 ss.

[46] *Rudolph Merkel* (1895); *Lenckner* (1965), 51 ss.

[47] En sus §§ 228 y 904, todavía vigentes en ese país.

ubicaban el estado de necesidad en la culpabilidad y dio carta de naturaleza a la doctrina de la diferenciación.

La doctrina de la diferenciación sostiene que hay situaciones de necesidad 37
que dan lugar a una causa de justificación, mientras que otras se integran en un ámbito sistemático posterior, cuya naturaleza y contenido todavía se hallan pendientes de especificar con claridad. Pues bien, a principios del siglo XX el marco legal del estado de necesidad justificante en Alemania venía dado por los casos previstos en el Código civil para la lesión lícita de la propiedad ajena. En cambio, los supuestos contemplados en el Código penal (§§ 52 y 54) se mantenían como causas de «exclusión de la culpabilidad» o de exculpación. En suma, el ordenamiento jurídico positivo de aquel país sentaba las bases legales de una doctrina diferenciadora. Con todo, tal doctrina no halló acogida en el texto del Código penal alemán hasta la reforma de la Parte General en 1969, que entró en vigor en 1975 (§§ 34 y 35). Este modelo, como luego se verá, ha influido en las codificaciones iberoamericanas de finales del siglo XX y, por supuesto, en toda la doctrina de habla hispana.[48]

2.1.3. El estado de necesidad justificante «supralegal»

En el contexto previo a la consagración legal de la doctrina de la dife- 38
renciación en el Código penal, la jurisprudencia penal alemana del período de entreguerras construyó un «estado de necesidad justificante supralegal». Como se ha adelantado, este se basó en el que, según se entendía, constituía el fundamento de las causas de justificación legales; a saber, el «interés preponderante».[49] Este último fue el acogido en la discutida sentencia de 11 de marzo de 1927. En ella, el Tribunal Imperial alemán construyó una causa de justificación supralegal de estado de necesidad con el fin de absolver del delito de aborto al médico que lo cometió supuestamente para evitar un posible suicidio de la madre gestante.[50] En la sentencia el tribunal argumentó, en términos utilitaristas, con base en la existencia de un supuesto principio supralegal de compensación de bienes y deberes.[51] De este modo, sostuvo la justificación de la producción dolosa de su muerte con base en un criterio de mal menor.

2.2. La evolución en España

2.2.1. La codificación del estado de necesidad y del miedo insuperable

A diferencia del caso alemán, la codificación penal española acogió una 39
eximente legal de estado de necesidad de configuración amplia y objetiva, pero ceñida a las lesiones de la propiedad ajena. En definitiva, acorde con

---

[48] Por ejemplo, en los arts. 20.4.° y 20.5.° CP peruano.

[49] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 16/1 ss.

[50] *Engisch* (2001), 168-170; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 16/4. Crítico, *García Cavero* (2011), 137 ss.

[51] Ya *Binding* (1885), 760.

la tradición clásica. Así, el texto del art. 8.7.° del Código penal de 1848-1850 eximía de pena a: «El que, para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca un daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1. Realidad del mal que se trata de evitar; 2. Que sea mayor que el causado para evitarlo; 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo». Sin embargo, en la reforma del texto legal producida en 1932, el alcance del estado de necesidad se amplió. Así, la eximente, que además se calificaba de «justificante» en la Exposición de Motivos, (i) dejó de circunscribirse a las lesiones de la propiedad; aunque (ii) seguía exigiendo que el mal cuya evitación se pretende sea mayor que el causado. La redacción vigente proviene de la reforma de 1944, según la cual pasó a ser suficiente que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

40 El vigente modelo legal español se asienta en una eximente de estado de necesidad, basada en que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar (art. 20.5.° CP español), y otra de miedo insuperable (art. 20.6° CP español).[52] Así las cosas, la literalidad de ambas eximentes determina que ellas sean literalmente subsumibles: (i) Un estado de necesidad justificante concebido en términos deontológicos o de bien común —en el art. 20.5.° CP—; (ii) un estado de necesidad consecuencialista, basado en el principio utilitarista del mal menor (o igual) y no necesariamente justificante —asimismo en el art. 20.5.° CP—; y (iii) situaciones de necesidad no justificantes en las que tiene lugar la producción de un mal mayor —en el texto del art. 20.6.° CP—.

41 La eximente legal del vigente art. 20.5.° CP ampara literalmente los casos de «males iguales». Ahora bien, por un lado, eso no quiere decir que ampare toda lesión de un bien para salvar otro igual; y, por otro, tampoco conduce a calificar todo su tenor literal, en cualquiera de sus interpretaciones, como una causa de justificación.[53] Esta última afirmación trae causa de la naturaleza de las causas de justificación, que —en la concepción defendida aquí— conlleva que la conducta justificada sea conforme con el ordenamiento jurídico y que nadie pueda actuar de modo permitido contra ella. En efecto, una conducta que supuestamente causa un mal menor —por ejemplo, que lesiona corporalmente a una persona para salvar la vida de otra— no necesariamente es conforme a Derecho, de modo que deba ser soportada por el afectado, por el Estado y por otros terceros. Por lo demás, la lesión de un bien para salvar otro igual —matar a otro para salvar la propia vida—, en primer lugar, no

---

[52] Este modelo es relativamente similar al de los Códigos de Argentina y Colombia. En efecto, el art. 34.3.° CP argentino exime de responsabilidad al que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño. A su vez, el art. 34.2.° exime al que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente. Por su parte, el art. 32.7.° CP colombiano establece la posibilidad de actuar para proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente e inevitable de otra manera, siempre que el agente no haya causado intencional o imprudentemente el peligro y no tenga el deber de afrontarlo. Luego, el art. 32.8.° exime de responsabilidad al agente que obra bajo una coacción insuperable y el art. 32.9.°, al que obra impulsado por un miedo insuperable.

[53] Distinto, *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 199 ss.; *el mismo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 805 ss.

implica causar un mal igual que el que se trata de evitar, puesto que concluir esto último deja de considerar la instrumentalización de otras personas que tiene lugar mediante una conducta así. Por el contrario, supone la causación de un mal mayor. Sin embargo, aunque se entendiera que el mal es igual, de ahí tampoco se desprende que la conducta esté justificada, de modo que deba ser soportada por el afectado. En definitiva, la amplitud literal de la eximente permite una lectura utilitarista de su alcance, en concreto, del término «males»; pero no permite afirmar que, así interpretada, toda su literalidad opere como una causa de justificación.

2.2.2. La situación doctrinal

2.2.2.1. La persistencia de una posición unitaria

42 Una variante de las teorías de la unidad, presente todavía en la doctrina española, procede del siguiente modo. En primer lugar, hace una lectura consecuencialista del texto legal, en los términos de las doctrinas del «mal menor» o igual; a continuación, sostiene que ese texto contempla situaciones justificantes o de «no prohibición». A partir de ahí, afirma que, en situaciones de necesidad, la protección de un bien no está prohibida siempre que tenga lugar a costa de la lesión de otro bien menor o igual. De modo explícito, esta línea doctrinal señala que ello vale incluso para el conflicto de vida contra vida.[54] Por tanto, *a fortiori*, el homicidio doloso de una persona para salvar a dos o más no estaría prohibido; en la misma línea, la producción dolosa de cualquier lesión o mutilación de un sujeto para salvar la vida de otro tampoco estaría prohibido. En suma, el ámbito de lo prohibido se circunscribe a la lesión de un bien de mayor valor para salvar otro de inferior valor.

43 Ahora bien, esta doctrina no aclara de modo explícito si el estatus de «no prohibida» de una conducta tiene el significado de su justificación —esto es, su conformidad a Derecho— o solo el de su «no prohibición bajo pena», compatible con la afirmación de su antijuridicidad general (*cfr. supra* capítulo 18/146). De entrada, califica a la conducta que se realiza en estos casos como justificada. No obstante, simultáneamente admite que cabe reaccionar contra ella de modo justificado. Por tanto, esto significa admitir que tanto una conducta como la reacción contra ella son conformes al Derecho del Estado. Así se abona una guerra de todos contra todos, de la que el Derecho del Estado supuestamente se inhibiría, aunque de un modo inverso al seguido por la doctrina del «espacio libre de Derecho». Para esta última, en ciertos casos se produce un retorno al llamado estado de naturaleza con la vigencia de la ley del más fuerte. Por su parte, la teoría de la unidad en su variante de exclusión de la antijuridicidad sostiene que, en los casos mencionados, una conducta y

[54] *Gimbernat Ordeig* (1990), 218 ss.; *el mismo* (1995), 63 ss.; *Cuerda Riezu* (1984); *el mismo*, LH Roxin, 1994, 57 ss., 61-62. A esta línea se han sumado con matices otros autores en este siglo: *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 199 ss.; *Sánchez Dafauce* (2016).

la reacción contra ella están —ambas— justificadas o no prohibidas. De este modo niega la propia idea de un orden jurídico de conductas.

2.2.2.2. La pertinencia de distinguir entre la justificación y la exención de pena

44 Ya se ha señalado que el tenor de la regulación legal de la eximente de estado de necesidad —el vigente art. 20.5.° CP— permite ciertamente esta lectura. Sin embargo, hay que reiterar que el texto legal español no atribuye a la eximente ningún estatus categorial concreto en el marco de la teoría del delito. Por lo tanto, de ese tenor literal no cabe derivar ninguna consecuencia sistemática. Como se indicó en su momento, la justificación o conformidad a Derecho de una conducta no puede identificarse con su no prohibición bajo pena. En efecto, un comportamiento justificado no infringe la norma de conducta, lo que significa que es conforme a Derecho y que no admite reacciones justificadas. En cambio, un comportamiento no prohibido bajo pena infringe la norma de conducta, de modo que no goza de la protección general del Derecho. Lo que sucede es que en relación con ella se excluye la aplicación de la norma de sanción, de modo que esta última decae como refuerzo instrumental de la norma de conducta. Así, contra la conducta no prohibida bajo pena cabe reaccionar en legítima defensa o en estado de necesidad justificante.

2.3. El siglo XX y la prevalencia del utilitarismo limitado

45 A partir de la influencia de la jurisprudencia de intereses —del criterio del interés preponderante—, y a lo largo del siglo XX, la doctrina dominante sobre el estado de necesidad justificante ha asumido un criterio consecuencialista; más en concreto, utilitarista.[55] Sin embargo, es preciso advertir que su alcance se ha visto matizado en mayor o menor medida por correctivos desde perspectivas deontológicas o, al menos, de utilitarismo de la regla. En efecto, un sector doctrinal ha introducido límites absolutos de orden deontológico.[56] Así, por un lado, la exigencia de que el interés superior que se pretende salvar prepondere «esencialmente» sobre el lesionado.[57] Este quiere ser expresión de la existencia de un interés general en que no se produzcan perturbaciones del orden existente, que la actuación del necesitado siempre lesiona. Por otro lado, la de que la conducta justificada constituya el «medio adecuado para un fin justo» (conforme a la «teoría del fin»).[58] En concreto, esta determina que no se halle justificado lesionar bienes personales intrínsecos de terceros, aunque el saldo resultante de su lesión sea positivo; así, por ejemplo, mutilar el cuerpo de un sujeto para salvar la vida de otro. En efecto, en casos así se

---

[55] *Lenckner* (1965), 53, 89 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 16/7. Referencias en *Kühl* (2001), 48-49; *Molina Fernández* (2009), 125; *Wilenmann* (2017), 228 n. 36.

[56] *Neumann*, ARSP Beiheft 44 (1991), 256.

[57] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 11/31 y 33.

[58] Parcialmente crítico, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 16/7.

instrumentaliza a personas, desconociendo que éstas son «fines en sí mismas». De este modo, a la lógica de la utilidad se le ha opuesto, como elemento corrector, la lógica del derecho subjetivo a no ser tratado como una cosa. Por su parte, otro sector doctrinal ha admitido restricciones análogas desde la perspectiva del utilitarismo de la regla. Es decir, ha procedido a analizar qué ocurriría si una determinada conducta, que amplía el bienestar de la mayoría en un caso concreto, se generalizara, incluso se institucionalizara.[59] En el caso de que la institucionalización de la conducta del agente, convertida en práctica general, resultara lesiva, se excluye su justificación. Este argumento ha permitido igualmente excluir la justificación de la extracción coactiva de órganos de terceros para salvar la vida de otras personas.

2.4. Las tesis de la solidaridad

2.4.1. Generalidades

46 En las últimas décadas se ha ido consolidando en la doctrina del estado de necesidad una posición contraria al utilitarismo. En realidad, esta es el reflejo de la adopción de una perspectiva muy crítica sobre el cambio que tuvo lugar a finales del siglo XIX acerca del objeto de la protección del Derecho penal: desde las teorías del derecho subjetivo a las del bien jurídico.[60] Este sector doctrinal observa críticamente el hecho de que la doctrina del bien jurídico haga posible la comparación de algo que, de otro modo, resultaría inconmensurable. En concreto, los derechos individuales. Así, objeta que, en el marco de la ponderación de intereses, se acaba concluyendo que todos los bienes jurídicos son del Estado, de modo que la opción por el mal menor se acaba identificando con el interés del Estado (colectivista-consecuencialista). Aunque la plena corrección de esta tesis radical es muy discutible, lo cierto es que ha alcanzado bastante eco.

47 Así, buena parte de los autores que se sitúan en esta posición sostienen que el fundamento del estado de necesidad agresivo radica en la idea de solidaridad.[61] Sin embargo, entre ellos existen puntos de vista diversos en cuanto a la fundamentación de la solidaridad y, por eso mismo, también en cuanto a su contenido y límites: comunitaristas, republicanos, liberales-institucionalistas o bien liberales-contractualistas. Sea como fuere, todos pretenden proporcionar una legitimación a la conducta del necesitado frente al afectado por ella, sin someter a este último a la instrumentalización propia de la perspectiva utilitarista. Además, hacen hincapié en la rigidez estática de las esferas individuales y, por consiguiente, en la idea de que el estado de necesidad agresivo justificante constituye una anomalía excepcional.[62]

---

[59] *Hruschka* (2.ª,1988), 112 ss.; *Joerden*, GA 1991, 411 ss.; *el mismo*, GA 1993, 247 ss.

[60] *Renzikowski* (1994), 200 ss.; *Pawlik* (2002), 35 ss., 51 ss.; *Coca Vila* (2016), 238; *Köhler* (2017), 279.

[61] *Pawlik* (2002), 121 ss., 154 ss.; *Haas* (2002), 260 ss.; *Jakobs* (2012), 48-49.

[62] *Haas* (2002), 258 ss. Crítico, *Greco*, ZStW 134 (2022), 1 ss.

2.4.2. El contractualismo y el institucionalismo

48 Las fundamentaciones contractualistas se basan en el presunto otorgamiento de un consentimiento recíproco bajo el velo de la ignorancia. Así, se establece un principio de cooperación racional egoísta —hoy por ti, mañana por mí— con el que se pretende sostener tanto los deberes de solidaridad activa como los de naturaleza pasiva, que se identifican con la posición del afectado por la conducta realizada en estado de necesidad. En efecto, un egoísta racional puede aceptar como criterio rector el de que «una parte» del contrato soporte un sacrificio limitado con el fin de evitar a la «otra parte» un peligro de gran entidad.[63] Desde un punto de vista de contenidos, el contractualismo conduce a una ponderación entre derechos subjetivos de libertad y deberes de solidaridad. A partir de ahí, tiende a admitir el estado de necesidad agresivo únicamente cuando se salva un bien personal a costa de otro no personal, ya sea este patrimonial o supraindividual. Por su parte, las fundamentaciones institucionalistas parten de una delegación de la función estatal de «gestión» de las situaciones de peligro a ciudadanos que se reputan garantes y que «representan al Estado» allí donde este no consigue llegar.[64]

49 Sin embargo, con independencia de que se pueda coincidir en los resultados de su reconstrucción del estado de necesidad justificante, las doctrinas de la solidaridad no son convincentes. En efecto, sus premisas no resultan coherentes ni con la naturaleza relacional del ser humano, ni con un Estado mínimamente social. Ciertamente, los derechos no son estáticos y preexistentes a las relaciones interpersonales, sino que se especifican precisamente a través de las causas de justificación (*cfr. supra* capítulo 18/68; *infra* capítulo 21/7). Por lo demás, es patente que tales doctrinas no explican los casos de estado de necesidad en los que se lesionan y se salvan bienes colectivos.

2.5. El fundamento con base en el bien común

50 Como ya se ha adelantado, el fundamento del estado de necesidad justificante no se halla ni en la noción de utilidad, ni tampoco en la de solidaridad interpersonal. Su razón justificante, como el de todas las causas de justificación, es el bien común político. Por su parte, este es un concepto no utilitarista, pues, salvo en situaciones excepcionales que se hallan al margen de la normalidad constitucional, no puede hablarse de un bien común compatible con el sacrificio de bienes intrínsecos de la persona. En cambio, el derecho a proteger la propia vida a costa de la propiedad ajena es inherente a la dignidad personal y su fundamento, mucho más sólido que el de la potestad estatal de expropiación forzosa. Como luego se indicará, la vida y la integridad física personal sólo admiten la posibilidad de sacrificio en aras del bien común en los casos extremos de la gue-

---

[63] *Reinhard Merkel* (2000), 196 ss., 198-199. Crítico, *Pawlik* (2002) 67 ss.

[64] *Pawlik* (2002), 183. En contra de esta explicación estatalista, *van Weezel*, LH Etcheberry, 2016, 213 ss.; *el mismo*, PolítCrim 13 (2018), 1074 ss.

rra o de determinadas catástrofes en las que se halla en juego la supervivencia del Estado —la propia *res publica*—, que a su vez es condición del bien común. En cambio, la pretensión de mantener la propiedad privada se halla abierta a su especificación y a una eventual redistribución. Sin embargo, esta no determina la atipicidad de la conducta porque no cabe negar que se produce la lesión de un bien extrínseco y, con él, de la esfera de libertad de una persona.

En este contexto se explica la justificación de la conducta del necesitado —o de su auxiliador— que protege bienes intrínsecos de la persona, que a su vez debe ser respetada por terceros. Tales bienes, que se describen como objeto de derechos fundamentales en las constituciones y en los tratados internacionales, se refieren a la vida y a la integridad física de modo concreto. Sin embargo, en virtud de su efecto irradiante, alcanzan a otras dimensiones de la dignidad de la persona. En efecto, esta, y los derechos inviolables que le son inherentes, constituyen el fundamento del orden jurídico y la paz social (art. 10.1 CE). Ahora bien, la protección de estos bienes intrínsecos en el marco del estado de necesidad justificante tiene, a su vez, un límite en la protección de la dignidad de los terceros. Por eso, sólo pueden ser objeto de la acción del necesitado los bienes extrínsecos del afectado. 51

3. LAS REPERCUSIONES SOBRE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA

3.1. Para las posiciones liberales-individualistas y utilitaristas

Una perspectiva radicalmente liberal-individualista acerca del estado de necesidad conduce a excluir su consideración como causa de justificación. Es decir, ha de llegar a la conclusión de que la actuación del sujeto necesitado no es nunca —o casi nunca— conforme con el Derecho. Como se ha señalado, las interpretaciones de Kant conducen a ubicar todo el estado de necesidad en la categoría de la exculpación o, directamente, en la exclusión de la punibilidad. En el caso de otras posiciones liberales menos radicales el derecho de necesidad se concibe como un derecho débil, que sólo tiene como contrapunto un deber de fomento.[65] En cambio, una concepción holista, o contractualista-utilitarista, tiende a la ubicación del estado de necesidad, de modo ampliamente unitario, en el ámbito de la justificación de la conducta. Así, identifica la justificación con el «no estar prohibido» y justifica las intervenciones sobre bienes de terceros, para evitar peligros propios o ajenos, con el único límite de la proporcionalidad en cuanto al valor de los bienes. En concreto, su tesis reza que, en caso de colisión de bienes iguales o de colisión de bienes desiguales si se salva el de mayor valor, la conducta está justificada.[66] 52

Sin embargo, en realidad es discutible que estas tesis sean asumibles incluso desde perspectivas éticas consecuencialistas. En efecto, la lesión de un bien para 53

[65] En esta línea, *Freeland* (2023), 257 ss., 311 ss., 385 ss.

[66] *Gimbernat Ordeig* (1990), 218 ss.; *Cuerda Riezu* (1984); *el mismo*, LH Roxin, 1994, 57 ss., 61-62.

salvar otro igual produce un efecto de perturbación de la paz jurídica —del *statu quo*—, que impide la justificación de la conducta. Además, en los casos de afectación de bienes intrínsecos, a ello se añade la instrumentalización del afectado, que es lesiva de su dignidad. Por otro lado, tampoco es aceptable la idea de que la lesión de un bien de menor valor para salvar otro mayor siempre esté justificada. Las lesiones causadas a un tercero para salvar la propia vida sólo pueden considerarse lícitas desde la perspectiva del utilitarismo del acto. En cambio, ya desde el punto de vista del utilitarismo de la regla se advierte que la justificación de esa clase de conductas no puede aceptarse en ningún orden político. En efecto, su reconocimiento convertiría los hospitales en talleres coactivos de reposición de piezas humanas —riñones, pulmones, etc.—. En realidad, la instrumentalización y la indignidad derivadas de ello dan lugar a que se cause un mal mayor que el que se evita, por lo que no son subsumibles siquiera en el tenor literal del precepto del Código penal español relativo al estado de necesidad.

3.2. Para la perspectiva del bien común

54 Desde la perspectiva que considera que las causas de justificación responden al «bien común», es preciso distinguir entre este último y el «mal menor». Así, existe claramente un espacio para el estado de necesidad justificante, que comprende los casos de salvaguarda de bienes intrínsecos a costa de los bienes individuales extrínsecos —el patrimonio— de otro. Ello se plasma en el reconocimiento de un *ius necessitatis* a cometer un delito de la periferia de los *mala in se*. Además, también conduce a la justificación de la comisión de un *malum quia prohibitum* por necesidades de protección de un bien intrínseco, extrínseco personal, o incluso de otro bien suprapersonal más importante. La zona gris entre lo que cabe afectar y aquello que ya es intocable discurre por la afectación temporal de la libertad e intimidad ajena. En estos bienes, como se indicó, existe una dimensión intrínseca, a la que se le superpone una regulación estatal de naturaleza contingente. En cambio, la afectación dolosa de bienes intrínsecos de otro —vida, integridad física, salud— no está justificada por estado de necesidad. En otras palabras, este no ampara la comisión de un delito del núcleo de los denominados *mala in se*.[67] Sin embargo, en algunos de estos casos puede darse una exclusión de la prohibición bajo pena de la conducta (*cfr. infra* capítulo 26/80).

4. LA RELACIÓN INTERPERSONAL EN EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO JUSTIFICANTE

4.1. El derecho de necesidad y el deber de soportar la conducta necesaria

55 La situación de necesidad en la que se dan los requisitos justificantes constituye un auténtico derecho que permite injerirse en la esfera ajena de bienes.

---

[67] *Puppe* (2012), 262-263, excluye no sólo la vida e integridad física, sino también la libertad y el honor.

Ya se indicó que una posición doctrinal entiende que las causas de justificación son meros permisos o libertades que simplemente bloquean la prohibición, sin conferir derechos. También se añadió que aquí se entiende que la actuación justificada constituye el ejercicio legítimo de un derecho. Por lo tanto, debe ser soportada por el tercero a quien afecte, así como respetada por cualesquiera otros terceros. Como ya se ha indicado, esto suele ser designado con la denominación de «deber de tolerancia»,[68] aunque resulta preferible la expresión «deber de soportar». Esto significa que el propietario o el poseedor que se oponen a que el necesitado tome los bienes que precisa para subvenir a su necesidad en los términos establecidos, obran de modo antijurídico. En este punto existe amplio consenso, aunque la naturaleza del deber de soportar y las consecuencias de su infracción sean objeto de discusión (*cfr. supra*, capítulo 18/18).

4.2. La relación entre el deber de tolerancia —de soportar la acción necesaria— y el deber de socorro

56 La permisión de conductas en estado de necesidad —y, por consiguiente, el deber de soportarlas— contempla casos distintos de los de infracción del deber de socorro. Por eso, no es posible interpretar el deber de soportarlas como un deber de solidaridad pasiva, ni postular que se castigue como una omisión del deber de socorro. Ello es así por dos razones. En primer lugar, porque el deber de soportar se establece en beneficio de bienes jurídicos que no están protegidos por el deber de socorro. En segundo lugar, porque incluso en los casos en que ambos se establecen en favor de idénticos bienes jurídicos, el deber de soportar es un deber negativo y el deber de socorro es un deber positivo.[69] Ello se observa con claridad si se parte de que la existencia del estado de necesidad como causa de justificación —y con los deberes de soportar— es muy anterior a la juridificación de los deberes de socorro a mediados del siglo XX.

57 En efecto, los deberes de soportar —de tolerancia— no coinciden con los deberes de solidaridad pasiva porque los permisos en estado de necesidad tienen una extensión mayor que la propia de los deberes generales de socorro. Así: (i), el auxilio necesario puede consistir en la neutralización de un riesgo para bienes colectivos —sociales o estatales—. Con respecto a estos bienes no existe deber de socorro; en cambio, sí existe el deber de soportar la actuación

---

[68] En alemán: «*Duldungspflicht*». *Wilenmann*, InDret, 3/2014, 4; *Frisch*, InDret 4/2016, 4. En ocasiones, se designa con la de «deber de sacrificio»; así, *Perdomo Torres* (2021), 55 ss. Sin embargo, esta última expresión plantea dudas por la confusión que puede generar entre dos sujetos distintos: el que debe soportar la conducta del necesitado; y el necesitado o auxiliador que tiene deberes especiales. En efecto, en el marco de la dogmática del estado de necesidad —desde luego, en España—, el deber de sacrificio se refiere a aquellos sujetos necesitados que, por ostentar una especial posición de deber —soldados, policías, bomberos, etc.—, no pueden incidir en la esfera de terceros para evitar el mal que les acecha.

[69] Distinto, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 11/3; también, *Perdomo Torres* (2021), 66 ss.

en estado de necesidad para protegerlos. Además, (ii) es posible actuar en estado de necesidad justificante para salvar bienes patrimoniales importantes a costa de otros que lo son menos; en cambio, en tal caso, tampoco existe un deber de socorro.[70] Esto pone de relieve que en tales supuestos existe un deber de soportar, como deber negativo, pero no un deber de solidaridad pasiva, como deber positivo. Algo que se corresponde con que no exista un deber de auxilio necesario, en definitiva, un deber de socorro activo. Para advertirlo basta con pensar en un sujeto «A», que actúa en auxilio necesario para proteger el patrimonio ajeno, por ejemplo, frente a un incendio que se ha desencadenado en la casa vacía de su vecino «B». En primer lugar, no tiene ningún deber de hacerlo. Ahora bien, puede decidir hacerlo y, a tal fin, utilizar el agua de la piscina de su otro vecino «C». La cuestión es que ocurre si el vecino «C», cuando llega, le impide continuar con el uso del agua. La tesis que sostiene que la vulneración del deber de soportar debe castigarse por la vía de la infracción de deberes de solidaridad, tiene que concluir que la conducta del vecino «C» es impune. En efecto, el delito de omisión del deber de socorro no comprende la solidaridad con el patrimonio ajeno. Sin embargo, en tal caso lo razonable es sancionar al vecino «C» por infringir el deber de soportar la conducta necesaria ya iniciada. Otro tanto puede afirmarse si en lugar de la vivienda de «B», lo que sufre un incendio es el bosque cercano.

4.3. El deber de soportar la conducta necesaria y la dogmática de la interrupción de cursos causales salvadores

58 El deber de soportar las conductas lícitas de los demás constituye un deber de abstención, esto es, de omitir. Así pues, quien impide la conducta necesaria está impidiendo hacer «lo que la ley no prohíbe», sin estar autorizado para ello, de modo que comete un delito de coacciones. La pregunta adicional es si el que impide la conducta de quien obra lícitamente responde por los resultados lesivos derivados de tal impedimento. En este punto es necesario distinguir en función de si la conducta necesaria es autosuficiente para la salvación o no. En el caso de los cursos autosuficientes de salvación, la conducta de quien infringe el deber de soportar —aunque lo haga en su ámbito de organización— constituye la infracción de un deber negativo general de no interrumpir cursos causales salvadores de bienes jurídicos (*cfr. supra*, capítulo 18/39). Ciertamente, la actuación en estado de necesidad propio o ajeno constituye un curso causal salvador penalmente típico, pero justificado. Por tanto, su interrupción no se castiga como infracción de un deber positivo general, sino como vulneración de un deber negativo (*cfr. supra* capítulo 11/164).[71] En cambio, con respecto a cursos todavía no autosuficientes, quien no contribuye

[70] Tampoco existe el deber de proteger el patrimonio ajeno frente a agresiones (art. 450 CP español).

[71] *Silva Sánchez*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007 ss.; *el mismo*, LH Figueiredo Dias, 2009, 986 ss., 1002; próximo, *Figueroa Rubio*, Discusiones 18 (2016), 209 ss. Ya *Tomás de Aquino*, Suma Teológi-

a la conducta del necesitado o de su auxiliador infringe un deber positivo de socorro. Esto último significa que, si el sujeto que infringe el deber de soportar no se halla en una posición de garante, la sanción de esa infracción depende de la tipificación de la omisión del deber de socorro en la legislación de que se trate, así como de su alcance concreto. La delimitación de estos dos grupos de casos se muestra, por tanto, como una cuestión decisiva. Así, por ejemplo, en el caso en el que el propietario cierra la puerta de su casa, que se encontraba abierta, impidiendo que entre en ella una persona a la que perseguía un perro rabioso, que acaba mordiéndola.[72]

IV. LOS REQUISITOS DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

1. EL MAL QUE SE TRATA DE EVITAR

1.1. Los bienes protegibles

El mal que trata de evitar el sujeto que obra en estado de necesidad es la 59
lesión de un bien jurídico. Por su parte, los bienes jurídicos objeto de protección en estado de necesidad pueden ser tanto propios como ajenos, personales intrínsecos o extrínsecos, individuales o supraindividuales. Ciertamente, para la doctrina clásica los únicos bienes protegibles en estado de necesidad eran los vitales y, en algún caso límite, el patrimonio.[73] Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han ido ampliando progresivamente su ámbito. Así, es común delimitar negativamente el ámbito de lo protegible, indicando que basta con que no se trate de carencias leves sin afectación biográfica irrelevante.[74] En lo que hace a los bienes individuales, esto significa que no sólo cabe proteger los intrínsecos, sino también los extrínsecos. Por lo tanto, también el riesgo patrimonial puede dar lugar al surgimiento de una situación de necesidad. Por ejemplo, para impedir la propagación de un incendio forestal, que amenaza con alcanzar a una vivienda, es posible lesionar bienes ajenos, no sólo patrimoniales, sino también algunos personales, como la intimidad domiciliaria de un tercero. Asimismo, una crisis empresarial es un riesgo que puede generar una situación de necesidad; cuestión distinta es que su evitación pueda cumplir todos los requisitos del estado de necesidad justificante. Igualmente, es posible salvaguardar bienes supraindividuales en estado de necesidad,[75] aunque respetando los criterios de subsidiariedad que luego se exponen. Esto es, siempre que el Estado no se encuentre en condiciones de intervenir para

---

ca, II-II, c. 66 a. 2. Distinto, con referencia a que se trata de deberes de solidaridad, *van Weezel*, LH Etcheberry (2016), 222 ss.

[72] Ideado por *Meyer-Bahlburg*: *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 75 ss., 82-83.

[73] *Silva Sánchez*, ADPCP 1982, 667.

[74] *Wilenmann* (2017), 590-591.

[75] *Silva Sánchez*, ADPCP 1982, 671-672; *Cerezo Mir*, LH Jiménez de Asúa, 1986, 203; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 13/11.

preservar el interés colectivo amenazado. Así pues, no cabe recurrir al estado de necesidad cuando es posible avisar a la autoridad para que esta intervenga.[76] Ello responde a obvias consideraciones de bien común.

1.2. El peligro amenazante

60 Para poder apreciar la existencia de un estado de necesidad es necesario que uno de los bienes protegibles se encuentre en peligro, es decir, que su lesión sea inminentemente probable. Desde luego, no es preciso que proceda de una persona física, sino que puede traer causa de la actuación del Estado. Por ejemplo, puede consistir en las malas condiciones de las cárceles. A este respecto, hace décadas que la doctrina norteamericana sostuvo que, en casos de hacinamiento carcelario, el quebrantamiento de la condena puede estar justificado por estado de necesidad —con las limitaciones del principio de subsidiariedad—.[77] Igualmente, cabe actuar en estado de necesidad cuando el peligro no es penalmente típico, sino que deriva de un fenómeno natural —una nevada, el acometimiento de un animal, un síndrome de abstinencia de drogas o la ausencia de cobijo—.[78] Como se ha indicado, el supuesto clásico es el padecimiento de hambre, que da lugar a la justificación del hurto famélico. En todo caso, es necesario que quepa afirmar, mediante un juicio intersubjetivo *ex ante*, la probabilidad —permanente, actual o inminente— de lesión.[79] Así pues, los peligros remotos no dan lugar a un estado de necesidad.[80] Por su parte, los peligros meramente supuestos —las situaciones de necesidad putativas— deben afrontarse conforme a la doctrina del error sobre los presupuestos de las causas de justificación —mejor, suposición errónea de la concurrencia de tales presupuestos— (*cfr. supra* capítulo 18/103).

61 La valoración de una determinada probabilidad de lesión como un mal ha de realizarse conforme a criterios normativo-sociales generales.[81] Así las cosas, no puede calificarse como mal una conducta que constituye un riesgo permitido, o que es socialmente adecuada, o que, en fin, redunda en una afectación insignificante de la esfera de bienes del sujeto. Por poner un ejemplo, el estado de necesidad no ampara la conducta de protesta de un activista climático, que se encadena en una vía pública perturbando el tráfico. Por un lado, porque el peligro derivado del cambio climático no es inminente; por otro, porque la actividad industrial formalmente lícita, siempre que no redunde en un peligro concreto para bienes intrínsecos de personas determinadas, constituye un

---

[76] Así, *Roxin*, AT, 4.ª, 2006, 16/10; *Wilenmann* (2017), 584 ss.

[77] O, al menos, amparado por una causa de exculpación. El *leading case* fue «*People vs. Lovercamp*», de 1974. Sobre ello, *Fletcher*, UCLA L. R. 26 (1976-1977), 1355 ss.

[78] *Silva Sánchez*, ADPCP 1982, 667; *Baldó Lavilla* (1994), 124.

[79] *Silva Sánchez*, ADPCP 1982, 669; *Cerezo Mir*, LH Jiménez de Asúa, 1986, 202-203; *Baldó Lavilla* (1994), 123 ss., 129,147; *Rotsch*, FS Neumann, 2017, 1017 ss.

[80] *Cerezo Mir*, LH Jiménez de Asúa, 1986, 202; *Baldó Lavilla* (1994), 138.

[81] *Silva Sánchez*, ADPCP 1982, 665; *Baldó Lavilla* (1994), 124-125.

riesgo permitido; en fin, porque cabe rechazar la idoneidad de la conducta típica para proteger el bien jurídico.[82]

2. LA ACCIÓN NECESARIA Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

2.1. Generalidades

La conducta que afecta al tercero debe ser necesaria *ex ante* para evitar el mal que amenaza al necesitado. Esto significa que tiene que ser idónea —en términos intersubjetivos *ex ante*— para superar la situación de peligro; y que no haya alternativas menos gravosas *ex ante*. Tal idoneidad no tiene que manifestarse en una adecuación para neutralizar absolutamente la situación de peligro. Por el contrario, basta con que la conducta no sea inadecuada,[83] es decir, con que muestre aptitud para la disminución del riesgo. Esta aptitud puede manifestarse por tres vías: la de rebajar la magnitud previsible de la lesión; la de disminuir la probabilidad de la producción del daño; o, en fin, la de retrasar dicha producción.[84] En cambio, no es necesario que se logre neutralizar el peligro, salvando el bien jurídico. Así, por ejemplo, la conducta de quien lleva a un herido grave al hospital a velocidad excesiva y poniendo en peligro la circulación está justificada, aunque el herido no llegue con vida al centro sanitario.[85] En cambio, no está justificada si lo más razonable *ex ante* es avisar a una ambulancia. Por lo demás, las divergencias entre el juicio intersubjetivo *ex ante* y el juicio *ex post*, así como entre el juicio intersubjetivo y la representación del sujeto activo deben afrontarse como se ha señalado de modo general a propósito de las causas de justificación y, en particular, de la legítima defensa (*cfr. supra* capítulos 18/94; 19/108). **62**

Un problema singular es el del denominado *«elemento subjetivo» de justificación. Ciertamente, también aquí cabe discutir si este requiere sólo que la concurrencia del elemento cognitivo o, además, también un elemento motivacional, a saber, la precisa voluntad de actuar «en» estado de necesidad,* «para evitar un mal propio o ajeno». *Esta expresión, contenida el texto del art. 20.5.°* CP español, no ha obstado a que la posición mayoritaria sostenga que basta con el conocimiento de la situación de necesidad. Con todo, es cierto que en algunos casos solo el motivo que guía al sujeto permite identificar el auténtico sentido de su conducta.[86] En efecto, ya se ha señalado reiteradamente que el elemento motivacional no pertenece al juicio de imputación subjetiva, sino que se integra en el juicio intersubjetivo **63**

---

[82] Más abierto a la justificación, *R. Schröder*, GA 2023, 648-649.

[83] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991,13/16.

[84] *Baldó Lavilla* (1994), 149-150, n. 333.

[85] *Roxin*, AT, 4.ª, 2006, 16/19.

[86] Así, en el ejemplo de *Tadros* (2020), 243 ss., una prostituta es forzada por el proxeneta a tener relaciones sexuales con los clientes, con la amenaza de lesionarla si no lo hace. En este contexto, cabe distinguir entre el cliente que sencillamente tiene tales relaciones con la prostituta amenazada y el que lo hace para evitarle la paliza a aquella.

de atribución de significado a la conducta, en su caso, justificante (*cfr. supra* capítulo 18/118).

64 En los intentos fracasados de salvación el agente lesiona el bien del tercero, pero no logra conjurar la situación de peligro que amenazaba, de modo que también se produce el resultado que pretendía evitar. Ciertamente, esta cuestión no es objeto de regulación legal explícita. Ahora bien, al respecto cabe considerar dos posibilidades: la primera es que el fracaso se deba a un error intersubjetivamente invencible sobre la necesidad de incidir sobre el bien afectado como medio para evitar la lesión del sujeto necesitado; la segunda, que el error sea sólo personalmente invencible o bien vencible. En este segundo caso, corresponde darle el tratamiento del error sobre los presupuestos jurídico-normativos de la causa de justificación de estado de necesidad (*cfr. supra* capítulo 18/104).

65 La exigencia de que la acción sea realmente necesaria implica no sólo la idoneidad *ex ante* de la conducta para salvaguardar el bien jurídico afectado, sino también la vigencia del principio de subsidiariedad.[87] Por su parte, este tiene una doble dimensión, externa e interna. En virtud del principio de subsidiariedad externa, el agente debe optar por cualquier medio lícito existente para hacer frente a su situación de necesidad, antes de proceder a la realización de la conducta típica.[88] Este principio, a su vez, se concreta en tres deberes. En primer lugar, el deber de sacrificio en cuanto a determinadas lesiones poco relevantes en los propios bienes. En efecto, el estado de necesidad justificante no ampara el recurso a la realización de conductas típicas con el fin de neutralizar riesgos no muy elevados para bienes no muy importantes. El ejemplo académico clásico señala que, en un día de lluvia sucia, el personaje elegantemente vestido no puede quitar el paraguas a un mendigo con el argumento de que su traje vale mucho más que los harapos de aquél. En efecto, su conducta sigue sin estar justificada, aunque a cambio le entregue una cantidad elevada de dinero, que el mendigo rechaza. Es cierto que, en el caso de forzar una transacción, ambos podrían salir económicamente beneficiados, pero ello no cambia la solución del caso. Esta regla tampoco puede ser modificada apelando a consideraciones relativas a un saldo global positivo de la injerencia en esferas ajenas, en términos de la obtención de una mayor utilidad social. En efecto, lo que quedaría afectado en casos así son los deberes de justicia frente a los terceros. Por lo tanto, con respecto a estos cursos de peligro cualquier afectado tiene un deber de sacrificio, basado en consideraciones de bien común. En efecto, aun cuando el agente pudiera evitar una afectación insignificante para sus bienes causando un mal todavía menor, el mantenimiento de la paz jurídica impide justificar su conducta. En definitiva, los riesgos leves para la propiedad no pueden dar lugar a un estado de necesidad justificante.

---

[87] SSTS 769/2013 de 18 de octubre; 664/2018, de 17 de diciembre.

[88] *Cerezo Mir*, LH Jiménez de Asúa, 1986, 202; *Baldó Lavilla* (1994), 151; *Wilenmann* (2017), 598.

En segundo lugar, el principio de subsidiariedad externa fundamenta el deber de recurrir, de modo preferente con respecto a la realización típica, a ámbitos regidos por deberes jurídicos especiales de terceros, o por un principio de supererogación de estos. Así, por ejemplo, a la familia o a los amigos. En tercer lugar, constituye la base del deber de someterse a los procedimientos jurídico-públicos establecidos para afrontar su situación de necesidad —en virtud del principio de «primacía de las instituciones»—. 66

2.2. El principio de primacía de los procedimientos institucionalizados

2.2.1. Generalidades

La expresión «primacía de las instituciones» designa la hipotética preferencia que, frente al recurso justificante al estado de necesidad, tiene el seguimiento de los procedimientos estatales institucionalizados para la solución de conflictos.[89] Este efecto de oclusión del ámbito de la justificación se pretende vincular al respeto a las vías que el legislador democrático —y, de forma delegada, el poder ejecutivo y la administración— han fijado para resolver determinados conflictos. Así, por ejemplo, se señala que un enfermo no puede robar un medicamento en una farmacia amparado por el estado de necesidad, cuando podría haberlo solicitado en el marco de los procedimientos del sistema público sanitario. Igualmente, no es lícito cometer un hurto de productos de alimentación de un supermercado, si se puede acceder a un comedor social. Sin embargo, el tratamiento de esta cuestión exige llevar a cabo varias distinciones. 67

2.2.2. La diversidad de los procedimientos institucionalizados

En primer lugar, es preciso distinguir entre procedimientos con existencia real y meramente nominales. En efecto, con base en un procedimiento puramente nominal no cabe pretender una limitación del alcance de la causa de justificación de estado de necesidad. Cuando una institución no existe o existe sólo sobre el papel —en el marco programático de la Constitución, o en la formalidad de una ley—, pero no funciona en absoluto, o no opera en el caso concreto, no es posible limitar el recurso a esta causa de justificación. En segundo lugar, es necesario precisar qué significa que un procedimiento sea real. En efecto, el criterio de primacía de las instituciones no plantea especiales problemas jurídico-políticos si la institución correspondiente tiene la capacidad efectiva de subvenir a la necesidad del agente necesitado. Por ejemplo, si existen comedores o dormitorios sociales, ciertamente hay que recurrir a ellos antes que al hurto o a la ocupación de viviendas ajenas. Este dato determina que la justificación por estado de necesidad tenga un menor espacio de juego 68

[89] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 13/36 ss.; *el mismo* (2012), 49; *Pawlik* (2002), 182 ss., 218 ss.; *Lee* (2009), 140; *Thorburn* (2011), 33-34; *Coca Vila* (2016), 306 ss.; *Wilenmann* (2017), 600-601.

en el marco de comunidades políticas en las que proliferan las posiciones de garantía jurídico-públicas, y viceversa. En definitiva, en sistemas fuertemente institucionalizados, se diría que el estado de necesidad justificante aparece reducido a los casos de accidentes y catástrofes.

69 Sin embargo, las cosas no son tan claras. En efecto, el problema real deriva de la escasez fáctica de recursos para hacer frente a todas las situaciones de necesidad. Sentada tal escasez, los procedimientos institucionalizados suelen establecer los criterios de inclusión y exclusión, de priorización y posposición en la asignación de tales recursos —por ejemplo, en la asignación de viviendas sociales, o de determinadas prestaciones sanitarias públicas—. Pues bien, en este punto lo más que cabe pedir es que tales criterios se hayan configurado de forma equitativa, es decir, que exista igualdad de oportunidades de acceder a los recursos escasos. En la actualidad, ello debe ser entendido también en el sentido de que se impidan los sesgos en la programación de los algoritmos del procesamiento artificial de información en cuya virtud se asignan tales recursos. Garantizado esto, cabe que el criterio rector del procedimiento en cuestión conduzca a que el peligro que aqueja al agente sea afrontado de modo inmediato. Pero también cabe que establezca que tal peligro debe ser afrontado con posterioridad, o incluso nunca, de modo que tiene que ser padecido por el afectado.[90]

2.2.3. El ejemplo de las crisis empresariales

70 En la jurisprudencia es común rechazar la aplicación del estado de necesidad justificante a la realización de tipos de delito del Derecho penal económico.[91] A este respecto, precisamente el argumento más común es la inadecuación de la estructura de esta causa de justificación a la «necesidad económica» o «empresarial», en la medida en que existen procedimientos institucionalizados —preferentes— para resolverla. Así, por ejemplo, la alegación de estado de necesidad en casos de defraudación tributaria ha sido rechazada reiteradamente, diferenciando los conceptos de declaración y pago. En concreto, se señala en primer lugar que el deber tributario de declaración no admite infracciones justificadas. A continuación, en lo relativo al subsiguiente deber de pago de la cuota tributaria, se añade que existen procedimientos institucionalizados para los casos de necesidad económica, como la solicitud de aplazamiento o de fraccionamiento del pago. En suma, se afirma categóricamente que nunca está justificada por estado de necesidad la utilización del IVA repercutido, de las retenciones con cargo al IRPF de los trabajadores, o de la cuota patronal u obrera de la Seguridad Social, para afrontar gastos imperiosos de la empresa. Del mismo modo que en el caso de los delitos tributarios, se rechaza la apreciación del estado de necesidad justificante en las insolvencias. De nuevo, el

---

[90] *Pawlik* (2002), 218 ss.; *Puppe* (2012), 261.

[91] SSTS 1556/2004, de 30 de diciembre; 419/2009, de 31 de marzo.

argumento es la existencia de procedimientos institucionalizados —concursales—, previstos para hacer frente a las crisis de empresa.

71 Con todo, es preciso advertir que el recurso a los procedimientos administrativos institucionalizados muestra una limitada eficacia *ex ante*. En efecto, existen lapsos importantes de tiempo entre el momento de la declaración tributaria y la aceptación de la solicitud de aplazamiento de pago. Por lo tanto, no siempre puede decirse que sean eficaces. Además, es razonable diferenciar entre un «estado de necesidad económico-financiero» y un «estado de necesidad empresarial», aunque puedan existir intersecciones entre ambos. Ciertamente, en el primero puede ser más difícil apreciar su efecto justificante, aunque es temerario excluirlo de modo radical. En cuanto al segundo, sin duda existe y debe dar lugar a la justificación en los casos en los que concurran los requisitos concretos. Así, por ejemplo, en casos de accidentes industriales en los que la reducción del riesgo para las personas obliga a la realización de conductas lesivas del medio ambiente.[92] En supuestos de esta naturaleza el problema vendrá dado, en su caso, por una posible provocación imprudente de tal situación de necesidad. Por poner otro ejemplo, no cabe rechazar la posibilidad de un estado de necesidad justificante en la conducta del administrador social que, cediendo a las amenazas de incendiar la fábrica, sus camiones, etc., de una organización mafiosa o terrorista, le abona las cantidades que exige, o realiza otras conductas típicas. Esta situación se ha extendido por todo el mundo a propósito de los ciberataques, en los que se amenaza con la destrucción de los datos de la empresa. Igualmente, cabe que una empresa incurra en delitos de corrupción como consecuencia de las exigencias de un régimen político corrupto que, de otro modo, no le permitiría realizar sus actividades en el país correspondiente. El procedimiento institucionalizado existente en estos casos —denunciar el hecho a la policía, igualmente corrupta— no alcanza el nivel de solución alternativa mínimamente eficaz.

2.2.4. La consiguiente reducción del ámbito del estado de necesidad justificante

72 En los casos en los que existe un procedimiento jurídico-público de las características mencionadas, el principio de subsidiariedad externa excluye la justificación de la conducta típica del agente. Así, lo que sucede es que el clásico derecho de necesidad se transforma en la pretensión de que el procedimiento administrativo de asignación de recursos siga un criterio distributivo justo —y no sólo orientado a la eficiencia—. Ahora bien, si esto último se cumple o no es algo que sólo se puede dilucidar en la jurisdicción contencioso-administrativa y en la constitucional. En cambio, en el proceso penal no es posible efectuar un juicio sobre si los criterios rectores de tal procedimiento han sido equitativos para el sujeto postergado. En efecto, la jurisdicción penal no puede emitir juicios sobre la legalidad de los reglamentos ni revisar actos administrativos.

[92] STS 600/2009, de 5 de junio.

Por tanto, el órgano judicial penal no puede declarar, sin invadir competencias ajenas, que la asignación institucional de recursos escasos es injusta para un agente concreto, de modo que este puede acogerse a un permiso de actuación con base en el estado de necesidad justificante.

73 En la práctica, los criterios distributivos que hayan seguido el poder legislativo, el ejecutivo y la administración pública prevalecerán sobre la solución jurídico-penal al problema. Sin embargo, es sabido que aquellos suelen responder a razones de eficiencia, es decir, de un interés preponderante en términos económicos —basado en un utilitarismo de la regla—. Este problema subyace a los criterios de dispensación gratuita o no de un medicamento, de fijación de los plazos de espera para la asignación de una solución médica —una silla de ruedas—, o para la práctica de una determinada operación quirúrgica en los servicios públicos de salud. En efecto, tales decisiones —políticas en sentido amplio— responden al abordaje general de un macroproblema social y no de situaciones concretas. De este modo, la lógica del estado de necesidad se ve subordinada a otra, a saber, la de burocratización y procedimentalización de las soluciones. Por ejemplo, una persona sometida a intensos dolores —por un cálculo renal o por un problema óseo—, cuya intervención quirúrgica se pospone durante meses por la sanidad pública, no está amparada por la causa de justificación si realiza una conducta típica para obtener el dinero necesario para recurrir a la sanidad privada. Igualmente, no está justificado en estado de necesidad hurtar la cantidad precisa para comprar un medicamento que se necesita, pero que la sanidad pública considera que no se tiene derecho a recibir de modo gratuito.

74 Este enfoque es internamente coherente, en la medida en que conduce a que el estado de necesidad justificante no se convierta en una pieza discordante del sistema. En efecto, permite salvar la unidad del ordenamiento jurídico, que es decisiva en las causas de justificación. Sin embargo, su consecuencia práctica es la reducción drástica de la protección de bienes —entre ellos, de modo especialmente relevante, los intrínsecos— por estado de necesidad. Así las cosas, se transmite la impresión de que la única opción real para afrontar las situaciones de necesidad es incrementar los tributos, para aumentar los ingresos públicos, dotar de mayores medios a los procedimientos institucionalizados y evitar la creciente escasez de recursos.

2.2.5. El recurso a la exclusión de la prohibición bajo pena

75 La causa de justificación de estado de necesidad es accesoria del Derecho administrativo o del Derecho civil allí donde estos han establecido disposiciones que regulan la situación de que se trate. Como se ha indicado, esto es una consecuencia del principio de unidad de ordenamiento jurídico, que se traduce en el concepto unitario de antijuridicidad. Ahora bien, entonces es preciso construir de modo adicional un estado de necesidad estrictamente «teleológico», que se oriente a la exclusión de la prohibición bajo pena. Así, algunos de

los casos en los que se vulnera el principio de primacía de las instituciones, y en los que, por tanto, no cabe justificación general de la conducta —actuación conforme a Derecho— deben poder entenderse como supuestos de exclusión de la prohibición bajo pena. Ciertamente, esto último determina que quepa una reacción defensiva contra la conducta del sujeto. Por tanto, el afectado por un mal tiene que elegir entre someterse al procedimiento institucionalizado, o afrontar una reacción defensiva —que, sin embargo, no puede alcanzar a sus bienes intrínsecos—. En realidad, como se ha indicado de modo reiterado, la consecuencia fundamental de la realización de una conducta no prohibida bajo pena es que tal conducta es antijurídica y, por tanto, puede y debe ser impedida por las autoridades. En este punto, el ejemplo más claro es el de la ocupación de una vivienda ajena vacía, cuando existe un procedimiento de solicitud y asignación de viviendas de titularidad pública.[93]

2.3. La dimensión interna del principio de subsidiariedad

76 El principio de subsidiariedad tiene, de modo adicional a su dimensión externa, otra interna. En su virtud, el agente tiene que optar por realizar la conducta típica menos lesiva. Esto significa que su conducta no está justificada, aunque produzca un mal menor que el que pretende evitar, cuando estaban a su alcance males todavía inferiores. Desde luego esta limitación, que no se menciona explícitamente en la regulación del Código penal español, no se puede explicar desde una perspectiva social utilitarista. En efecto, quien causa un mal menor que el que evita, ya mejora con ello el saldo social. Sin embargo, la subsidiariedad interna constituye una exigencia de justicia con respecto al afectado por la conducta del sujeto necesitado. En efecto, solo está justificado recurrir precisamente a los bienes de este cuando ello es, por un lado, imprescindible y, además, constituye el mal mínimo. La opción por realizar la conducta más leve de modo preferente a cualquier otra más grave debe tener en cuenta no solo la magnitud del daño posible, sino también la probabilidad de éste, así como la inminencia de su producción.[94]

3. EL MAL CAUSADO

3.1. Planteamiento

77 Existen dos grandes subgrupos de conductas necesarias. Por un lado, el de las que inciden sobre los bienes jurídicos individuales ajenos. Por otro, el de las que afectan a bienes jurídicos supraindividuales, de titularidad social o estatal. En función de cuál de ellos se trate, se modifica también la esfera de los bienes

[93] *Coca Vila*, LH Reyes Echandía, 2022, 551 ss., 570 ss.

[94] Cuestión distinta es la relativa al deber de optar preferentemente por otras causas de justificación antes de recurrir al estado de necesidad agresivo. En efecto, resulta común afirmar la prevalencia del consentimiento, así como de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo, salvo que los efectos de estos sean mucho más gravosos. *Baldó Lavilla* (1994), 154, 156.

protegibles. En efecto, la doctrina que pretende una delimitación general del alcance del estado de necesidad lo hace pensando que sólo es posible afectar a bienes individuales ajenos. Sin embargo, esta limitación no es inherente ni al texto legal ni a la institución dogmática del estado de necesidad. Así, está justificada la afectación de bienes supraindividuales para salvar bienes personales intrínsecos. Ahora bien, asimismo está justificada la afectación de bienes supraindividuales para evitar graves lesiones de bienes patrimoniales —que son extrínsecos—. En fin, incluso es posible que el conflicto se dé sólo entre bienes supraindividuales. Esta panorámica pone de relieve de nuevo que el juego de la autonomía y la solidaridad se queda corto para fundamentar el estado de necesidad justificante. Al tiempo, pone de relieve cómo en él se trata de la salvaguarda del bien común.

3.2. La lesión de la propiedad o el patrimonio ajeno

78 En estado de necesidad cabe afectar, ante todo, a bienes ajenos fungibles o no fungibles pero cuya lesión sea compensable. Paradigmáticamente, a la propiedad.[95] Tal posibilidad guarda relación con la función social de aquella. En el caso español, mientras que en el art. 33.1 CE se reconoce el derecho a la propiedad privada, en el art. 31.2 CE se añade que la función social de este derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. En efecto, este criterio de especificación del derecho a la propiedad privada halla expresión incluso en la existencia de un delito de daño en cosa propia de utilidad social (art. 289 CP español). Así, la STS de 21 de enero de 1986 ya indicaba que concurre «hurto necesario, miserable o famélico en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño, para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, vestido, habitación y asistencia médico-farmacéutica». Ahora bien, además el ámbito del estado de necesidad comprende también casos en los que, aun sin hallarse implicada la vida o la propia supervivencia del sujeto necesitado «por lo menos, entran en pugna los sufrimientos que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida deparan al ser humano, con el respeto a la propiedad de los bienes ajenos». En cambio, no basta con una mera estrechez económica; y, como se ha indicado, es preciso haber agotado previamente todos los recursos que se podían utilizar en la esfera personal y familiar. Ciertamente, aquí no se tiene en cuenta el valor de afección (moral) que cabe que alguien vuelque en elementos del patrimonio. Por ejemplo, en una mascota, que es sacrificada por un necesitado para comérsela.

3.3. La afectación de bienes intrínsecos

79 En cambio, el estado de necesidad no puede justificar la afectación de bienes ajenos intrínsecos, cuya lesión se integre en el núcleo de los delitos *mala in se.*

---

[95] *Köhler,* AT, 1997, 281; *el mismo* (2017), 285; *Helmers* (2016), 251 ss.; *Greco,* ZStW 134 (2022), 1 ss.

La razón de ello viene dada por la exigencia de respeto a la dignidad ajena, que constituye un límite infranqueable.[96] Con todo, frente a esta línea de argumentación —básicamente sistemática—, existe otra posición que admite que el estado de necesidad justifique la producción de «una fractura o una lesión intensa sin riesgo vital ni secuelas considerables».[97] A este respecto es posible formular una regla práctica. Así, puede afirmarse que los bienes que son indisponibles por su titular —o sólo son disponibles de modo condicionado en términos procedimentales— no se pueden lesionar justificadamente en estado de necesidad. Pues bien, desde luego no cabe disponer de la vida, ni de la integridad física, o en todo caso ello tiene lugar con limitaciones legalmente establecidas. Así sucede en la donación de sangre, en la donación de órganos para trasplante y, en general, en las intervenciones quirúrgicas. Por lo tanto, debe sostenerse *a fortiori* que tampoco cabe recurrir a esos bienes ajenos en estado de necesidad agresivo. De este modo, ninguna lesión corporal puede quedar justificada por estado de necesidad.[98] Un segundo argumento —este derivado de legislación vigente en España— es que no se permite la injerencia en la integridad corporal ajena ni siquiera por razones graves de interés público. En efecto, cualquier tratamiento médico ha de ser consentido. Así pues, si la persona afectada no puede consentir, el consentimiento prestado por terceros, la autorización judicial y, en defecto de las anteriores, una intervención médica no consentida ni autorizada tienen que basarse en el beneficio para su vida y su salud. Por lo tanto, no en intereses de política sanitaria.[99] Este criterio fue el empleado para justificar la vacunación de personas discapacitadas durante la epidemia del COVID-19.[100] Ahora bien, este segundo argumento no tiene tanto peso general, de modo que en abstracto es posible legitimar la vacunación coactiva para evitar la transmisión de enfermedades infecciosas.

En todo caso, si algún día bienes como la integridad corporal pasaran a 80
ingresar en el tráfico jurídico —en el mercado— y llegaran a ser disponibles, es decir, a tener un precio, el ordenamiento debería permitir afectarlos en estado de necesidad agresivo. Ciertamente, ello debería tener lugar en los

---

[96] Excluyendo igualmente los bienes intrínsecos *Helmers* (2016), 249.

[97] *Wilenmann* (2017), 612 ss., 614, en tanto que afectaciones biográficas menos relevantes.

[98] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 13/25. El caso límite es el de la extracción coactiva de sangre de otro, para salvar la vida de un tercero. A favor de la justificación en tal caso, *Roxin* (1972), 59; *Brudner*, OJLS 7 (1987), 365.

[99] El art. 9.2. de la Ley española 41/2002, de autonomía del paciente dispone: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él». Es importante subrayar que art. 9.2. a) de la Ley 41/2002 no tiene desarrollo legislativo.

[100] STC 38/2023, de 20 de abril.

términos del principio de subsidiariedad, con lo que aquí seguiría operando el principio de primacía de las instituciones. Como se advierte, el punto de vista del bien común político limita la injerencia lícita del necesitado a la afectación de bienes disponibles de los terceros. Es decir, a bienes extrínsecos. Ello responde a que sería una contradicción que el Estado obligara a alguien a soportar injerencias de terceros en ciertos bienes, en relación con los cuales no le permite ejercer su libertad —vender o donar—. Ahora bien, como se ha indicado, algunos bienes son condicionadamente disponibles. Por ejemplo, es posible donar sangre en el marco del procedimiento estatal correspondiente, aunque no venderla. Otro tanto sucede con la donación de órganos. Con todo, dado que tales donaciones tienen lugar en el marco de un procedimiento estatal, se puede seguir excluyendo la posibilidad de un estado de necesidad justificante sobre tales bienes en virtud del principio de primacía de las instituciones. No obstante, se genera una cuestión peculiar en los casos de integración del consentimiento del sujeto pasivo y una situación de necesidad. Por ejemplo, cuando se trata de la extracción de sangre, o de un riñón, al margen de cualquier procedimiento legal, para salvar la vida de un familiar o de una persona próxima, o incluso de un tercero. Ciertamente, por un lado, el bien es indisponible; por el otro, el estado de necesidad no justifica injerencias en bienes intrínsecos. Sin embargo, la combinación de ambos elementos en una «donación consentida y necesaria», realizada al margen de los procedimientos institucionalizados, probablemente debería excluir la prohibición bajo pena de la conducta.[101]

3.4. La incidencia sobre la intimidad y la libertad

81 Delimitados en los párrafos anteriores los dos grupos de casos fundamentales, existe una problemática zona gris, que se relaciona con la afectación de la intimidad personal y domiciliaria, así como de la libertad ambulatoria y la libertad general de acción. Desde luego, en contra de la posibilidad de un estado de necesidad justificante en estos casos no cabe esgrimir que el derecho a la inviolabilidad de domicilio tiene rango constitucional (art. 18.2 CE), mientras que el derecho de necesidad sólo tiene rango legal. Ni siquiera puede afirmarse que la Constitución ha añadido, especificando taxativamente aquel derecho, que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo el caso de flagrante delito». De ser así, no existiría nunca el deber del morador de soportar la entrada en su vivienda de un tercero que trata de evitar que le muerda un perro rabioso; y los bomberos que tratan de controlar un incendio tampoco podrían entrar en un domicilio cerrado. En este punto, lo que sucede que el «derecho» a la inviolabilidad del domicilio es únicamente una pretensión *prima facie*, que todavía es necesario especificar mediante la consideración de otras pretensiones asimismo *prima facie* (*cfr. infra* capítulo

[101] Tal donación la permiten algunas interpretaciones del Derecho islámico, como, según parece, sucede en Irán.

21/4). Así las cosas, la especificación contenida en la Constitución se refiere a la actuación policial institucionalizada del Estado en situaciones ordinarias. Pero no cabe sostener que delimita exhaustivamente las situaciones de justificación.

82 En efecto, la situación de necesidad en la que se dan los requisitos legales —en particular, la subsidiariedad— constituye en cierta medida un estado de excepción. Así, por analogía con los estados constitucionales de excepción, si concurre un estado de necesidad resulta obviamente posible injerirse en la esfera ajena de libertad —tanto en la ambulatoria como en la libertad general de acción—, igual que en la intimidad domiciliaria. De hecho, los agentes del Estado, en situaciones de necesidad, pueden hacerlo. Así, por ejemplo, el art. 15.2 de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, establece que es causa legítima suficiente para la entrada de las fuerzas y cuerpos de seguridad en un domicilio particular «la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad». Es más, en este caso no se trata solo de un permiso, sino de una obligación. Por lo tanto, la omisión de llevarla a cabo puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria e incluso jurídico-penal. En esta línea, una jurisprudencia constitucional constante en España añade a los casos de consentimiento, resolución judicial y flagrante delito, como hipótesis en las que puede ser legítima la entrada en domicilio ajeno, las de «estado de necesidad».[102]

83 Las restricciones de la libertad personal por razones de necesidad pública se establecen también en la Ley 4/2015 (arts. 16, 17 y 18), lo que debe valer también para los particulares en las circunstancias especialmente graves del estado de necesidad jurídico-penal. De hecho, la legislación estatal exige sacrificios de este bien por razones menos urgentes —por ejemplo, el deber de testificar—, así como otras restricciones de movimientos.[103] Así pues, parece coherente que, ante una situación de necesidad para la vida o la salud, sea lícito producir limitaciones temporales de la libertad de movimientos de terceros; por ejemplo, en los casos de cuarentenas sanitarias coactivas.[104] En efecto, la libertad ambulatoria, que tiene un núcleo intrínseco, está sujeta en su periferia a regulaciones estatales que habilitan su afectación justificada. En cambio, resulta más discutida la posibilidad de afectación de la libertad ajena mediante la exigencia de prestaciones corporales activas.[105] Así, el caso de quien, en una situación de necesidad ajena, coacciona a un médico a socorrer al necesitado. Ahora bien, si la coacción consiste en obligar a que el médico cumpla con su deber de socorro o de asistencia sanitaria (arts. 195 y 196 CP español), cabe

---

[102] SSTC 22/1984, de 17 de febrero;133/1995, de 25 de septiembre; 228/1997, de 16 de diciembre; 94/1999, de 31 de mayo; 136/2000, de 29 de mayo; 189/2004, de 2 de noviembre.

[103] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 13/25.

[104] *Ohlin*, Michigan St. L. R. 2021, 539 ss. Así, el art. 5 f) CEDH.

[105] A favor del socorro forzoso, *Köhler* (2017) 289-290; en contra, *Helmers* (2016), 251, 257-258, que excluye prestaciones personales.

sostener la licitud de la coacción ejercida. En cambio, cuando, dadas las circunstancias, el coaccionado no tendría el deber de socorrer, aquella coacción no sería lícita. En contra, se alega que la exigencia de prestaciones en estado de necesidad responde a la lógica del trabajo forzado. Sin embargo, no se entiende por qué un sujeto sí puede alienar prestaciones personales a cambio de dinero y, en cambio, no puede ser obligado a llevarlas a cabo cuando un tercero se encuentra en estado de necesidad. Desde luego, es cierto que la licitud de la relación laboral requiere el consentimiento del sujeto y la adecuación de la prestación a un procedimiento. Ahora bien, igualmente es claro que el Estado puede obligar a los particulares a desempeñar tareas en interés público. Así, el art. 7.2 de la mencionada Ley española 4/2015 establece el deber de los particulares de ayuda y colaboración con las autoridades para el cumplimiento de los fines previstos en dicha ley, «especialmente en los casos de grave calamidad pública o catástrofe extraordinaria, siempre que ello no implique riesgo personal para los mismos».[106] Así las cosas, no se advierte que exista una razón que impida forzar a otro a una determinada prestación, cuando concurre un estado de necesidad para bienes personales intrínsecos. Además, tanto la limitación temporal de la libertad como la prestación laboral forzada pueden ser objeto de compensación económica. En suma, la conducta de forzar a otro a realizar una prestación puede estar justificada.

3.5. La afectación de bienes supraindividuales

84 Como se ha indicado, en estado de necesidad puede resultar también justificada la lesión de bienes supraindividuales, tanto sociales como estatales. Por ejemplo, la fe pública —la fuerza probatoria de los documentos—, la salud pública, o ciertos deberes militares.[107] En efecto, la justificación de la lesión de estos cuando se trata de salvaguardar bienes intrínsecos parece clara. Es más, dada la entidad de las conductas típicas, parece razonable que su justificación no requiera la evitación de un peligro vital. Por el contrario, resulta suficiente que, en el marco del conflicto existente, la comisión del delito correspondiente aparezca no sólo como el mal menor, sino, en términos de subsidiariedad, como el mal «mínimo posible».

4. LA COMPARACIÓN DE LOS MALES

4.1. Planteamiento

85 El texto del Código penal español contiene una regla que obliga a comparar los «males» en juego, exigiendo que el mal causado no sea mayor que el que se

---

[106] Añadiendo que «quienes sufran daños y perjuicios por estas causas serán indemnizados de acuerdo con las leyes».

[107] STS de 24 de noviembre de 1997, en un caso de tráfico de drogas a pequeña escala; o STS (Sala Militar) de 19 de octubre de 2009, en un delito de abandono de destino.

trata de evitar. En la mayoría de los casos en los que cabe estado de necesidad justificante, la ponderación es fácil, pues se trata de lesionar bienes ajenos extrínsecos o bienes supraindividuales para salvaguardar bienes intrínsecos. Sin embargo, otros conflictos pueden requerir un análisis más detenido.[108] El método de comparación que sugiere un amplio sector doctrinal consiste en partir de los marcos penales con los que respectivamente se protege a cada uno de los bienes en juego, aunque se subraya que este no es del todo fiable. En efecto, el de tomar como referencia las penalidades típicas no puede constituir un criterio definitivo, pues en la magnitud de aquellas se incluyen elementos de naturaleza preventiva, no estrictamente vinculados con el valor del bien ni con la conducta concreta. Por lo demás, si todos los males pudieran reducirse a costes y beneficios todo podría mensurarse y, a partir de ahí, compararse; sin embargo, existen males incomparables y males inconmensurables. Admitido esto, para proceder a valorarlos es preciso: (i) atender al valor de los bienes en juego; (ii) en el caso de bienes cuantificables, considerar la medida de lesión previsible; y (iii) tener en cuenta la probabilidad respectiva de que tenga lugar tal lesión.[109] Ahora bien, la pretensión de llevar a cabo una especie de cálculo matemático no debe distraer del hecho de que ninguna comunidad humana opera así. En efecto, la realización del bien común no se identifica exactamente con la obtención de un saldo beneficioso en un caso concreto. En este sentido, algunos autores han recurrido al ejemplo de la denominada «regla de rescate»[110] y al principio de individualización personal que se deriva de ella. En concreto, han observado que, cuando existe un peligro concreto para un bien intrínseco, es usual dedicar a su salvación recursos desproporcionadamente superiores a los que serían «razonables» desde una perspectiva de prevención estadística de peligros. Así, ante un riesgo para una vida del 50%, se invierten muchos más recursos que los derivados de prevenir riesgos del 0,05 % para mil personas.[111] Por ejemplo, en el caso en el que un minero queda atrapado en un pozo, o un niño, en el edificio derruido por un terremoto.

Hecha esta reserva, se trata en realidad de comparar riesgos, esto es, proba- 86
bilidades *ex ante* de lesión para bienes jurídicos. A este respecto, un problema deriva del hecho de que la probabilidad del mal que se va a causar suele ser mayor que la probabilidad de que se logre evitar aquel cuya producción se quiere impedir. En ocasiones, el primero es prácticamente seguro, mientras que cabe que el mal que se trata de evitar sea de improbable evitación y, desde luego, que al final no se logre evitar. En realidad, esto último no es relevante para la ponderación, que tiene lugar entre el mal causado y el que «se trata de evitar», por tanto, no el evitado. Establecida así la referencia, se trata de comparar dos magnitudes resultantes de la multiplicación de la probabilidad

---

[108] *de Francesco* (1979); *Mir Puig*, LH Pérez Vitoria, 1983, 501 ss.; *Martínez Cantón* (2006).

[109] Próximo, *Wilenmann* (2017), 615.

[110] En el inglés original: «*rule of rescue*».

[111] *Lübbe*, Das Gesundheitswesen 79 (2017), 877 ss.

de lesión por la magnitud de la lesión y la entidad del bien jurídico del que se trate. Como se indicó en su momento, «R = P × L» (*cfr. supra* capítulo 10/25).

87 Además, en el análisis debe incluirse el factor cuantitativamente imponderable de la afectación del *statu quo*. Es decir, de la lesión de la paz jurídica, que se deriva del mero hecho de que el que actúa en estado de necesidad altera la «normalidad» preexistente. Precisamente, la dimensión de alteración de la paz bloquea cualquier estado de necesidad justificante entre riesgos iguales, así como en aquellos casos en los que el mal mayor —riesgo mayor— se neutraliza mediante un riesgo muy poco menor. Sin embargo, no siempre tiene un papel decisivo, como puede advertirse a propósito de la discutida vigencia del principio *prior in tempore, potior in iure*.[112] En efecto, cuando se está debatiendo sobre el estado de necesidad, no están todavía asignadas las esferas personales de derechos, salvo en el caso de los derechos absolutos (*cfr. supra* capítulo 18/76). Además, otros elementos que deben ser incluidos en la especificación son la responsabilidad que puede tener el necesitado por la provocación del conflicto, así como la infracción de deberes especiales por parte del necesitado y de su auxiliador. Así pues, cabe afirmar que, en realidad, los requisitos segundo y tercero de la regla del art. 20.5.° CP español constituyen concreciones de la regla que contiene el requisito primero.

4.2. El supuesto de las conductas imprudentes

88 Cuando el agente realiza una conducta imprudente, se produce una instrumentalización menor de los bienes de terceros, aunque estos sean intrínsecos, que en los casos de dolo. Esto significa que tales conductas imprudentes, que se incluyen entre los delitos *mala in se* periféricos, pueden ser amparadas por el estado de necesidad agresivo justificante.[113] Por ejemplo, la del chófer del camión de los bomberos —que se dirige a apagar un incendio— o la del automovilista que lleva un herido al hospital. En efecto, aunque uno y otro circulen con exceso de velocidad, y ello ponga en peligro de forma imprudente la vida e integridad física ajenas, no cabe excluir la justificación, si se ha cumplido con las exigencias del principio de subsidiariedad. A su vez, la justificación alcanza no sólo al delito de peligro concreto sino también al correspondiente delito imprudente de lesión, si se produce un resultado lesivo. Ahora bien, esto pone de relieve que no sólo hay que tener en cuenta la entidad del bien jurídico afectado y el grado de peligro para este, sino también la concreta forma de injerencia. Así se pone de relieve que el estado de necesidad no es sólo una cuestión de solidaridad. En efecto, la medida de la solidaridad del sujeto afectado no es distinta si la agresión es dolosa o imprudente. En cambio, si el problema se examina desde la perspectiva del bien común y de la perturbación de la paz jurídica, la cosa cambia. Ciertamente, una conducta intencional los

---

[112] *Garín*, InDret 1/2020, 344.

[113] *Pomares Cintas* (2004), 139 ss., 248.

cuestiona más que si sólo es dolosa directa y esta, a su vez, más que la realizada con dolo eventual —*dolus indirectus*— o con imprudencia.

V. LOS REQUISITOS DE AUSENCIA DE PROVOCACIÓN DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD Y DE INEXISTENCIA DE UN DEBER DE SACRIFICIO

1. LA AUSENCIA DE PROVOCACIÓN DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD

1.1. El concepto de provocación y sus clases

89 Los casos de provocación quiebran la lógica del estado de necesidad. En efecto, no cabe afirmar que se dé un *casus* cuando el necesitado ha provocado la situación de peligro para sus bienes —de forma dolosa o imprudente—. Ahora bien, lo cierto es que, pese a la conducta de provocación previa, todavía puede tener sentido el reconocimiento de un derecho de necesidad al sujeto, para incentivar su decisión de evitar el mal mayor.[114] Ello obliga a efectuar varias distinciones. Así, en primer lugar, el recurso al concepto de «provocación», en el contexto de una situación de necesidad, admite tres configuraciones fácticas distintas. A saber: (i) La provocación de la situación de peligro, sin representación de que esta llegue a convertirse en una situación conflictiva de necesidad, en la que sea preciso realizar una conducta típica; (ii) la provocación dolosa o imprudente de la propia situación de necesidad —como situación conflictiva—; y (iii) la provocación de la situación de necesidad con el ánimo adicional de realizar justificadamente la conducta necesaria. Por su parte, la literalidad del requisito segundo del art. 20.5.° CP español exige para la exención de pena por estado de necesidad que la situación de necesidad no haya sido provocada «intencionadamente», lo cual parece dejar fuera de consideración los casos del grupo (i) y parte de los del grupo (ii).

90 El texto legal español exige adicionalmente para la exención de pena que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente «por el sujeto». Por lo tanto, su literalidad, a diferencia de lo que ocurre con la eximente de legítima defensa, admite tanto la provocación del necesitado, en los casos de estado de necesidad propio, como la de su auxiliador, en los casos de auxilio necesario.[115] En este último grupo de casos, hay que plantear la cuestión de quién tiene que haber provocado la situación para que no quepa la eximente completa: si el que actúa en estado de necesidad; o el que se beneficia de tal actuación. Pues bien, la misma literalidad abona la tesis de que la provocación la haya llevado a cabo el que actúa —el sujeto de la acción típica—, sea este el propio necesitado o su auxiliador. Además, esto es lo más razonable en términos de incidencia sobre la responsabilidad de quien obra.

---

[114] *Ropero Carrasco* (2002), 96 ss., propone por ello la derogación de este requisito.

[115] Distinta, *Ropero Carrasco* (2002), 216 ss., que entiende que el requisito sólo es aplicable en los casos de estado de necesidad propio.

Lo contrario —que la provocación por parte del necesitado afectara a la responsabilidad del auxiliador— no es por completo irrazonable,[116] pues de algún modo incide sobre la protegibilidad de los bienes de aquél. Sin embargo, dado que se pretende valorar la conducta del sujeto auxiliador, resulta secundario.

1.2. El tratamiento de las variantes de provocación de la situación de necesidad

91 De modo relativamente paralelo a lo que se ha indicado a propósito de la legítima defensa, la provocación de situaciones de necesidad puede ser abordada desde varias perspectivas doctrinales distintas (*cfr. supra* capítulo 19/81). Así, la primera de ellas sostiene (i) que la provocación deja subsistente por completo la justificación de la conducta realizada y debe conducir a que el provocador responda —en su caso, penalmente— sólo por el acto de provocación como delito de peligro.[117] Por lo tanto, quien provoca una situación de peligro —por ejemplo, un incendio—, puede injerirse en la esfera de un tercero, en estado de necesidad pleno, para evitar que se extienda.[118] A su vez, la segunda (ii) afirma que la conducta de provocación de la situación justificante excluye la justificación plena del agente; sin embargo, ello no impide aplicar una eximente incompleta. Desde esta perspectiva, la ausencia de provocación intencionada de la situación de necesidad constituye un requisito negativo y accidental del estado de necesidad. En fin, una tercera posición afirma (iii) que la provocación excluye la posibilidad de la justificación del sujeto, pero no por la inaplicación de la causa de justificación a su conducta típica —que sigue siendo posible—, sino porque cabe establecer una conexión de imputación objetiva entre su conducta previa desaprobada de provocación —imputada subjetivamente al agente— y el resultado finalmente producido. Este último es el tenor de la doctrina de la *actio illicita in causa.*[119]

92 Como también se indicó al tratar la legítima defensa, en realidad las tres doctrinas parten de considerar tres grupos de casos distintos. Estos son: el de la provocación simplemente causal; el de la provocación *ex ante* adecuada, dolosa o imprudente; y el de la provocación de la concurrencia de la causa de justificación en fraude de ley. Desde luego, en los casos de abuso del estado de necesidad en fraude de ley no puede caber justificación alguna (a). En realidad, todo parece indicar que es a estos a los que se refiere el requisito segundo del art. 20.5.° CP español. En cambio, quedarían aparentemente fuera de alcance de la literalidad del requisito, y en consecuencia serían irrelevantes, los casos (b) de provocación dolosa de la situación de peligro, sin intención

---

[116] Así, *Küper* (1983), 153 ss.

[117] Sobre la posible tipificación autónoma de un «delito de provocación» de situaciones eximentes, *Montiel Fernández* (2020), 675 ss.; ya, *Ropero Carrasco* (2002), 584.

[118] *Hruschka*, ZStW 113 (2001), 870 ss.

[119] *Küper* (1983), 20-21, 24 ss., 36 ss.; *Luzón Peña*, ADPCP 1994, 61 ss.

de provocar la situación de necesidad —aunque pudiendo prever que esta se suscite en términos de dolo o imprudencia—; y los casos (c) de provocación imprudente de la propia situación de peligro. Un ejemplo de (b) es el del suicida que se arroja al mar, pero se arrepiente y, para evitar morir de frío, accede a un yate ajeno, consumiendo bienes existentes en él. Por su parte, el ejemplo de (c) es cualquier autopuesta en peligro, como la de quien emprende una excursión de alta montaña sin las provisiones adecuadas y ha de lesionar bienes ajenos para afrontar los efectos de una nevada.

93 En estos últimos dos casos, de provocación doloso-eventual o imprudente de la situación de necesidad, se suscita la cuestión de la posible aplicación de la doctrina de la *actio illicita in causa*, tal como se entiende en esta obra (*cfr. supra* capítulo 19/86). En efecto, al provocar la situación de necesidad, el sujeto que luego actúa en estado de necesidad no ha infringido la norma de conducta principal que prohíbe lesionar, por ejemplo, la propiedad de otro. Por el contrario, ha llevado a cabo una conducta de autofavorecimiento punible, que infringe una norma de conducta derivada; expresado de otro modo, ha preparado una conducta posterior. Esta infracción preparatoria, a su vez, no se halla amparada por la posterior justificación de su conducta en estado de necesidad. Por lo tanto, el provocador debe responder por una cooperación antijurídica —en fase previa— a su posterior hecho típico y supuestamente justificado de conducta necesaria. En este punto es decisivo tener presente lo que ya se ha indicado acerca de la posibilidad de las estructuras de autofavorecimiento, así como acerca de la vigencia del principio de accesoriedad de la participación entendido en términos mínimos —como accesoriedad al tipo objetivo— (*cfr. supra* capítulo 16/45). Esta construcción supera la mayoría de las objeciones que se dirigen a la aplicación de la doctrina de la *actio illicita in causa*. En particular, las relativas a la doble y contradictoria valoración de una conducta, o al comienzo de la tentativa en la conducta de provocación o a la autoría.[120] Ciertamente, no elimina todos los problemas. En particular, en los casos —no infrecuentes— en los que la situación de necesidad se provoca imprudentemente y luego, en estado de necesidad, se comete un delito que no admite la forma comisiva imprudente, como por ejemplo un hurto. En ellos procede estimar la impunidad de la conducta previa de favorecimiento imprudente.

2. LA AUSENCIA DE DEBER DE SACRIFICIO

94 El requisito tercero del art. 20.5.° CP español exige «que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse», es decir, la obligación de afrontar el peligro inherente a la situación de necesidad sin incidir sobre las esferas jurídicas de terceros. La expresión «necesitado» del texto legal no es clara. Por un lado, parece designar al sujeto a quien amenaza el mal que se

[120] Por ejemplo, *Ropero Carrasco* (2002), 392 ss., 456 ss.

trata de evitar; este es el uso de la palabra «necesitado» que se ha seguido en este texto, por oposición al auxiliador. Ahora bien, si el auxiliador es distinto del necesitado y tiene el deber de sacrificarse —porque es un bombero o un policía— tampoco está justificado que lesione bienes de otros terceros para evitar el mal que se cierne sobre aquél. Así pues, en primer lugar, en los casos en los que hay una persona amenazada y otra que la auxilia, la cuestión es determinar sobre cuál de ellas recae el deber de sacrificio. En segundo lugar, ya para todos los casos, es preciso establecer cuál es el alcance de dicho deber de sacrificio —esto es, de la obligación de poner en riesgo sus propios bienes—. Por regla general, estos tienen que ser bienes patrimoniales; ahora bien, excepcionalmente cabe el deber de sacrificio implique la asunción de ciertos riesgos personales de poca entidad. El ámbito establecido para la obligación de exponer los bienes correspondientes constituye un espacio preferente frente a la incidencia sobre bienes de terceros. Es decir, genera un ámbito especial de vigencia del principio de subsidiariedad externa, que va más allá de su vigencia en los casos comunes. En definitiva, la lesión de la obligación de sacrificio conlleva la vulneración del principio de subsidiariedad externa y, por tanto, la producción de un exceso extensivo.

95 En efecto, en el contexto del estado de necesidad, la expresión exceso extensivo designa supuestos de ausencia de necesidad abstracta, esto es, de vulneración del principio de subsidiariedad externa, así como de ausencia de proporcionalidad. En cambio, la de exceso intensivo hace referencia a aquellos en los que no concurre necesidad en concreto, de modo que el agente vulnera el principio de subsidiariedad interna. En consecuencia, esta última comprende aquellos casos en los que no se opta por el mal mínimo posible, el mal menor de todos los posibles. Ambos pueden ser dolosos o imprudentes. En el caso de exceso extensivo doloso, la conducta del sujeto no puede ser atenuada, salvo en el ámbito sistemático de la culpabilidad, aunque ni siquiera esto es probable. Por su parte, el exceso intensivo doloso plantea el problema de que la conducta realizada, aun siendo un mal menor frente al peligro que se evita, no constituye el mal mínimo posible. En un caso así, la conducta del necesitado puede estar legitimada desde la perspectiva del Estado, pero no puede justificarse frente al tercero concretamente afectado por ella. Por lo demás, rigen aquí *mutatis mutandis* los criterios expuestos a propósito de la legítima defensa.

VI. ALGUNAS SITUACIONES DE NECESIDAD ESPECIALES

1. LAS COLISIONES INTRAPERSONALES

96 Una modalidad específica de estado de necesidad se refiere a las denominadas «colisiones internas o intrapersonales».[121] En estas, un tercero interviene para evitar un peligro que afecta al sujeto —en una modalidad del auxilio nece-

[121] *Serrano González de Murillo*, CPC 102 (2010), 21 ss.

sario— produciéndole al mismo sujeto un mal menor. Pues bien, en algunos de estos casos se produce una situación de «disminución del riesgo», de modo que la conducta ni siquiera se halla típicamente desaprobada, por lo que no es preciso plantear su justificación (*cfr. supra* capítulo 10/38). Sin embargo, en otros se produce la «sustitución de un riesgo por otro», de manera que, aunque los dos afecten al mismo sujeto, el problema ya no es de tipicidad. En estos últimos supuestos un sector doctrinal planteó la posibilidad de recurrir al estado de necesidad. Ciertamente, cabe que este sea aplicable en casos de riesgo extremo, en los que resulta imposible conocer tanto la voluntad expresa como la presunta del afectado. Sin embargo, cuando es posible conocerla, resulta preferible afrontar el problema mediante el recurso al consentimiento expreso. En efecto, en este ámbito es donde la doctrina mayoritaria ubica de modo preferente la resolución de tales conflictos internos.[122] En su defecto, los recursos sucesivos son: (i) el consentimiento presunto,[123] completado por la consulta al representante, sujeto al criterio del mayor beneficio para el afectado; (ii) la autorización judicial; y (iii) la actuación del tercero —paradigmáticamente el médico— en auxilio necesario de la vida y salud del afectado (*cfr. infra* capítulo 22/103).

97 A su vez, una peculiar situación de colisión interna es la que se trata de afrontar mediante el denominado «privilegio terapéutico». Este, que también se conoce como «estado de necesidad terapéutica», se encuentra recogido, en la legislación española, en el artículo 5.4 de la Ley de Autonomía del Paciente,[124] que lo regula en los términos siguientes: «El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho».

2. EL ESTADO DE NECESIDAD COACTIVO

2.1. La concepción dominante

98 El estado de necesidad agresivo «coactivo» no surge como consecuencia de un *casus*. Por el contrario, procede de una agresión ilegítima —una amenaza—, cuya no realización efectiva se condiciona a que el agredido u otro sujeto —más o menos próximo a él— lleve a cabo una conducta típica.[125] Por ejemplo, cuando un farmacéutico, bajo la amenaza de muerte a uno de sus clientes,

---

[122] *Engländer*, GA 2010, 15 ss.; *Schmitz* (2013), 183 ss.

[123] En su caso, a partir del documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas.

[124] Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

[125] *Kelker* (1993), 124 ss.; *Pawlik* (2002), 300 ss.

acepta entregar un estupefaciente a un atracador; o cuando un mecánico, bajo amenaza de mutilar a su hija, acepta robar un vehículo ajeno para una banda criminal. Así, concurre un estado de necesidad coactivo en la conducta del agredido o de su auxiliador cuando estos, en lugar de reaccionar contra la agresión, cumplen la condición del agresor, creando un riesgo de lesión de la esfera de bienes de un tercero inocente o de la comunidad. Pues bien, un sector de la doctrina sostiene que el estado de necesidad coactivo nunca tiene un efecto justificante. En este punto, el argumento determinante es que quien ha cedido a la presión, poniéndose al servicio del injusto, no puede obrar de modo conforme a Derecho.[126] Por tanto, únicamente podría dar lugar a un estado de necesidad «disculpante», si se cumplen las reglas de este último.

2.2. Una valoración alternativa

99 Desde luego, es cierto que en los casos de necesidad coactiva se causa un mal adicional al ordinario, consistente en que el agresor, instrumentalizando al sujeto coaccionado, realiza un hecho antijurídico. Sin embargo, de este hecho tiene que responder el propio agresor. Lo que aquí interesa es cómo calificar la conducta del coaccionado, que lesiona un bien jurídico y favorece con ello el injusto del agresor. Pues bien, para este es indiferente que el mal que le amenaza sea de origen natural o humano —y antijurídico—. Por tanto, si se cumplen todos y cada uno de los requisitos de la justificación, no hay razones para no considerar justificado el comportamiento de quien se encuentra en estado de necesidad coactivo.[127]

100 En cambio, en los casos en los que no concurra la totalidad de los requisitos, la vía para la exención de pena debe ser la del denominado «estado de necesidad disculpante» (en los países de tradición legal hispánica, la del miedo insuperable). Por su parte, en la tradición jurídica angloamericana, la institución más próxima al estado de necesidad coactivo se suele considerar una «excusa», aunque algunos autores aluden a ella como causa de exclusión de la prohibición o «justificación» en el sentido laxo norteamericano.[128] En fin, en el Derecho penal internacional, el art. 31.1 d) del Estatuto de Roma establece la exención de pena para el que «Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: (i) haber sido hecha por otras personas; o (ii) estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control».

---

[126] *Kelker* (1993), 149 ss., 167 ss.

[127] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 13/14.

[128] *Westen/Mangiafico*, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 833 ss.

Por tanto, en los casos de estado de necesidad coactivo es preciso tener pre- 101
sente, en primer lugar, cuáles son los males en juego. De conformidad con el principio de subsidiariedad, el amparo en el estado de necesidad justificante requiere que no fuera posible la protección de los bienes amenazados. Es decir, que no resultara factible el recurso a las autoridades y que, a su vez, la defensa legítima fuera imposible o inexigible. El sujeto tercero, afectado por quien actúa en estado de necesidad coactivo —el necesitado o un auxiliador de este— dispone ciertamente de un derecho de defensa. Sin embargo, sólo lo puede hacer valer frente al agresor mediato. Este es quien, mediante la génesis de la situación de necesidad coactiva, instrumentaliza al necesitado o al auxiliador. En cambio, frente al sujeto instrumentalizado, que actúa cumpliendo la condición del agresor, se trata de una legítima defensa que recae sobre tercero.

3. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ESTADO

3.1. Generalidades

La expresión «estado de necesidad del Estado» puede tener varios signifi- 102
cados distintos. En primer lugar, cabe que aluda a si los funcionarios públicos pueden actuar en estado de necesidad —en auxilio necesario— con el fin de neutralizar riesgos que amenazan a bienes de personas concretas, de la sociedad civil o bien del aparato público-administrativo. En segundo lugar, puede atender a la cuestión de si cabe que el gobierno de un país actúe en estado de necesidad coactivo, a partir de las exigencias de grupos terroristas u organizaciones criminales. Así, por ejemplo, en los casos en que estos amenazan con retener e incluso matar a civiles secuestrados, si no se atiende a sus pretensiones. Cabe que, entonces, cediendo a tales presiones, el gobierno decida la liberación de presos, el pago de rescates u otras conductas similares. En tercer lugar, puede tener por objeto el problema de si, cuando está en juego la propia supervivencia del Estado —como consecuencia de guerras o catástrofes— cambian las reglas comunes del estado de necesidad.

3.2. El estado de necesidad de los funcionarios públicos

El grupo primero comprende actuaciones de funcionarios públicos con- 103
cretos que encuentran mejor acomodo en la causa de justificación de cumplimiento de un deber, en concreto, en la «colisión de deberes». En efecto, tales actuaciones tienen cobertura general en las leyes que regulan los correspondientes cuerpos de funcionarios o, alternativamente, contemplan determinadas situaciones comunes en las que es necesaria la intervención de agentes públicos. De modo excepcional, la cobertura de la actuación de los funcionarios públicos se hallará en las diversas leyes de emergencia, así como singularmente en el marco de los estados constitucionales de alarma, excepción y sitio. Un ejemplo de lo anterior es la legislación administrativa

de expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Otro, especialmente relevante, se halla en la legislación civil, administrativa y penal en materia de aseguramiento de personas que son fuente de peligro para sí o para terceros —incapacitación, cuarentenas sanitarias, medidas de seguridad postdelictuales— (*cfr. infra* capítulo 21/52).

3.3. El auxilio necesario del Estado con respecto a sus ciudadanos en situación de riesgo

104 El grupo segundo comprende casos dramáticos de auxilio necesario del Estado con respecto a ciudadanos concretos que son, por ejemplo, víctima de secuestros. En este punto, la disyuntiva se da entre una intervención policial o militar orientada a su liberación —legítima defensa de terceros— y la cesión a las pretensiones de los secuestradores. Por tanto, la cuestión es si puede justificarse con base en la regulación del estado de necesidad el pago de rescates o la liberación de presos en aras de obtener la libertad de los secuestrados.[129] Es decir, si el Estado puede o incluso debe comprometer la seguridad abstracta de la población para salvar la vida en peligro de personas concretas. Ciertamente, aquí debe tomarse en consideración, por un lado, el criterio ya mencionado de la «regla de rescate», es decir, la disposición social a no seguir criterios matemáticos, cuando está en juego la vida de una persona concreta. Sin embargo, por otro lado, hay que considerar el significado político de la cesión del Estado frente al enemigo o el terrorista.

3.4. El estado de necesidad de la comunidad política

105 En fin, el grupo tercero es el menos relevante en términos prácticos, pero su significado resulta muy trascendente desde la perspectiva de la filosofía política. Ciertamente, los mencionados estados de alarma, excepción y sitio constituyen el marco jurídico-constitucional en el que debe situarse cualquier actuación en «estado de necesidad colectivo». Además, hay que contar con las disposiciones del Derecho internacional de los conflictos armados —Derecho internacional humanitario—. La pregunta es si, al margen de todo lo específicamente regulado, cabría legitimar una intervención drástica de agentes del Estado o de particulares —por ejemplo, un homicidio— con base en la regla general del estado de necesidad justificante, apelando a la situación límite de un «estado de necesidad del Estado».[130] En el caso de que quien actúe superando los límites deontológicos del estado de necesidad justificante sea un particular, lo preferible es excluir la prohibición bajo pena de su conducta, sin justificarla. Sin embargo, ello no permite salvar la paradoja de pretender

---

[129] Crítico, *Yeini*, Minnesota Journal of International Law 27 (2018), 493 ss.

[130] *Eser*, FS Triffterer, 1996, 765, afirma la concurrencia de un «estado de necesidad de Derecho internacional público, aplicable en caso de un peligro grave que amenaza la existencia del Estado». En contra, *Jahn* (2004), 76, 176, 225, en particular, 104, invocando el art. 15 CEDH.

eximir de responsabilidad a funcionarios públicos e incluso a gobernantes, afirmando simultáneamente que han obrado de forma no justificada, esto es, contraria a Derecho.

El art. 15 CEDH contempla la posibilidad de una derogación parcial del Convenio en caso de estado de excepción. Así: «1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanan del Derecho internacional». Sin embargo, su apartado 2. puntualiza que la disposición precedente no autoriza ninguna derogación del derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra. Con todo, también se ha indicado que la Constitución no puede ser un «pacto suicida»,[131] de modo que algo similar podría afirmarse a propósito de los convenios internacionales. Al respecto, quizá no pueda afirmarse otra cosa más que el estado de necesidad justificante, tal y como se ha presentado aquí, se circunscribe a conflictos abarcables por el Derecho penal de la relativa normalidad.[132] Más allá de estos se trata ya de problemas ético-políticos —en todo caso, de un Derecho de excepción más allá de la Constitución— en los que sus propios términos tienen que ser reconstruidos. **106**

VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD

1. GENERALIDADES

Como se ha indicado, en el estado de necesidad agresivo justificante rige el principio *casum sentit tertius*—el azar lo soporta un tercero—. Sin embargo, en realidad los efectos del *casus* no se desplazan por completo al sujeto afectado por la conducta necesaria. En concreto, el coste del daño sufrido por este último no lo tiene que soportar él mismo. Ciertamente, la conducta realizada en estado de necesidad justificante agresivo está permitida y, por tanto, el afectado no tiene derecho de exclusión con respecto a la injerencia del necesitado o de quien auxilie a este último. Ahora bien, existe responsabilidad civil derivada del daño producido en estado de necesidad justificante, de modo que el afectado tiene derecho a una reparación o indemnización.[133] La identificación de una causa de justificación que no excluye la responsabilidad civil puede dar lugar a dos puntos de vista distintos. Por un lado, a negar que sea una auténtica causa de justificación, pues no excluye un «ilícito civil» que, a su vez, da lugar **107**

[131] *R.A. Posner* (2006).

[132] *Jahn* (2004), 225.

[133] *Renzikowski* (1994), 196, 199. El deber de compensar tiene por objeto resarcir al afectado de los perjuicios derivados del uso o consumo de sus bienes llevado a cabo por el agente (enriquecimiento sin causa).

a responsabilidad; de modo que debería reconstruirse como una causa de exclusión de la prohibición bajo pena.[134] Sin embargo, por otro lado, puede conducir a señalar que sí es una auténtica causa de justificación, puesto que la responsabilidad civil no se impone aquí debido a la ilicitud de la conducta, sino por otras razones de naturaleza distributiva.[135] Esta segunda posición es la que aquí se acoge a propósito del estado de necesidad justificante.

2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL SUJETO RESPONSABLE

108 En efecto, la responsabilidad civil no se asocia siempre a un «ilícito civil», sino en ocasiones también a un enriquecimiento sin causa o a otros criterios distributivos que nada tienen que ver con la ilicitud de la conducta.[136] Así, en el caso del estado de necesidad, la obligación de reparación no deriva de la antijuridicidad de la conducta del agente —que se excluye de modo general— sino de tal criterio distributivo.[137] Por eso se discute si la reparación la tiene que asumir el sujeto activo, sea quien sea, el necesitado o incluso el Estado. En la legislación española el necesitado —tanto si se auxilia a sí mismo, como si actúa un tercero en su auxilio— es el sujeto obligado a resarcir al afectado de los daños que haya sufrido con ocasión de la injerencia justificada en su esfera. En efecto, el art. 118.1.3.ª, I CP establece la responsabilidad civil directa del sujeto auxiliado en proporción al peligro que se le haya evitado. Así: «serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio». Esta solución, común a otros sistemas legales, pone de relieve que el derecho a la reparación no se corresponde con un deber del sujeto que realiza la conducta justificada en estado de necesidad. En efecto, no es el sujeto activo —en tanto que obrante en estado de necesidad propio o ajeno— el que está obligado a resarcir, sino el necesitado, en tanto que beneficiado por la conducta necesaria. Por lo demás, en los casos en los que la situación de necesidad no haya surgido por casualidad, sino en virtud de la provocación de un tercero —así, por ejemplo, en el estado de necesidad coactivo—, lo procedente es adoptar una solución distinta. En tal caso, es el provocador quien debe responder por los daños.

3. LAS TESIS DIVERGENTES

109 Un sector de la doctrina deriva del hecho de que quien actúa en estado de necesidad no lesiona los derechos del afectado, sino que ejerce un derecho

---

[134] Así, *Feinberg* (1980), 230: si existe un «*duty of compensation*», la conducta no es ejercicio de un auténtico derecho; *J.J. Thomson* (1986), 66 ss., 71.

[135] Con todo, *Walen* (2019), 101, sostiene que el afectado mantiene una pretensión secundaria.

[136] *Cerezo Mir*, PG, 2008, 570 ss.

[137] *Silva Sánchez*, InDret 3/2001, 6-7; *Simons*, San Diego L. R. 55 (2018), 357 ss.

de necesidad, la inexistencia de deber alguno de compensación.[138] En esta línea se situó la solución adoptada por el Tribunal Supremo en el «caso del oso».[139] En este, el Tribunal Supremo rechazó la responsabilidad civil de un cazador por considerar que la conducta estaba justificada. Sin embargo, lo cierto es que, aunque él mismo o su auxiliador hayan ejercido un derecho, el necesitado debe asumir el hecho de que la salvaguarda de su vida, integridad física o libertad ha tenido lugar a costa de un tercero. Por tanto, tiene sentido que deba reparar el daño sufrido por este. Por lo demás, el cumplimiento del deber de resarcimiento por parte del necesitado, aunque da cuenta de la especificación justa del conflicto de pretensiones, obviamente no es condición de la justificación de la conducta del auxiliador.

Ciertamente, cabría institucionalizar sistemas de aseguramiento —públi- **110**
cos o privados— de los daños causados a terceros en estado de necesidad agresivo. Ello podría verse como una dimensión más de la socialización de los peligros. En cambio, la ausencia de un sistema de seguro determina que la indemnización al tercero afectado deba ser asumida por el necesitado o por el Estado. Si aquel no es solvente y el Estado no la asume, el tercero no sólo habrá sufrido la intervención en estado de necesidad, sino que también quedará sin resarcimiento.[140] Al respecto, el art. 118.1.3.ª, II CP español señala que: «cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales». En efecto, si el estado de necesidad es público-estatal, el deber de reparación del Estado le incumbe al Estado, de conformidad con las disposiciones legales especiales que existan en cada caso.

Por lo demás, la resolución concreta de esta cuestión contribuye a perfilar la **111**
estructura del estado de necesidad agresivo. En efecto, si quien abona la indemnización es el necesitado, se desdibuja la idea hegeliana de que el afectado por el estado de necesidad es un representante de la comunidad con un deber cuasi-institucional. Por eso, quienes adoptan la perspectiva institucionalista, sostienen que es al Estado a quien efectivamente le incumbe la reparación del daño sufrido por el sujeto afectado.[141] Al respecto, se argumenta que el surgimiento de la situación de estado de necesidad pone de manifiesto el fracaso de aquel en el cumplimiento de su deber de protección de los ciuda-

---

[138] *Oberdiek*, L&Ph 23 (2004), 325 ss.; *el mismo*, OJLS 28 (2008), 143-144.

[139] Un cazador abandonó su puesto en una cacería autorizada en un espacio natural y se encontró con un oso, que le acometió, de modo que tuvo que matarlo. La STS de 24 de enero de 1995 sostuvo que solo el estado de necesidad disculpante puede dar lugar a responsabilidad civil, de modo que la denegó por considerar que era un caso de justificación.

[140] *Renzikowski* (2013), 33-34.

[141] *Pawlik* (2002), 123; *Jakobs* (2012), 47 ss.

danos. Ahora bien, a ello cabe objetar que no está nada claro que la posición de garante del Estado alcance a todas las situaciones de necesidad en las que puede encontrarse una persona.

112 En los casos de cumplimiento de un deber de socorro, el socorrido también debe indemnizar a quien sufre daños personales o patrimoniales en la prestación de socorro. Así pues, la indemnización procede tanto si es el propio socorrista,[142] forzoso o supererogatorio, activo o pasivo, como si es un tercero quien sufre las consecuencias de la conducta necesaria para subvenir al mal. En cambio, si los daños los sufre el propio socorrido, su pretensión frente a quien le socorra sólo puede tener como fundamento una imprudencia en la prestación de socorro.Otra pregunta distinta es la de si el afectado que impide una conducta en estado de necesidad debería indemnizar por la lesión sufrida al sujeto en peligro que no ha podido ser salvado. La respuesta a esta pregunta depende de la naturaleza del deber infringido por ese sujeto que se opone al socorro. Como se ha señalado, si el socorro era ya idóneo cuando lo impide, entonces interrumpe un curso salvador, y debe indemnizar por el daño que no ha sido evitado. Si, por el contrario, el curso no era todavía idóneo y su oposición es una negativa a complementarlo, entonces infringe un deber de mera solidaridad y, por tanto, no debe reparar más que, en su caso, los daños morales.

VIII. LA LLAMADA «COLISIÓN DE DEBERES»: REMISIÓN

113 La expresión «colisión de deberes» describe una situación en la que un sujeto tiene que hacer frente *prima facie* a dos o más pretensiones obligantes, cuando no puede cumplir con ambas.[143] Así, por ejemplo, en el caso que más ha ocupado a la doctrina, el padre tiene ante sí el deber de salvar a su hijo «A» y también al tercero «B» del incendio desatado en la vivienda, pero no puede salvar a los dos. Sin embargo, también se dan situaciones más cotidianas. Este es el caso cuando un médico tiene el deber de denunciar una enfermedad infectocontagiosa y, al mismo tiempo, de guardar su secreto profesional con respecto al paciente infectado. O cuando un abogado tiene que cumplir el deber de secreto profesional y, a la vez, el de colaborar con las autoridades de prevención del blanqueo de activos. En las situaciones que responden a esta estructura se percibe con especial claridad cómo tiene lugar el proceso de especificación de los deberes y los derechos. En realidad, como ya se ha indicado, hasta que no ha tenido lugar dicha concreción es impropio hablar de derechos y deberes de forma incondicionada. Por eso es preferible hablar de colisiones de razones de obligación, cuya resolución da lugar al surgimiento del deber *stricto sensu.*

114 La primera cuestión que hay que decidir es la de la ubicación de esta figura dogmática en la legislación positiva. En el Código penal alemán no existe

---

[142] *Rödig* (1986), 87.

[143] *Otto* (1965); *Küper* (1979); *Cuerda Riezu* (1984), 68 ss.; *Coca Vila* (2016), 331 ss.

una eximente de cumplimiento de un deber, de modo que lo habitual en la doctrina de aquel país es examinar este problema en el marco del estado de necesidad. Seguramente esto es lo que ha determinado que en España un sector de la doctrina también lo ubique en el ámbito del art. 20.5.° CP, en el que además se contiene la mención a la infracción de un deber.[144] Ello es razonable, en la medida en que esta eximente tiene una regulación más detallada y, además, las reglas de resolución de las colisiones de deberes son relativamente próximas a las de las situaciones de necesidad. En este marco, la doctrina tradicional entendió la colisión de deberes como un caso de exculpación. Posteriormente, se han dado posiciones que consideran que constituye un espacio libre de Derecho o que es una causa de justificación; más aún, que puede llegar a conformar supuestos de exclusión de la tipicidad.

Otro sector doctrinal español ubica los problemas de colisiones de deberes en la eximente del art. 20.7.° CP, de cumplimiento de un deber. Esta opción —seguida aquí— es también razonable puesto que el sujeto, una vez resuelta la colisión, no tiene un mero permiso de actuar, sino un deber de hacerlo, que tiene que cumplir. Sin embargo, esto no implica desconocer que también hay casos de colisiones que guardan relación con la dogmática de la legítima defensa. En efecto, son deberes de defensa de terceros. Por lo demás, como se verá, asimismo procede tener en cuenta que algunas colisiones de deberes son resueltas directamente por el legislador. Con todo, en la mayoría de los casos la colisión queda sin resolver y debe afrontarla el órgano judicial, mediante criterios estructurales-conceptuales y axiológicos. En tal caso, es preciso atender a una doble perspectiva.[145] Por un lado, la horizontal, que se refiere a la relevancia relativa de las pretensiones en conflicto. En el marco de esta es preciso considerar, en primer lugar, la solidez o debilidad de las posiciones jurídicas de las partes que esgrimen aquellas pretensiones. A su vez, estas guardan relación con su eventual conducta organizativa de provocación, o bien con la concurrencia en ellos de «deberes» institucionales especiales. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la entidad de cada uno de los bienes en colisión, la medida de la lesión que respectivamente les amenaza y la probabilidad de evitarla. Por otro lado, debe atenderse a la perspectiva vertical, que se refiere a la intensidad del deber del sujeto obligado con cada uno de los afectados. Así, un deber de garante prevalece frente a un deber general de socorro; y entre dos deberes de garante, prima el que tenga por objeto bienes de mayor valor o mayor intensidad relativa. La cuestión se analiza con más detalle en el próximo capítulo (*cfr. infra* capítulo 21/24).

115

[144] *Cuerda Riezu* (1984), 35, 55.

[145] *Coca Vila* (2016), 331 ss.

Capítulo 21

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Bibliografía seleccionada: *Akbarian,* Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, 2023; *Alcácer Guirao,* La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías, 2020; *Alonso Rimo* (ed.), Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, 2019; *Alonso Álamo,* Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, RP 45 (2020), 5; *Alonso Rimo* (ed.), Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, 2019; *da Costa Andrade,* Justificação de actos de funcionarios e de agentes da autoridade, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 39; *Bajo Fernández,* La realización arbitraria del propio derecho, 1976; *Barina/Bishop,* Maturing the Minor, Marginalizing the Family: On the Social Construction of the Mature Minor, Journal of Medicine and Philosophy 38 (2013), 300; *Barrientos,* Licitud del porte y uso de la hoja de coca, PolítCrim 3 (2008), 1; *Baucells i Lladós,* La delincuencia por convicción, 2000; *Bernal del Castillo,* Los conflictos de conciencia en el Derecho penal, LH Cobo del Rosal, 2005, 119; *Bönneman* (ed.), Kleben und Haften. Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise, 2023; *Bönte,* Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand, HRRS 2021, 170; *Böse,* Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001), 40; *Boldova Pasamar,* ¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal? RDPC 5 (2011), 55; *el mismo,* Caso de la ¿bofetada educativa?, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 953; *Bolea Bardon,* Reflexiones sobre la protección penal del honor frente a la libertad de expresión e información, LH Queralt Jiménez, 2021, 713; *Brand/Winter,* Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, JuS 2021, 113; *Brandão,* Justificação e desculpa por obediência em direito penal, 2006; *Braum,* La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario, en: AA.VV., La insostenible situación del derecho penal, 2000, 3; *Brown,* Civil Order, Criminal Justice, and No Justice No Peace, U. Toronto L. J. 70 (2020), 84; *Brownlee,* The Communicative Aspects of Civil Disobedience and Lawful Punishment, CL&Phil 1 (2007), 179; *Cabra Apalategui,* Conflictos de derechos y estrategias argumentativas ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 51 (2017), 357; *Castellanos Claramunt,* La cultura de la cancelación y su impacto en los derechos fundamentales, 2023; *Castellví Monserrat,* Provocar y castigar, 2020; *Cerezo Mir,* La eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ADPCP 1987, 273; *Cianciardo,* El conflictivismo en los derechos fundamentales, 2000; *Cobo del Rosal/Sánchez Vera,* Gestión de cobro de morosos y Derecho penal, 2002; *Coca Vila,* El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis?, InDret 4/2013, 1; *el mismo,* La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos, en: Silva Sánchez (dir.), Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativa, 2013, 287; *el mismo,* La colisión de deberes en Derecho penal, 2016; *el mismo,* La legítima defensa frente a omisiones, ADPCP 2016, 75; *el mismo,* La colisión entre razones de obligación en Derecho Penal, InDret 2/2017, 1; *el mismo,* Tirar a matar en cumplimiento de un deber, RECPC 19 (2017), 1; *el mismo,* La colisión "deficitaria" de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios, EnL 6 (2018), 52; *el mismo,* Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista, InDret 1/2021, 166; *el mismo,* Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maxi-

mierung der Zahl der Überlebenden?; GA 2021, 446; *el mismo*, La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos, RP 49 (2022), 7; *el mismo*, Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence, Res Publica 2023; *Contreras Chaimovich*, La autorización administrativa como pauta para determinar la conducta típica en los delitos culposos, PolítCrim 28 (2019), 411; *Corcoy Bidasolo*, Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias, LH Bacigalupo, I, 2004, 115; *Cuello Contreras*, La justificación del comportamiento omisivo, ADPCP 1990, 498; *el mismo*, Los límites de la normativización del Derecho penal en situaciones de necesidad, InDret 1/2022, 468; *Cuerda Arnau*, Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento, RGDP 8 (2007), 1; *la misma*, El origen de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, LH Berdugo, II, 2022, 99; *la misma*, La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia, InDret 2/2022, 88; *Cuerda Arnau/García Amado* (eds.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, 2016; *Cuerda Riezu*, La colisión de deberes en Derecho penal, 1984; *el mismo*, Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes, LH Roxin, 1994, 51; *Dershowitz*, Rights from Wrongs. A Secular Theory of the Origins of Rights, 2004; *el mismo*, Cancel Culture: The Latest attack on Free Speech and Due Process, 2020; *Díaz y García Conlledo*, La corrección de los padres a los hijos, RP 26 (2010), 101; *el mismo*, La corrección de los padres a los hijos, LH Mir Puig, 2010, 475; *Díez Ripollés*, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 30 (1986), 615; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003; *Eser*, Rechtmäßige Tötungen im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus, FS Schöch, 2010, 461; *el mismo*, Tötung im Krieg: Rückfragen an das Staats- und Völkerrecht, FS Wahl, 2011, 665; *Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung?, RW 2/2010, 115; *Fernández Perales*, La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso «Aturem el Parlament», InDret 4/2021, 484; *el mismo*, La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal, ADPCP 2022, 753; *Figueiredo Dias*, Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss, FS Roxin, 2001, 531; *Font Oporto*, El derecho de resistencia civil en Francisco Suárez, 2018; *Frisch*, Cuestiones de conciencia en el Derecho penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 903; *Fronza*, Il negazionismo come reato, 2012; *la misma*, Memory and Punishment, 2018; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, FS Mezger, 1954, 311; *García Huidobro*, Los conflictos de derechos, Revista de Derecho y Humanidades 2005, 61; *García Norro*, El principio del doble efecto en el ius in bello, Scripta Theologica 46 (2014), 307; *Garriga Domínguez*, El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales, AFD 30 (2014), 97; *Gili Pascual*, El delito de realización arbitraria del propio derecho, RDP 29 (2010), 59; *Godwin*, Against Parental Rights, Columbia H. R. L. R. 47 (2015), 1; *Goena Vives*, El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada, RECPC 21 (2019), 1; *la misma*, Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso Luxleaks, InDret 3/2021, 313; *Gómez Benítez*, El ejercicio legítimo del cargo, 1980; *Gómez Rivero*, El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio, 2000; *la misma, ¿Aún un espacio de racionalidad para la obediencia debida?*, RP 14 (2004), 24; *la misma*, La legalidad de la actuación médica en casos límite. El específico problema de la realización de pruebas no consentidas y la revelación de sus resultados como forma de evitar un peligro para la vida o salud, LH Suárez Montes, 2013, 303; *Gómez Tomillo*, Límites al deber de secreto médico y Derecho penal, RGDP 12 (2009), 1; *González Collantes*, Delitos contra el orden público versus derechos de reunión y manifestación y la conexión de éstos con el principio democrático, LH Górriz Royo, 2020, 409; *la misma*, El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación, RGDP 33 (2020), 1; *Greenawalt*, Exemptions: Necessary, Justifed, or Misguided?, 2016; *Gur-Arye*, Justifying the Distinction between Justifications and Powers, CL&Phil 5 (2011), 293; *Guzmán Dálbora*, El delito experimental, RDPC 19 (2007), 289; *Habermas*, El futuro de la naturaleza humana, 2002; *Habermas/Ratzinger*, Dialektik der Säkularisierung, 2005; *Hassemer*, Ziviler Ungehorsam — ein Rechtfertigungsgrund?, FS

Wassermann, 1985, 325; *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafecht, 1986; *Herzberg*, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, 332; *el mismo*, Religionsfreiheit und Kindeswohl, ZIS 2010, 471; *Höcker*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht, 2000; *Hörnle/Huster*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern, JZ 2013, 328; *Hormazábal Malarée*, La injerencia penal en el derecho humano a la libre expresión, LH Díez Ripollés, 2023, 647; *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006; *Javato Martín*, Intervención policial y orden antijurídica obligatoria, en: Ruiz *et al.* (eds.), Estudio multidisciplinar, 2016, 195; *Jericó Ojer*, La desobediencia civil: concepto y tratamiento jurídico-penal, R. J. Navarra 39 (2005), 139; *la misma*, El conflicto de conciencia ante el Derecho penal, 2007; *Joerden*, Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht, FS Otto, 2007, 331; *Köhler*, Integrität des Kindes und religiöses Gemeinschaftsethos, FS Kühl, 2014, 295; *Kühne*, Staatliche Tötungen ohne Gerichtsverfahren (targeted killings), FS Kühl, 2014, 801; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; *el mismo*, Die Kollision von Garantenpflichten und die Rechtfertigung pflichtwidrigen Unterlassens, FS Neumann, 2017, 931; *Leite*, Whistleblowing und das System der Rechtfertigungsgründe, GA 2021, 129; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff, 1999; *W. Lübbe*, El uso eficiente de los recursos en una pandemia y el criterio de probabilidad de éxito clínico, EnL 13 (2022), 52; *Lübbe/Grosse-Wilde* (Hrsg.), Abwägung. Voraussetzungen und Grenzen einer Metapher für rationales Entscheiden, 2022; *Lüderssen*, V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985; *Luzón Peña*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación, InDret 1/2013, 1; *el mismo*, Obediencia debida justificante y obediencia no debida exculpante o atenuante, LH Bajo Fernández, 2016, 243; *el mismo*, Ejercicio legítimo del derecho. Cuestiones generales, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 355; *el mismo*, Ejercicio legítimo del cargo y cumplimiento del deber. Cuestiones generales y límites, LH Boix Reig, 2021, 287; *el mismo*, Obediencia debida como causa de justificación, LH Queralt Jiménez, 2021, 265; *el mismo*, Derecho y deber de detención, LH Berdugo, II, 2022, 243; *el mismo*, Derecho de corrección de menores, CPC 137 (2022), 5; *McMahan*, Killing in War, 2009; *Marín de Espinosa Ceballos*, La intervención del Derecho penal en los castigos a los hijos: Un análisis comparado, RECPC 1 (1999), 1; *la misma*, ¿El fin del derecho de corrección en España?, CPC 116 (2015), 5; *la misma*, La supresión de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho de corrección: su evolución desde la antijuricidad a la tipicidad, LH Octavio de Toledo, 2016, 193; *Martín Lorenzo*, Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal, LH Huerta Tocildo, 2020, 124; *Martínez-Buján*, El especial elemento subjetivo de la justificación en las causas mutiladas de dos actos: en el ejemplo de la detención practicada por un particular, LH Zugaldía Espinar, 2021, 267; *de la Mata Barranco*, La realización arbitraria del propio derecho, 1995; *I. de la Mata Barranco/N. de la Mata Barranco*, La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual, LH Bacigalupo, I, 2004, 483; *Meini*, La obediencia debida en Derecho penal, en: el mismo, Imputación y responsabilidad penal, 2009, 103; *Mestre Delgado*, La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal, 2001; *Miranda Montecinos*, Criterios de justicia para la asignación de recursos médicos escasos en situaciones de pandemia, Veritas 49 (2021), 55; *Mitsch*, Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, FS Achenbach, 2011, 299; *Möller*, Ritual Male Circumcision and Parental Authority, LSE Working Papers 14/2017, 1; *Molina Fernández*, El estado de necesidad como ley general, RDPC 1 (2000), 199; *el mismo*, Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal, LH González-Cuéllar, 2006, 373; *Montiel Fernández*, La analogía in bonam partem en el Derecho penal, 2009; *Morillas Cueva*, La obediencia debida, 1984; *el mismo*, Mandatos antijurídicos y estado de Derecho, LH Quintero Olivares, 2018, 207; *Muñoz Conde*, La objeción de conciencia en Derecho penal, LH Roxin, 1997, 279; *Nacarino Lorente*, La fuerza policial en el cumplimiento del deber, 2017; *Navarro-Valls et al.*, Eutanasia y objeción de conciencia, 2022; *Nussbaum*, Libertad de conciencia, 2011; *Oberdiek*, Lost in Moral Space, L&Ph 23 (2004), 325; *el mismo*, What's Wrong with Infringements (Insofar as Infringements are Not Wrong):

A Reply, L&Ph 27 (2008), 293; *el mismo,* Specifying Rights Out of Necessity, OJLS 28 (2008), 127; *Ohlin,* Pandemics, Quarantines, Utility, and Dignity, Michigan St. L.R. 2021, 539; *Orrego,* Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral, RChD 2 (2010), 311; *Ortiz de Urbina,* Priorización de servicios sanitarios: la perspectiva Qaly y sus implicaciones para la teoría del estado de necesidad, en: Kudlich/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, 2017, 109; *Otto,* Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965; *Pérez Alonso,* La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, CPC 56 (1995), 623; *Pérez del Valle,* Conciencia y Derecho penal, 1994; *el mismo,* La discusión actual sobre la delincuencia por convicción, CPC 71 (2000), 373; *Perron,* El triaje en tiempos de pandemia, LH Díez Ripollés, 2023, 937; *Portilla Contreras,* La innecesaria y desproporcionada injerencia penal del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en el derecho de reunión, LH Berdugo, II, 2022, 975; *Prittwitz,* Beschneidung männlicher Kinder als Strafrechtsproblem, FS Kühne, 2013, 121; *Putzke,* Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben, FS Herzberg, 2008, 669; *Queralt Jiménez,* Tirar a matar, CPC 21 (1983), 730; *el mismo,* La obediencia debida en el Código penal, 1986; *el mismo,* Necesidad, legalidad y oportunidad (A propósito de la cobertura de la injerencia policial), RCEC 5 (1990), 135; *el mismo,* La detención preventiva, en: Mir/Corcoy (eds.), Constitución y sistema penal, 2012, 245; *Queralt/Cardenal* (eds.), Derecho penal y libertad de expresión, 2021; *Quintero Olivares,* Derecho de manifestación y desórdenes públicos, en: Cuerda/García Amado (eds.), Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana, 2016, 141; *Radtke,* Überlegungen zum Verhältnis von zivilem Ungehorsam zur Gewissenstat, GA 2000, 19; *el mismo,* Ziviler Ungehorsam, en: Klesczewski/Müller-Mezger/Neuhaus (eds.), Strafrecht in der Zeitenwende, 2010, 73; *Ragués i Vallès,* La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas, InDret 3/2015, 1; *el mismo,* El ánimo de hacerse pago en las defraudaciones. ¿Elemento subjetivo o causa de justificación?, LH Bajo Fernández, 2016, 451; *Raz,* The Morality of Freedom 1986; *Renzikowski,* Notstand und Notwehr, 1994; *el mismo,* Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, FS Hruschka, 2005, 643; *el mismo,* Pflichten und Rechte — Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, 561; *Riggi,* Interpretación y ley penal, 2010; *Rivacoba y Rivacoba,* La obediencia jerárquica en el Derecho penal, 1969; *Robles Planas,* Legítima defensa, empresa y patrimonio, PolítCrim 11 (2016), 714 (=en: Ragués/Robles (eds.), Delito y empresa, 2018, 177); *Rodríguez Mourullo,* La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y desarrollo de las huelgas, LH Suárez Montes, 2013, 595; *Rönnau,* Die Haftungsfreistellung des Whistleblowers, FS Merkel, I, 2020, 909; *Rösinger,* Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, 2019; *Romeo Casabona,* Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho penal, LH Valle Muñiz, 2001, 1769; *Romeo/Urruela,* La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19, Revista de Bioética y Derecho 50 (2020), 9; *Rorty,* Religion as Conversation-stopper, Common Knowledge 3 (1994), 1; *Roxin,* Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, FS Maihofer, 1988, 392; *el mismo,* Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, FS Schüler-Springorum, 1993, 441; *el mismo,* Otras causas de justificación y exculpación, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 219; *el mismo,* La calificación jurídico-penal de la corrección paterna, RDPC 16 (2005), 241; *el mismo,* Una vez más. Sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia, RDPC 98 (2014), 13; *Ruiz Rodríguez et al.* (eds.), Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial, 2016; *Salvador Coderch,* ¿Qué es difamar?, 1987; *Sánchez García de Paz,* Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad, 1995; *Santos,* Derecho de resistencia y desobediencia civil en la Ley fundamental de Bonn, en: Peña/Ausín (eds.), Conceptos y valores constitucionales, 2016, 99; *Serna/Toller,* La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, 2000; *Shafer-Landau,* Specifying Absolute Rights, Arizona L. R. 37 (1995), 209; *Scheid,* Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000; *H.C. Schmidt,* Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgünde, 2008; *el mismo,* Grundrechte als

selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121 (2009), 645; *Schüler-Springorum,* Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, en: Glotz (ed.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, 76; *Serrano González de Murillo,* Alcance del deber de secreto del profesional sanitario ante la administración de justicia penal, RP 15 (2005), 13; *Silva Sánchez,* El SIDA en la cárcel. Algunos problemas de responsabilidad penal, LL 1992-4, 1113; *el mismo,* La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales, PyD 56 (2007), 35; *el mismo,* Asesinatos selectivos en la guerra punitiva contra el terrorismo, InDret 1/2017, 1; *el mismo,* El hurto de alimentos caducados ante el Bundestag, InDret 2/2021,1; *Simón Yarza,* Ley natural y realismo clásico, 2022; *Singelnstein,* Strafbare Strafverfolgung, 2015; *Spena,* Diritti e responsabilità penale, 2008; *Stratenwerth,* Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Tamarit Sumalla,* La libertad ideológica en el Derecho penal, 1989; *Teubner,* An den Grenzen des Rechts: Die Paradoxie des Rechtsmissbrauchs, JZ 2020, 373; *Thomson,* The Realm of Rights, 1990; *Thorburn,* Justifications, Powers, and Authority, Yale L. J. 117 (2008), 1070; *Torres Fernández,* Viejos ritos, nuevos conflictos: la circuncisión masculina, en: Bernal (ed.), Delito y minorías en países multiculturales, 2014, 151; *Troxler,* Die Universalität von Rechtfertigungsgründen im Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, 2014; *Tuñón Corti,* ¿La edad como criterio de triaje? Una discusión sobre el triaje ex ante y el criterio fair-innings, ADPCP 2023, 289; *Ugartemendía Eceizabarrena,* La eficacia justificante de los derechos, 2002; *el mismo,* La eximente de ejercicio legítimo de un derecho, RVAP 63 (2002), 121; *Valerius,* Kultur und Strafrecht, 2011; *van Weezel,* La obediencia debida como colisión de deberes, LH Reyes Echandía, 2022, 579; *Vargas Ovalle/Agustina Sanllehí,* Garantías en la obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones corporativas, Justicia: Revista de Derecho procesal 1 (2020), 457; *de Vicente Martínez,* El nacimiento de un nuevo derecho individual: el derecho a poder solicitar ayuda para morir dignamente, LH Muñagorri Laguía, 2021, 547; *Villamarín López,* El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal, InDret 4/2012, 1; *Villegas Díaz,* Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y Derecho penal, Revista de Derecho (Valdivia) 2 (2012), 177; *Walen,* The Mechanics of Claims and Permissible Killing in War, 2019; *Walter,* Menschlichkeit oder Darwinismus?, GA 2020, 656; *Webber,* The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights, 2009; *el mismo,* Rights and the Rule of Law in the Balance, LQR 129 (2013), 399; *Yacobucci,* Criterios de imputación en el delito flagrante provocado, LH Mir Puig, 2017, 891; *Zaczyk,* Sobre la posición de garante de los funcionarios, en: Zaczyk, Libertad, derecho y fundamentación de la pena, 2010, 321; *Ziemann/Acosta,* Erschütterungen in Recht und Moral, JRE 27 (2019), 697; *Zimmermann,* Gilt das StGB auch im Krieg?, GA 2010, 507.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. LA RELACIÓN INTERPERSONAL COMO REGLA

Las instituciones de la legítima defensa y del estado de necesidad proporcionan una imagen sesgada del significado de las causas de justificación en el sistema de la teoría del delito. En concreto, transmiten la idea de que los conflictos entre las esferas jurídicas de bienes son muy excepcionales, de modo que lo ordinario es la situación de «separación de esferas». Sin embargo, no es cierto que las esferas jurídicas de bienes discurran separadas salvo en los casos límite de la defensa legítima y de la necesidad extrema. Por el contrario, su interrelación e interacción, al igual que la armonización y la colisión de las pretensiones relativas a su respectiva incolumidad, son constantes en la vida social. Así, de las reglas que definen los tipos de delito cabe derivar ciertamente la existencia de normas de conducta, es decir, disposiciones prescriptivas 1

—mandatos y prohibiciones— que prohíben su comisión. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico existen, además, otras disposiciones de las que cabe inferir el permiso e incluso el deber de realizar conductas que conllevan la realización de un tipo (*cfr. supra* capítulo 18). Por ejemplo, aparentemente está prohibido privar de libertad a otro; ahora bien, al mismo tiempo un funcionario de policía no solo puede, sino que está obligado a privar de libertad a otro si existe una orden judicial de detención o incluso sin ella, en los casos especialmente previstos por las leyes.

2 El modo en el que el Derecho contempla las relaciones interpersonales determina que, dada la posición jurídica que ocupa un sujeto en una situación concreta, sobre este puedan concurrir aparentemente —o, según suele decirse, *prima facie*—: (i) una prohibición y un permiso relativos a la misma conducta; (ii) un mandato y un permiso relativos a la misma conducta; (iii) una prohibición y un mandato relativos a la misma conducta; (iv) dos mandatos de cumplimiento incompatible;[1] y (v) dos prohibiciones, igualmente de cumplimiento incompatible.[2] En todos estos casos se da una colisión de pretensiones, tras las que se dan las correspondiente razones para la acción. Así, en los supuestos (i) y (ii) puede hablarse de un choque de pretensiones entre dos sujetos distintos. En cambio, en los (iii), (iv) y (v), se trata de una colisión de pretensiones de, como mínimo, dos sujetos frente a un tercero. Como se verá, nada de ello es excepcional, sino que tales conflictos aparentes resultan absolutamente ordinarios en la vida del Derecho.

3 Tales conflictos no son auténticas «colisiones de derechos» —(i), (ii)— ni «de deberes» —(iii), (iv), (v)—, sino que las colisiones tienen lugar únicamente entre pretensiones opuestas de protección, con sus respectivas razones. Una vez producido el conflicto y resuelto, solo una de ellas recibe definitivamente la protección del Derecho, de modo que solo una es un «derecho». Así pues, como se advierte, en realidad las esferas individuales no pueden concebirse como rígidamente preexistentes a la intervención cotidiana del Derecho. Desde luego, constituyen esferas de bienes a las que acompaña una razonada pretensión individual o colectiva de incolumidad. Sin embargo, solo pueden calificarse como esferas de derechos —en sentido estricto— una vez que su interrelación se ha examinado a la luz de tres criterios: por un lado, el derivado de las reglas prohibitivas o de mandato; por el otro, el derivado del tenor de las reglas permisivas; en fin, el baremo que surge de las metarreglas que se contienen en las definiciones de las causas de justificación.

---

[1] Por ejemplo, el mandato de socorrer a una persona y el «permiso» de disponer de los propios bienes. O el mandato de socorrer a otro y la «prohibición» de injerirse en una morada ajena.

[2] Christian Wolff (1679-1754) había negado esta posibilidad, señalando que las leyes prohibitivas nunca coliden entre sí (*«leges prohibitivae nunquam inter se colliduntur»*). Sin embargo, la posibilidad existe. Este es el caso en el que se puede encontrar el conductor de un vehículo, al que, en una determinada circunstancia, se le prohíbe tanto que avance como que permanezca o retroceda.

2. LAS CONCEPCIONES ESTÁTICAS Y DINÁMICAS DE LOS DERECHOS

2.1. La doctrina de los derechos *prima facie —o razones pro tanto—*

4 En su momento se expuso que una concepción acerca de los derechos los entiende —y los define— en términos estáticos, constante y rígidamente delimitados, como delimitadores de esferas separadas (*cfr. supra* capítulo 18/61). Sin embargo, en la realidad de la vida las relaciones sociales son dinámicas. Sentado esto, tal dinamicidad puede abordarse desde varias perspectivas teóricas. La primera es sostener la primacía absoluta del *statu quo*. Así, por ejemplo, la concepción estática del derecho de propiedad en Kant constituye la base de su idea de que no existe nunca un estado de necesidad justificante, ni siquiera en el caso de quien se injiere en la propiedad ajena para salvar su vida. Una segunda posibilidad es la de construir derechos que tienen la capacidad de fundar la infracción de otros derechos. Esta posición distingue entre la «infracción» de derechos —que es constante y que puede estar justificada o no— y su «violación», que solo tiene lugar cuando la infracción no está justificada.[3] Como se advierte, esta perspectiva obliga asimismo a aceptar que los derechos de unos están siendo infringidos constantemente por los derechos de otros, aunque no siempre se violen. Ahora bien, una estructura permanente de derechos enfrentados a derechos es impropia de cualquier comunidad política que no se conciba como esencialmente conflictiva. Por este motivo, una tercera posición, desarrollada a propósito de los derechos fundamentales, los interpreta como principios —esto es, mandatos de optimización— que como tales pueden entrar en fricción. Desde luego, esta línea doctrinal también afirma que los derechos existen ya antes de la interacción social. Sin embargo, tales derechos estáticos previos a la colisión son concebidos como derechos *prima facie*—o razones *pro tanto*—. Así, una vez constatada la existencia de una situación de colisión entre unos y otros, es preciso llevar a cabo un juicio valorativo con el objeto de determinar si la conducta de la que se trate constituye un auténtico —legítimo— ejercicio de un derecho y, por tanto, está permitida. Esto significa que el argumento de un sujeto en el sentido de que ostenta un derecho —estático— todavía puede ser «derrotado»,[4] cuando otro derecho cuenta con razones de más peso para prevalecer.

5 Tal superioridad puede determinarse con base en una pluralidad de métodos. Así, por ejemplo, el de la ponderación.[5] Este parte de derechos ya plenamente constituidos y en conflicto, que —colocados en los dos platos de una balanza— se sopesan para determinar prevalencia de un «derecho» o del otro. Ahora bien, otra posibilidad es tener presente, junto al derecho prevalente, al derecho desplazado, que limita o condiciona la incidencia de aquel. En esta

---

[3] *J.J. Thomson* (1990). Críticos, desde perspectivas parcialmente distintas, *Shafer-Landau*, Arizona L. R. 37 (1995), 209; *Cianciardo* (2000); *Serna/ Toller* (2000), *Oberdiek*, L&Ph 27 (2008), 293 ss.; *el mismo*, OJLS 28 (2008), 127 ss.; *Webber* (2009); *Orrego*, RChD 2 (2010), 311 ss.

[4] En el inglés original, *«defeated»*.

[5] *Lübbe/ Grosse-Wilde* -Hrsg.- (2022).

línea, cabe acoger un criterio de concordancia práctica. En efecto, los conflictos entre reglas solo pueden resolverse introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o bien estimando una de las reglas inválida. En cambio, los conflictos de principios se pueden resolver mediante una restricción regida por criterios de subsidiariedad, con el fin de hacer posible el mayor grado de optimización de todos ellos. Ciertamente, lo más frecuente en la doctrina es recurrir al principio de proporcionalidad y a las ponderaciones derivadas de su manejo.[6] Sin embargo, ello obliga a afirmar que hay conductas de ejercicio de un derecho que lesionan un derecho —*prima facie*— de otra persona.

6 En lo que respecta al Derecho penal, una consecuencia de la concepción estática de los derechos es la atribución de una especial relevancia material —y no solo formal— a la constatación de la tipicidad de una conducta. Ahora bien, ya se ha indicado que ese valor material de la tipicidad solo puede apreciarse, en realidad, en el núcleo de los delitos *mala in se*. En efecto, en ellos los bienes son absolutos, de modo que su negación es también absoluta. Como se ha visto, la única excepción a ello es el derecho a la legítima defensa que redunda en la producción de la muerte del otro —pues la vida es ciertamente un bien absoluto—. Si se deja esto al margen, la afirmación de que un agente, en virtud del ejercicio de su derecho, lesiona justificadamente un derecho de otro es contradictoria.[7] Ciertamente, la constatación de que una conducta puede ser típica constituye una razón para abstenerse de realizarla. Sin embargo, está claro que pueden existir razones materialmente superiores para llevarla a cabo. Pues bien, dada esta colisión de razones,[8] si el agente opta por la razón superior y lleva a cabo la conducta, el sistema jurídico le protege declarando la justificación de su conducta. Entonces, genera razones excluyentes para terceros, que determinan que estos tengan que abstenerse de impedir la realización de la conducta justificada.

2.2. La doctrina de la especificación de los derechos

7 Frente a todo lo anterior, la alternativa es sostener —como aquí se viene haciendo— que no existen derechos en tal sentido estático o general, que preexistan a la interrelación personal. Por el contrario, los derechos requieren ser «especificados», de modo que solo se construyen de modo acabado en términos interpersonales, teniendo en cuenta la solución justa del caso concreto a la luz del bien común (*cfr. supra* capítulo 18/68). Por eso, al final del proceso de especificación no existe un «derecho» desplazado, sino que se produce la integración de las pretensiones en conflicto en una solución justa. Ahora bien, esto exige determinar si el conjunto de razones favorables a la justificación de

---

[6] *Ugartemendía Eceizabarrena*, RVAP 2002, 13 ss.

[7] *Oberdiek*, OJLS 28 (2008), 141.

[8] *Coca Vila* (2016); *el mismo*, InDret 2/2017, 1 ss.

una conducta típica concreta prevalece sobre las que arguyen a favor de su antijuridicidad o viceversa. En definitiva, solo un derecho plenamente especificado se convierte en una «razón excluyente». En Derecho penal, lo anterior significa que la realización típica no conlleva por sí misma todavía ni la lesión de un derecho ni la infracción de un deber; así pues, la terminología legal o doctrinal que se expresa en estos términos es incorrecta. Únicamente en el ámbito sistemático de las causas de justificación, y no antes, se da el último paso hacia la construcción o especificación de los derechos. Así pues, si se adopta una concepción relacional e interpersonal de los derechos, que es la asumida aquí, en Derecho penal solo lesionan derechos las conductas típicas y no justificadas —típicamente antijurídicas—. Por su parte, las conductas justificadas no infringen ni violan derecho alguno.

8 Ahora bien, viceversa no cabe afirmar que el cumplimiento de cualquier «deber» *prima facie* —penal o extrapenal— o el ejercicio de cualquier «derecho» extrapenal *prima facie* permita injerirse en la esfera de bienes ajena protegida por el Derecho penal.[9] En efecto, el reconocimiento de la causa de justificación de ejercicio de un derecho y de cumplimiento de un deber solo pone de relieve que puede haber razones prácticamente cotidianas —y no limitadas a la excepcionalidad de la legítima defensa o el estado de necesidad— para realizar conductas típicas. Tales razones pueden derivar de pretensiones personales del agente o de pretensiones que otros terceros o la colectividad le imponen. Junto a ellas, también es preciso considerar las razones para no actuar que derivan de un enunciado típico. Unas y otras deben ser especificadas conforme al bien común para configurar una directiva de acción concreta. De este modo, solo al final del proceso de especificación puede afirmarse en sentido estricto que el sujeto ejerce un derecho o cumple un deber.

9 La integración de tal forma de ver las cosas en el ámbito sistemático de la justificación de conductas permite obtener una imagen realista de ella. En efecto, de la resolución de las colisiones de razones depende la fijación de la posición jurídica concreta de cada sujeto. Ciertamente, el ordenamiento jurídico estatal está presidido por los principios de unidad y de ausencia de contradicción. Así pues, no cabe que un sector del ordenamiento jurídico prohíba la realización de una conducta cuya realización impone otro sector de ese mismo ordenamiento como un deber.[10] Ahora bien, junto con el mencionado principio de unidad del ordenamiento jurídico debe tenerse en cuenta otro, específico del Derecho penal. Este es el principio de subsidiariedad de las leyes penales. En su virtud, estas solo pueden tipificar infracciones especialmente graves del ordenamiento jurídico del Estado;[11] además, no pueden castigar lo que está permitido en otros sectores de dicho ordenamiento, salvo cuando estos adoptan una perspectiva diversa de la asumida por la ley penal. Esto sig-

[9] En contra, *Spena* (2008), 145 ss., sobre la base del principio de *favor libertatis*.

[10] *Pérez Alonso*, CPC 56 (1995), 624; *Sánchez García de Paz* (1995), 75.

[11] *Spena* (2008), 167 ss.

nifica que de entrada es al Derecho constitucional, al Derecho administrativo y al Derecho privado a los que compete determinar los criterios de resolución de conflictos. Ciertamente, son ellos los que en principio tienen que definir las posiciones jurídicas. Ahora bien, cuando es preciso esgrimir razones para la justificación de una conducta penalmente típica, estas deben mostrar un peso suficiente para prevalecer sobre las serias razones que genera la tipicidad para abstenerse de llevarla a cabo. En resumen, solo la conducta típica y antijurídica lesiona el derecho subjetivo ajeno.[12] En cambio, la conducta típica, pero justificada, desde luego lesiona bienes ajenos de modo penalmente relevante. Sin embargo, lo hace precisamente en el ejercicio de un derecho propio que genera, para los demás, el deber jurídico de respetarlo.[13] En fin, dado que los derechos subjetivos son correlativos a deberes, no puede afirmarse que existan colisiones de derechos ni de deberes.

II. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. GENERALIDADES

10 La doctrina tradicional sostiene que las eximentes de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7.° CP español) son causas de justificación. Esto significa que la conducta del sujeto amparado por ellas es penalmente típica, lo que produce la paradoja de que el juez, al dictar sentencia condenatoria en cumplimiento de su deber, esté realizando una conducta típica; o que el ejercicio de derechos fundamentales sea, asimismo, penalmente típico. Ciertamente, frente a esta concepción tradicional de ambas eximentes se han dirigido tres objeciones. Una de naturaleza dogmática; otra, de teoría de los derechos fundamentales; y la última, en fin, de teoría del Derecho. Sin embargo, todas ellas pueden ser superadas.

2. LAS OBJECIONES

2.1. La derivada de la «teoría de la imputación objetiva»

11 La primera de las objeciones tiene naturaleza jurídico-dogmática, y deriva de la teoría del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado. Así, se argumenta que, si se aprecia el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, no cabe que la conducta del agente sea desaprobada. Por lo tanto, dichas eximentes no pueden ser reputadas causas de justificación, sino que constituyen causas de «exclusión de la imputación objetiva».[14] Pues

[12] *Raz* (1986), 166: un derecho «es una razón suficiente para mantener a otra u otras personas bajo un deber».

[13] *Bierling* (1894), 167.

[14] De modo general para las causas de justificación, *Lesch* (1999), 264 ss.; *Pawlik* (2012), 212-213 n. 383.

bien, es cierto que la naturaleza jurídico-penal de las conductas en las que ejercen derechos o se cumplen deberes puede ser objeto de discusión. Sin embargo, el debate no puede oscurecer la idea central de que son conductas conformes con el Derecho. Por tanto, o son conductas penalmente atípicas precisamente en virtud de su licitud —esto es, de su permisión general extrapenal— o se reputan típicas pero justificadas. Sin embargo, la opción por lo uno o por lo otro no es sencilla. De hecho, el tema se discute a propósito de todas las causas de justificación, [15] o al menos de algunas de ellas. [16]

Desde luego, no puede afirmarse que sean atípicas las conductas de cumpli- 12
miento de un deber o ejercicio de un derecho que redundan en la realización de tipos de delito del núcleo de los *mala in se*. Por lo tanto, en su afectación a bienes intrínsecos de la persona, ciertamente las sentencias judiciales penales realizan el tipo del delito, en su caso de forma justificada, al igual que lo hace la actuación policial. Ahora bien, en la periferia de los delitos *mala in se*, la definición de los hechos delictivos que lesionan bienes de la persona [17] viene rodeada de elementos normativos que, en algunos casos, pueden permitir excluir la propia tipicidad de la conducta en virtud del cumplimiento de un deber o del ejercicio legítimo de un derecho. [18] Ello sucede de forma mucho más patente en los *mala quia prohibita*, en los que se protegen objetivos político-administrativos relacionados con la protección de intereses colectivos. Esto determina que el bien protegido se halle intensamente juridificado, así como que la conducta se describa en términos asimismo jurídicos —por ejemplo, mediante elementos típicos de infracción de disposiciones extrapenales—, o ambas cosas. Pues bien, en estos casos el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber excluyen la concurrencia del propio comportamiento típico.

2.2. La derivada de la teoría de los derechos fundamentales

La segunda objeción tiene naturaleza político-constitucional, derivada de la 13
teoría de los derechos fundamentales. En efecto, en ocasiones, incluso en la jurisprudencia constitucional española, se lee la afirmación de que el ejercicio de un derecho fundamental «no puede ser criminalizado». En esta línea, un sector de la doctrina sostiene que el ejercicio de derechos fundamentales no puede ser penalmente típico. [19] Sin embargo, precisamente las premisas senta-

---

[15] *Zaczyk* (2010), 331.

[16] Para la legítima defensa, *Palermo* (2006), 333. Distinguiendo entre causas de justificación, *Renzikowski* (1994); *el mismo*, FS Hruschka, 2005, 643 ss. Otras distinciones en *Jäger* (2006), 21.

[17] Extrínsecos o intrínsecos, pero estos últimos por imprudencia.

[18] El art. 133 CP peruano, bajo la intitulación de *«conductas atípicas»*, dispone: «No se comete injuria ni difamación cuando se trata de: 1. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez. 2. Críticas literarias, artísticas o científicas. 3. Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones».

[19] *Mestre Delgado* (2001), 147-148; *Quintero Olivares* (2016), 139; *Hormazábal Malarée*, LH Díez Ripollés, 2023, 663 ss.

das al principio de este capítulo permiten descartar tal solución.[20] En efecto, muchos tipos de delito protegen, a su vez, derechos fundamentales y otros tantos protegen derechos, aunque estos sean de carácter no fundamental. A propósito de ellos, no es posible concluir la atipicidad de la conducta que les afecte, aunque esta última, a su vez, «parezca» amparada *prima facie* por un derecho fundamental. Ciertamente, en ocasiones la mencionada afirmación doctrinal se precisa en el sentido de que lo que no puede ser criminalizado es el ejercicio «legítimo» de un derecho fundamental. Ahora bien, esto es tan correcto como tautológico, dado que el ejercicio de un derecho fundamental solo es legítimo una vez que ha culminado el proceso de su especificación.

14 En el marco de la réplica a esta objeción también es oportuno aludir a la diferencia entre los hechos pertenecientes al núcleo de los delitos *mala in se*, los pertenecientes a la periferia de estos y los *mala quia prohibita*. En efecto, la profusión de elementos normativos de contenido jurídico en el segundo y, sobre todo, en el tercero de los grupos de delitos mencionados determina la posibilidad de que el ejercicio legítimo de derechos fundamentales pueda reputarse atípico. En estos casos, se trata sencillamente de proceder a una interpretación conforme a la Constitución —y, en concreto, conforme a los derechos fundamentales— del tipo de delito en cuestión (*cfr. supra* capítulo 6/79). Sin embargo, ello no vale para el caso de los delitos pertenecientes al núcleo de los *mala in se*, ni para algunos de la periferia de este grupo. A este respecto, procede reiterar que, salvo en los casos de la vida, y de la integridad física y moral de la persona, los derechos fundamentales no existen *a priori* —esto es, no pueden reputarse absolutos—. Por el contrario, su existencia solo puede afirmarse una vez que las pretensiones asociadas a ellos se han especificado, prevaleciendo sobre las pretensiones contrarias. Por ejemplo, el derecho fundamental a la libertad de expresión solo se ejerce legítimamente por una persona cuando, en la situación concreta, supera el proceso de especificación en relación con la pretensión derivada del derecho fundamental al honor de otra persona. En este contexto, la única actuación del aplicador que resulta conforme a la Constitución —conforme a los derechos fundamentales— consiste en especificar las pretensiones hasta alcanzar la solución interpersonal justa. Ello, sin negar la tipicidad de la conducta, esto es, la existencia de un bien de alguien, que resulta preterido en aras del bien común.

2.3. La derivada de la teoría del Derecho

15 La tercera objeción se circunscribe a los casos de cumplimiento de un deber. Esta sostiene que, en realidad, en ellos no se da una situación de especificación. Por el contrario, arguye que el cumplimiento de un deber —por ejemplo, de

[20] Por lo tanto, cabe tipificar una conducta relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental, siempre que tenga sentido anticipar que no todos los hechos típicos van a estar justificados. En efecto, la tipificación de una conducta que siempre estaría justificada no solo sería un error técnico, sino también axiológico.

detener al delincuente, o de dictar sentencia— determina el surgimiento de una «potestad».[21] Esta, a su vez, tiene una naturaleza distinta a la de los derechos en sentido estricto, puesto que determina la revocación de la protección legal del derecho respectivo. En términos jurídico-penales, ello equivale a señalar que constituye una causa de exclusión de la tipicidad, de modo que en la conducta del juez o del policía que actúa amparado por ellas no existe siquiera un «mal *pro tanto*».

16 Pues bien, desde luego no cabe negar el interés de esta construcción, ni la peculiaridad que rodea a la actuación de los funcionarios públicos en cumplimiento de su deber. Sin embargo, lo cierto es que una detención judicial también lesiona un bien digno de protección jurídico-penal —la libertad ambulatoria—; e igualmente lo hace la sentencia judicial que condena al reo a una pena de prisión. Lo que sí puede aceptarse es que en estos casos buena parte del proceso de especificación, incluso su totalidad, se remite a la consideración que hace el propio sujeto —funcionario público— que actúa. Así, el juez de instrucción es el que toma la decisión acerca de si procede o no acordar la detención del investigado. Por ello, el contenido concreto de su resolución solo se puede revisar limitadamente y a través de medios formalmente preestablecidos; a saber, las vías procesales de recurso y, en casos extremos, la imputación del delito de prevaricación. Sin embargo, estas peculiaridades no obstan al hecho de que aquí se lesionan bienes intrínsecos o extrínsecos de las personas. Por tanto, es correcto subrayar la tipicidad de la conducta.[22]

3. LA EXIMENTE LEGAL DE CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO COMO MARCO LEGAL DE LA ESPECIFICACIÓN

3.1. Generalidades

17 En algunas legislaciones penales no se hace referencia expresa a las mencionadas colisiones de razones, de pretensiones y, en fin, de disposiciones legales. En cambio, en otras sí existe una eximente legal de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Por ejemplo, en España (art. 20.7.° CP), en las legislaciones de Iberoamérica y en Italia (art. 51 CP). Aunque algunos autores afirman que el art. 20.7.° CP español constituye una causa de justificación «en blanco», la realidad es que no contiene una remisión expresa a la legislación extrapenal. Ahora bien, los elementos normativos de contenido jurídico que la integran —«deber», «legítimo» y «derecho»— son tan amplios, que el efecto es el mismo que produce una remisión total dinámica. Esta peculiar estructura de la eximente ha producido reacciones diversas en la doctrina. Para algunos, su

[21] En el sentido de Hohfeld: *«power»*. *Gur-Arye*, CL&Phil 5 (2011), 294 ss., 297, distingue entre potestades —el cumplimiento de un deber— y causas de justificación: *«legal power functions as an exception to the prohibition defining the offense and not as a justification of the infringement of the prohibition»*.

[22] *Luzón Peña*, LH Berdugo, I, 2022, 243 ss.

indeterminación incurre en inconstitucionalidad por no respetar la taxatividad mínima que debe darse en las causas de justificación.[23] En la misma línea se incide en el carácter prescindible de una causa de justificación de esta naturaleza. Así, se ha señalado que constituye una tautología, pues pone de relieve que quien obra en ejercicio de un derecho subjetivo o en cumplimiento de un deber jurídico obviamente no puede obrar de forma contraria a Derecho.[24] Ciertamente, en los países en los que no existe una regulación legal expresa de esta causa de justificación, nadie ha sostenido que las conductas que ella ampara deban ser reputadas antijurídicas.[25] Sin embargo, su mención explícita en el Código penal cumple, al menos, una función de orientación de la actividad judicial. Por tanto, el efecto de desorientación que podría producir su derogación en los órganos judiciales —al menos de entrada—, determina que no sea aconsejable proponerla.[26]

3.2. Las fuentes indirectas de la exención

18 Para identificar los presupuestos de la eximente es preciso, en primer lugar, recurrir al resto del ordenamiento jurídico y localizar los deberes y los derechos *prima facie* cuyo ejercicio puede entrar en conflicto con las pretensiones derivadas del tenor del tipo de delito del que se trate. Por su parte, las disposiciones legales de referencia, en las que se establezca de modo preciso el deber o el derecho *prima facie* —potencialmente justificantes—, pueden ser de diverso rango. Así, cabe que ostenten incluso un rango supranacional. Esto sucede en el caso de derechos —o también deberes— reconocidos en las convenciones internacionales —Convenios Europeo o Interamericano de Derechos Humanos— o en el concreto marco de la UE —Carta de los derechos fundamentales de la UE—. El derecho —o deber— puede ostentar, asimismo, rango constitucional, como es el caso de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. En fin, el derecho o deber puede haber surgido de una fuente de rango inferior, legal o reglamentario. Con frecuencia, son actos administrativos y autos judiciales los que concretan el derecho o deber que amparan *prima facie* la actuación de un sujeto, con lo que al mismo tiempo generan (también *prima facie*) en otro sujeto un deber de soportarla. Así, por ejemplo, en el último tercio del siglo XX alcanzaron especial notoriedad en España las órdenes judiciales de alimentación coactiva de penados en huelga de hambre, o de transfusión coactiva de sangre a miembros de la confesión de los Testigos de Jehová. Sin embargo, en realidad tienen la misma trascendencia —y conflictividad— las autorizaciones judiciales cotidianas de actuaciones policiales como la intervención de comunicaciones, o la entrada y registro de domicilios.

---

[23] *Montiel Fernández* (2009), 376 ss.

[24] *Molina Fernández*, RDPC 1 (2000), 225; *el mismo*, LH González Cuéllar, 2006, 388.

[25] *Sánchez García de Paz* (1995), 352.

[26] Sobre las diversas posiciones, *Mestre Delgado* (2001), 31. A favor de su derogación, *Pérez Alonso*, CPC 56 (1995), 627 ss.; en contra, *Luzón Peña*, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 356 ss.

III. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

1. GENERALIDADES

19 En algunas ocasiones, la actuación de un sujeto en cumplimiento de razones obligantes no genera conflicto alguno. En otros casos entra en colisión con libertades de terceros o bien con razones obligantes del propio agente con respecto a otros sujetos o a la colectividad. Esto significa que fuera del Derecho penal —en el Derecho privado y en el Derecho administrativo— también es preciso considerar reflexivamente las razones a favor de lo uno y de lo otro. En fin, el problema adquiere relevancia para el Derecho penal cuando el cumplimiento de una razón obligante conlleva la realización de un tipo de delito. En este punto es necesario considerar los requisitos del cumplimiento de un «deber» justificante.

2. LOS REQUISITOS DE LA JUSTIFICACIÓN

2.1. Los requisitos intersubjetivos *ex ante*: la necesidad y la proporcionalidad

20 La doctrina suele considerar que la justificación de la realización de una conducta típica en virtud del cumplimiento de un deber requiere, en primer lugar, que aquella sea idónea o adecuada *ex ante* para cumplirlo. Además, en segundo lugar, es preciso que el cumplimiento del deber haga imprescindible la realización de una conducta lesiva de una esfera ajena de bienes. Como se ha indicado ya, esto es lo que se conoce como «subsidiariedad externa» o «necesidad en abstracto». Sin embargo, con lo anterior no basta. En tercer lugar, es necesario que el deber no hubiera podido cumplirse con una afectación menor de la misma esfera de bienes, o con la afectación de una esfera menos relevante de bienes. A esto último se le denomina «subsidiariedad interna» o «necesidad en concreto». En definitiva, no es suficiente que la injerencia lesiva en la esfera de un particular sea necesaria, sino que el funcionario debe optar por la forma concretamente menos lesiva. Así pues, contra lo que suele admitir la doctrina y la jurisprudencia, el exceso intensivo —esto es, la vulneración del principio de subsidiariedad interna— no debe dar lugar ni a la exención completa ni tampoco a la incompleta.

21 Una vez constatadas la idoneidad y la necesidad en abstracto y en concreto, es necesario que la conducta sea proporcionada en sentido estricto. Es decir, la entidad del deber que se cumple tiene que ser superior a la del bien que se lesiona. Al respecto, la doctrina española ha considerado tradicionalmente que el fundamento de la eximente es el interés preponderante. Por el contrario, aquí se ha indicado que la especificación o *determinatio* del alcance de las causas de justificación debe tener lugar mediante una especificación orientada al bien común. Ahora bien, es cierto que, en el caso del cumplimiento del deber, esta idea se halla frecuentemente concretada y formalizada en una serie de disposiciones reguladoras de cada deber concreto. En todo caso, la idea de especificación resulta perfectamente coherente con la introducción en el proceso evaluativo de consideraciones relativas a la medida de riesgo

en la que se encuentran los bienes respectivamente subyacentes a los deberes *prima facie*; a la posible concurrencia de deberes especiales de sacrificio; y a la provocación de la situación justificante. En el caso de la vulneración de la proporcionalidad en sentido estricto, no deben tener lugar ni la exención completa ni tampoco a la incompleta.

2.2. Las perspectivas intersubjetiva *ex ante*, subjetiva *ex ante*, y *ex post*

22 El juicio intersubjetivo *ex ante* es el decisivo para la determinación de la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante. Si dicho juicio permite establecer tal concurrencia, la conducta está justificada, aunque el juicio *ex post* determine que estos no se dan. En tal caso, si el sujeto activo se representó el hecho como justificado, incurrió en un error intersubjetivamente invencible, que debe conducir a la impunidad por ausencia de desaprobación *ex ante* de la conducta. Ahora bien, cabe que la conducta fuera desaprobada *ex ante* y que este juicio se confirmara *ex post*. En tal caso, si el sujeto se representó asimismo la concurrencia de la situación justificante, cabe que su error fuera sólo subjetivamente invencible. En tal caso, en función de que se trate como un error de tipo o como un error de prohibición, faltará la imputación subjetiva o la imputación a título de culpabilidad. Si el error es vencible, en función de esa distinción, el hecho se imputa a título de imprudencia o con una culpabilidad atenuada. Como ya se ha indicado, la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación conduce no es exactamente un error de tipo, aunque el tratamiento jurídico debería ser análogo al de esta figura. Sin embargo, la aplicación del régimen del error vencible de tipo —la sanción a título de imprudencia— resulta imposible en algunos casos. Por tanto, en la medida en que no se regule de modo expreso, sólo la aplicación del régimen del error de prohibición conduce a resultados siempre razonables.

23 Viceversa, es posible que el juicio intersubjetivo *ex ante* conduzca a pensar que no concurren los presupuestos de la justificación y, en cambio, el juicio *ex post* ponga de relieve su concurrencia. Dada esta estructura, y como se indicó en su momento, la solución de la tentativa —inidónea o irreal—, sostenida por la doctrina mayoritaria, no es aplicable en todos los casos; igualmente, tampoco lo es la de la consumación, defendida por las doctrinas subjetivistas. Por tanto, la opción más razonable es la de aplicar la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP, en relación con las eximentes incompletas de las causas de justificación del art. 21.1.ª CP.

3. APROXIMACIÓN A LA COLISIÓN DE DEBERES *PRIMA FACIE*

3.1. La fenomenología de los deberes *prima facie*

24 Los «deberes» objeto de cumplimiento pueden ser, por un lado, jurídico-públicos, que a su vez pueden afectar a funcionarios o a particulares, o bien

jurídico-privados, que afectan a estos últimos. Así, las leyes u otras disposiciones generales conformes con ellas imponen deberes a funcionarios judiciales, policiales, penitenciarios y, en general, a los integrantes de las administraciones públicas. En estos casos, el alcance del deber se concreta con frecuencia mediante una orden —un acto administrativo o judicial—, que genera un deber jurídico-penal de obediencia para sus destinatarios (art. 410 CP español). A su vez, los particulares están sujetos, por el mero hecho de residir en el territorio estatal, a una serie de deberes positivos generales. Entre ellos se cuentan, los deberes de socorro (art. 195 CP español), de impedir determinados delitos (art. 450 CP español) y de obediencia a los funcionarios públicos, administrativos y judiciales (art. 556 CP español). Además, en el ámbito represivo de ilícitos ya cometidos se sitúan ciertos deberes pre-procesales y procesales. Así, el deber de denuncia de delitos públicos,[27] o de prestar testimonio.[28]

Por lo demás, los particulares tienen también deberes positivos especiales **25**
—jurídico-públicos y jurídico-privados—, derivados de su profesión u oficio, así como de las demás posiciones institucionales que ocupen. En fin, también están sujetos a deberes negativos, derivados de sus actos de organización de la libertad. Todos ellos son «deberes de garante», de diversa intensidad. En este contexto se sitúan, por ejemplo, los deberes de comunicación de determinadas informaciones con relevancia pública que recaen sobre los abogados, los médicos o los administradores de sociedades. Así, estos tienen, por un lado, el deber *prima facie* de informar respectivamente de operaciones sospechosas de blanqueo de activos, de la producción de una enfermedad infecciosa o de un delito, y de datos relevantes para los socios. Ahora bien, el cumplimiento de tales deberes *prima facie* conllevaría el incumplimiento de los deberes de secreto *prima facie* que también vinculan a tales profesionales. Esto pone de relieve hasta qué punto la confluencia de razones obligantes contrapuestas forma parte de la vida ordinaria de cualquier persona, y no solo se da en situaciones vitales límite. Por lo tanto, de modo constante es preciso arbitrar criterios para afrontarla.

3.2. La colisión de «deberes *prima facie*» como situación ordinaria

Los funcionarios públicos son destinatarios de disposiciones que les impo- **26**
nen deberes *prima facie*, cuyo cumplimiento es lesivo de bienes penalmente protegidos —por ejemplo, la detención de una persona—. Por lo tanto, también existe un deber *prima facie* de abstenerse de hacerlo. Otro tanto ocurre

---

[27] Art. 259 LECrim española: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

[28] Art. 410 LECrim española: «Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley».

con el deber general de socorro que recae sobre los particulares (art. 195 CP español). En efecto, el cumplimiento de este puede conllevar el recurso a algún bien ajeno; sin embargo, existen preceptos que imponen el deber de no dañar ni hurtar tales bienes. Así pues, como puede advertirse, la justificación por cumplimiento de un deber describe siempre una situación de «colisión aparente de deberes». Por un lado, se halla el deber *prima facie* de abstenerse de realizar la conducta típica. Por el otro, el deber *prima facie* de actuar del modo previsto, con efecto justificante. Ciertamente, en el imaginario de la doctrina del Derecho penal la existencia de una «colisión de deberes» se asocia a casos trágicos en los que una persona tiene que elegir entre salvar la vida de un tercero o de otro, cuando resulta que está obligada *prima facie* a salvar tanto una como otra. Tales casos límite han centrado la discusión dogmática de la figura; sin embargo, como puede advertirse, a ella también pertenecen casos cotidianos de la vida de los médicos, los abogados o los administradores sociales, como los mencionados más arriba. Pues bien, las reglas de resolución que se ofrezcan tienen que ser capaces de abordar tanto unos casos como los otros.

4. LA RESOLUCIÓN DE LAS COLISIONES DE «DEBERES *PRIMA FACIE*»

4.1. Generalidades

27 La expresión «colisión de deberes» describe una situación en la que un sujeto tiene que hacer frente *prima facie* a dos o más pretensiones que le obligan de modo simultáneo, de modo que solo puede cumplir con una de ellas.[29] En situaciones que responden a esta estructura se percibe con especial claridad cómo tiene lugar el proceso de especificación de los deberes y los derechos. Así, por ejemplo, una persona tiene el deber de salvar la vida del sujeto «A», pero en el caso concreto ello determina que no pueda salvar la del sujeto «B», al que en abstracto también tiene el deber de salvar. O bien, tiene el deber de guardar secreto con respecto a «A», pero si lo hace vulnera un deber de denuncia, que también le vincula. En realidad, como ya se ha indicado, hasta que no ha tenido lugar la concreción de qué prevalece, es impropio hablar de derechos y deberes. Por eso lo correcto es hablar únicamente de colisiones de razones de obligación y no de colisión de deberes.[30]

28 La ubicación de esta figura dogmática en la legislación positiva es una cuestión polémica. En efecto, en la doctrina alemana la discusión acerca de la colisión de deberes se ha ubicado en la eximente legal de estado de necesidad, dada la inexistencia en aquel país de la causa de justificación de cumplimiento de un deber. En España un sector de la doctrina la sitúa en el ámbito de la eximente del art. 20.5.° CP, de estado de necesidad. Ello es razonable, pues las

---

[29] *Cuerda Riezu* (1984), 68 ss.

[30] *Coca Vila* (2016), 173 ss., 196 ss. La distinción entre *rationes obligandi* y *obligationes* proviene de Kant y pretende poner de relieve que primero es preciso considerar las diferentes *rationes obligandi* y, una vez considerada la más fuerte, la menos intensa nunca deja de estar presente en el razonamiento práctico.

reglas son relativamente próximas. Además, en la redacción de la eximente del art. 20.5.° CP se alude al sujeto que lesiona un bien jurídico de otra persona o que «infringe un deber». Sin embargo, dado que en la legislación española sí existe la eximente de cumplimiento de un deber, lo más razonable es ubicar la institución en esta última. De hecho, otro sector doctrinal sitúa la figura en la eximente del art. 20.7.° CP. En efecto, en los casos de colisión de deberes —mejor, de razones— no existe la facultad de cumplir uno u otro, sino precisamente el deber de atender a la razón —o conjunto de razones— más relevantes. Estas, al haberse especificado frente a las opuestas, se erigen en determinantes del contenido del deber del agente.

29 Un problema adicional de la dogmática tradicional alemana de la colisión de deberes ha sido que esta se ha centrado excesivamente en la colisión de deberes relativos al bien jurídico «vida» —es decir, a casos de conflicto de vida contra vida—. Así, por ejemplo, al caso en el que una persona, ante el riesgo de que se ahoguen tanto su hijo como el niño cuya custodia ha sido asumida por él, tiene que optar por salvar a uno de los dos, porque no puede rescatar a ambos; o el de quien tiene que optar por arrojar a un niño por la ventana, poniéndole en peligro de un traumatismo, o esperar dentro del edificio incendiado, con el riesgo de que se asfixie. Ello condujo a calificar la institución como una causa de exculpación.[31] Posteriormente, se han dado posiciones que consideran que la conducta se halla en un ámbito libre de Derecho o que incluso da lugar a la concurrencia de una causa de justificación.[32] Más aún, en las últimas décadas, un sector doctrinal ha sostenido incluso que se trata siempre de una causa de exclusión de la tipicidad, aunque manejando un concepto de tipicidad comprensivo de la justificación, que aquí no se acoge. En realidad, la colisión de deberes solo puede comprenderse como una causa de exclusión de la tipicidad en los casos de delitos *mala quia prohibita*. En los demás delitos, lo más razonable es calificarla como una causa de justificación. En fin, en los supuestos específicos de vida contra vida, en los que se mata a alguien, aunque sea para salvar a otro que se tiene el deber jurídico de rescatar, lo correcto es sostener que se trata de una causa de exculpación o, en términos que aquí se reputan equivalentes, una causa de exclusión de la prohibición bajo pena.[33]

4.2. Las clases de colisiones

30 En primer lugar, las colisiones pueden tener lugar (i) entre dos razones obligantes de acción, con respecto a bienes jurídicos iguales o no.[34] Así, por ejemplo, pertenece al primer grupo la colisión de deberes del padre que tiene

---

[31] En concreto, como una causa de exculpación supralegal: así se pronunciaron autores alemanes de mediados del siglo XX, como Eberhard Schmidt (1891-1977) y Wilhelm Gallas (1903-1989).

[32] *Otto* (1965); *Küper* (1979), 18 ss., 24 ss.; *Cuello Contreras*, ADPCP 1990, 498 ss.; *el mismo*, InDret 1/2022, 468 ss.

[33] *Küper* (1979), 29 ss., 110 ss.

[34] *Küper* (1979), 19 ss., 29.

que optar por salvar a un hijo o a otro, cuando ambos están en peligro de ahogamiento tras hundirse el bote en que navega la familia, y no es posible salvar a ambos.[35] En cambio, el segundo grupo versa sobre casos en los que, en un incendio, hay que optar entre salvar una persona, o bien un valioso cuadro, o un animal. Sin embargo, son seguramente más frecuentes en la práctica las que se dan (ii) entre una razón obligante de acción y otra de abstención.[36] Así, por ejemplo, cuando el cumplimiento del deber de socorro con respecto a una persona conlleva lesionar el patrimonio de otra; o cuando el cumplimiento del deber de comunicación de operaciones sospechosas de blanqueo de activos implica para un abogado la lesión de su deber de secreto respecto a su cliente; o el deber del médico de denuncia de enfermedades infectocontagiosas implica lesionar la intimidad de su paciente;[37] o, en fin, el cumplimiento del deber de información a los socios implica revelar información societaria reservada.[38] También pueden existir colisiones (iii) entre dos razones obligantes de abstención. En efecto, estas son improbables en la práctica, pero no imposibles. Así, por ejemplo, la situación del conductor cuyo vehículo queda bloqueado entre otros dos de modo que, se mueva como se mueva, daña el vehículo de un tercero.

4.3. Los criterios de resolución

4.3.1. Generalidades

31 En algunos casos, la redacción del tipo de delito ya contempla el conflicto entre el deber *prima facie* que subyace a él y otro deber *prima facie*, proporcionando la solución.[39] Así, por ejemplo, la detención llevada a cabo por el funcionario público no realiza el tipo legal de detenciones ilegales cuando hubiere sido llevada a cabo «dentro de los casos permitidos por la ley» (art. 167 CP español). O bien, en otro ejemplo, la omisión del administrador societario de proporcionar información a los socios no realiza el tipo legal de omisión de información societaria cuando se realiza con «causa legal» (art. 293 CP español). En otros casos, en cambio, es la propia regulación legal extrapenal de un deber *prima facie* la que lo resuelve. En efecto, tal regulación, en primer lugar, contempla su conflicto aparente con deberes que derivan de los tipos de delito; a continuación, en segundo lugar, ofrece la metarregla en cuya virtud se resuelve dicho aparente conflicto. Así procede, por ejemplo, el art. 22 de la Ley

---

[35] Un caso aparte es el de las colisiones deficitarias de deberes, en las que entra en juego una decisión supererogatoria: *Coca Vila*, EnL 6 (2018), 52 ss.

[36] *Küper* (1979), 34 ss.

[37] *Gómez Rivero*, LH Suárez Montes, 2013, 312 ss.

[38] Incluso, en el caso crecientemente polémico de las empresas proveedoras de servicios de internet, estas tienen que resolver la colisión entre su deber (de abstención) de garantizar la libertad de expresión y su deber (de intervención) de control y remoción de contenidos, para proteger múltiples intereses que se pueden ver afectados por las comunicaciones en internet.

[39] *Cuerda Riezu* (1984), 73 ss.

española 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. En virtud de esta última disposición se resuelve, para el caso de los abogados, la colisión entre su deber de secreto profesional y el deber de colaborar con la administración pública de prevención, distinguiendo entre diversas situaciones de ejercicio profesional.[40] Con todo, frecuentemente la regulación extrapenal o penal de un deber no contiene tales reglas o estas son muy genéricas («sin causa legal», en el art. 293 CP español; o «sin riesgo propio ni de tercero», en el art. 195 CP español). En estos últimos casos, es preciso llevar a cabo la interpretación del texto.

Al respecto, la doctrina suele recurrir al principio de proporcionalidad en sentido amplio, cuyos elementos integrantes ya se han descrito. Sin embargo, las colisiones de razones obligantes que carecen de un método de resolución en el propio texto legal tienen que resolverse atendiendo a una perspectiva algo más compleja.[41] Por un lado, la horizontal, que se refiere a la relevancia de las pretensiones en conflicto. En esta es preciso considerar, en primer lugar, la entidad de cada bien, de la lesión que le amenaza y la probabilidad de evitarla. En segundo lugar, la posición jurídica de las partes que esgrimen aquellas pretensiones, en lo que deriva de su eventual conducta organizativa de provocación, o bien de la concurrencia en ellas de «deberes» institucionales especiales. Por otro lado, la perspectiva vertical, que se refiere a la intensidad del deber del sujeto obligado con cada uno de los afectados. Con todo, incluso estos criterios son generales y requieren una especificación en la colisión concreta de la que se trate. 32

4.3.2. La resolución de las colisiones entre dos razones obligantes de acción

4.3.2.1. Los criterios aplicables

En los casos de colisión de deberes de acción, en primer lugar, es preciso distinguir si estos son de diversa o de idéntica intensidad. El primer escenario concurre cuando entra en colisión, por ejemplo, un deber general de socorro y un deber de garante. Pues bien, a este respecto la doctrina dominante parece sostener que los deberes son iguales o que, aunque no lo sean, lo determinante es la entidad de los bienes jurídicos en presencia. De este modo, hiciera lo que hiciera, el sujeto estaría justificado.[42] Sin embargo, procede recordar que la mencionada colisión es aparente o *prima facie*. En efecto, la propia redacción del art. 195 CP español pone de relieve que el deber de socorro no surge cuando su cumplimiento requeriría la lesión de otros deberes jurídicos 33

[40] STJUE de 14 de septiembre de 2010 (Akzo c. Comisión Europea); STEDH de 6 de diciembre de 2012 (Michaud c. Francia). Al respecto, *Coca Vila*, InDret 4/2013, 1 ss.; *el mismo* (2013), 287 ss.; *Goena Vives*, RECPC 21 (2019), 1 ss.: en el caso del abogado que realiza funciones de asesoría interna prevalece siempre su deber de colaboración con la autoridad.

[41] *Coca Vila* (2016), 331 ss.

[42] En contra, *Beulke*, FS Küper, 2007, 1 ss.

importantes. Por tanto, en esta clase de colisiones debe prevalecer el deber de garante, de modo que quien se inclina por socorrer al extraño antes que al propio hijo comete, dados los demás requisitos, un homicidio antijurídico por omisión, aunque este pueda recibir una atenuación de la pena. En suma, un deber de garante prevalece frente a un deber general de socorro; y entre dos deberes de garante, prima el que tenga por objeto la protección de bienes de mayor valor.

34 Es común entender que todos los deberes de garante son de la misma intensidad. Sin embargo, como se ha indicado ya, cabe hacer diferencias entre ellos. Estas derivan de la intensidad relativa de la vinculación del garante con el respectivo bien jurídico, en virtud de que existan actos de organización fuerte o débil; o de solidaridad intensificada (*cfr. supra* capítulo 11/20). Además, la intensidad del deber depende de otros factores, ya mencionados: (i) la entidad respectiva de los bienes jurídicos en juego; (ii) la medida de exposición al riesgo de cada uno de ellos; y (iii) la medida de la autorresponsabilidad, mediante conductas de organización provocadora o de infracción de deberes, de los respectivos titulares de los bienes jurídicos. En cambio, otros criterios son irrelevantes.

4.3.2.2. El ejemplo de la asignación de recursos escasos en la medicina

35 Cada vez resulta más frecuente que, como criterio de resolución de ciertas colisiones de deberes *prima facie*, y dada una situación básica de igualdad de las pretensiones de dos o más sujetos, se invoquen razones de utilidad. En particular, esto sucede a propósito de la distribución de recursos escasos en el ámbito de la actividad médico-hospitalaria,[43] en cuyo contexto el criterio es favorable al paciente con mayor índice de supervivencia a corto plazo. Esto se advierte con especial claridad en la práctica del denominado «triaje» sanitario, en sus diversas modalidades.[44] En efecto, la situación de triaje *ex ante* se caracteriza por el hecho de que dos o más personas compiten por la asignación de un recurso que no está disponible en cantidades suficientes para todas ellas. Durante la pandemia del Covid-19, ello se planteó a propósito del tratamiento con respiradores a pacientes con insuficiencia pulmonar. Pues bien, en este debate doctrinal, han tendido a imponerse los criterios de éxito del tratamiento y supervivencia a corto plazo del paciente —la posibilidad de que este supere la específica enfermedad que se está tratando—.[45] En todo

---

[43] *Ortiz de Urbina* (2017), 109 ss., en relación con el índice «*Qaly*» («*quality-adjusted life years*»); *Miranda Montecinos*, Veritas 49 (2021), 55 ss., crítico con tal modelo, pero a favor de criterios de utilidad o eficiencia, siempre que impliquen la muerte de un paciente como efecto colateral —y no su causación intencional—.

[44] *Romeo/Urruela*, Revista de Bioética y Derecho 50 (2020), 9 ss.; *Coca Vila*, InDret 1/2021, 166; *el mismo*, RP 49 (2022), 7; *Perron*, LH Díez Ripollés, 2023, 937 ss.

[45] La sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 16 de diciembre de 2021 menciona, como criterio central para legitimar la asignación de recursos en situaciones de triaje, la «probabilidad de

caso, de momento el criterio utilitarista no parece haber prevalecido hasta el extremo de justificar el triaje «preventivo» *ex ante* y el triaje *ex post.*[46] El primero contempla la decisión de no utilizar un determinado recurso, a pesar de que ya existen candidatos a utilizarlo, en espera de que lleguen otros que lo puedan aprovechar mejor. Por su parte, el segundo designa la decisión de desconectar a un paciente para conectar a otro con más posibilidades de éxito.[47] Este ya aborda el conflicto entre un deber de abstención —no desconectar al paciente— y otro de acción —conectar a otro—.

4.3.3. La colisión entre razones obligantes de acción y de omisión

4.3.3.1. Los casos en que el cumplimiento de un deber de acción exige infringir uno de abstención

36 En la redacción típica del delito de omisión de deber de socorro (art. 195 CP español) se contienen dos reglas de naturaleza distinta. Por un lado, se define la figura del delito. Sin embargo, por otro lado, en ella se contiene la metarregla que resuelve la colisión entre el deber *prima facie* de socorrer a otra persona y el deber *prima facie* de abstenerse de lesionar otros deberes en el cumplimiento de aquel. Así, como se ha indicado, no existe deber de socorro cuando ello implica un «riesgo de tercero», una expresión que requiere interpretación y que se considera alusiva a un riesgo para bienes personales de terceros. En cambio, para los casos en que la conducta de socorro requiera la afectación moderada de bienes patrimoniales de terceros, la redacción del art. 195 CP español contiene una especificación de la regulación general del cumplimiento del deber (art. 20.7.° *CP). En definitiva, establece la justificación de la conducta de lesión de tales bienes por cumplimiento del deber de socorro.*

37 Por su parte, en los casos en los que el sujeto ostenta una posición de garante, el incumplimiento de dicho deber, en los términos del art. 11 CP, determina la responsabilidad del omitente por el correspondiente delito. En cambio, viceversa, el cumplimiento de un deber de garante puede obligar a realizar determinadas conductas activas típicas. Ciertamente, una posibilidad sería entender que el cumplimiento de un deber de garante no obliga nunca a realizar una conducta que realice la descripción típica de un delito. Sin

---

sobrevivir a la enfermedad actual mediante cuidados intensivos» a corto plazo. Esta sentencia, que tenía que pronunciarse sobre la protección de personas discapacitadas frente al triaje, sostiene que el Estado dispone al respecto de un considerable «margen de apreciación, evaluación y diseño». En particular, puede decidir «si especifica por sí mismo los estándares materiales para la decisión de distribución de cuidados intensivos o si toma otras precauciones para proteger eficazmente contra la discriminación». Crítico, *Coca Vila,* InDret 1/2021, 174, 179.

[46] La legislación alemana ha prohibido ambas modalidades de triaje, pero se ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra la prohibición legal del triaje *ex post,* con el apoyo del Colegio Federal de Médicos.

[47] Crítico, *Coca Vila,* RP 49 (2022), 11 ss., 21. Sostiene la licitud moral de esta conducta médica, aunque admite la legitimidad de su prohibición legal por razones de prudencia, *Miranda Montecinos,* Veritas 49 (2021), 66-67; claramente a favor, *Perron,* LH Díez Ripollés, 2023, 950 ss.

embargo, con los límites derivados de la inexigibilidad, el cumplimiento del deber de garante sí puede obligar a llevar a cabo ciertas lesiones de bienes no intrínsecos de terceros, como se ha observado al comentar supuestos de la actividad económica y profesional. Ahora bien, para que la realización de la conducta llegue a ser obligatoria en virtud de la existencia de un deber de garante, tal conducta debe ser necesaria, subsidiaria y proporcionada. Esto, obviamente, no implica que siempre sea fácil determinar que la conducta es necesaria, subsidiaria y proporcionada.

38 Un ejemplo histórico de resolución de la colisión entre un deber *prima facie* de acción y un deber *prima facie* de abstención fue la decisión de la administración penitenciaria española de repartir jeringuillas a los internos drogadictos. Con ello se pretendía evitar, en épocas de elevada drogadicción de los presos, la transmisión de enfermedades infecciosas, en concreto, del sida.[48] En efecto, el procedimiento consistía en que cada interno entregaba anónimamente una jeringuilla usada y a cambio recibía otra estéril. Como se advierte, la conducta realizaba el tipo de favorecimiento del consumo ilegal de estupefacientes. Sin embargo, infringiendo el deber *prima facie* de no favorecer dicho consumo derivado se cumplía con el deber *prima facie* de velar por la salud de los reclusos —reducir el contagio del sida por vía parenteral—, que es de mayor importancia en términos de bien común. Lo complejo de este tipo de colisiones se pone de relieve al plantearse la pregunta de si, en el caso de no haber optado por esa solución límite, se podría haber atribuido responsabilidad por lesiones u homicidio en comisión por omisión a los funcionarios de la administración penitenciaria correspondiente.

39 Expresado de otro modo, en algunos casos existe el deber de realizar justificadamente un tipo de delito comisivo activo. Sin duda, el caso más complejo es aquel en el que el deber de garante obliga a la legítima defensa de un tercero —de modo que esta última ya no es objeto de un permiso, sino que aparece como el contenido de un deber—. Por ejemplo, cuando el guardaespaldas solo puede salvar la vida del presidente matando al francotirador que va a disparar sobre aquel. La pregunta no es solo la de si el guardaespaldas que dispara obra justificadamente —a lo que debe responderse afirmativamente—, sino si el escolta que omite matar al francotirador responde por la muerte del presidente en comisión por omisión. Pues bien, a esto último también debe responderse afirmativamente.

4.3.3.2. Los casos en los que el cumplimiento del deber de abstención requiere el incumplimiento de un deber de acción

40 Más allá de los casos de legítima defensa, prevalece el deber de abstenerse de lesionar bienes intrínsecos de terceros. Así pues, la conducta típica de comisión por omisión queda «justificada» cuando el cumplimiento del deber de actuar

[48] *Silva Sánchez*, LL 1992-4, 1103 ss.

implicaría la vulneración de aquel deber de abstención.[49] En puridad, puede afirmarse que el deber de garante no alcanza a tales supuestos, de modo que la conducta ni siquiera constituye una omisión típica. Si, en cambio, el garante procede a lesionar bienes intrínsecos de terceros para salvar a su protegido, tal comisión activa ya no puede estar justificada, sino solo exculpada —en otros términos, puede quedar excluida la prohibición bajo pena de la conducta—.[50] Así, debe concluirse que no puede justificarse, por el cumplimiento del deber de salvar la vida de los cincuenta pasajeros de un tren que va a precipitarse al vacío, el desvío de este a una vía muerta en la que se encuentran cuatro trabajadores libres de todo peligro. Y, por la misma razón, quien no procede a tal desvío, no responde por la omisión de salvar la vida de los pasajeros. Esta es una variante del denominado «caso del guardagujas» o «del *trolley*» (*cfr. infra* capítulo 26/83).

Todo ello tiene una consecuencia en los casos de triaje *ex post*, a saber, que su práctica no puede ser obligatoria. En realidad, esto parecen aceptarlo también quienes sostienen que debe ser lícita, ya sea por entender que la desconexión no es una comisión activa, sino la no prosecución de un tratamiento, ya por entender que la muerte del paciente desconectado no es intencional, sino un efecto colateral de la salvación del conectado. Así pues, un médico no podría ser hecho responsable por la omisión de llevar a cabo un triaje *ex post*, esto es, por no desconectar a un paciente con menores posibilidades de supervivencia a corto plazo para conectar a otro con mayores posibilidades. En cambio, en los casos ordinarios de triaje *ex ante*, sí podría darse tal omisión típica en el caso de que fuera preterido un paciente con mejor pronóstico. 41

4.3.3.3. Algunos ejemplos discutidos

Como se ha indicado, la afectación activa de bienes personales intrínsecos de terceros —el incumplimiento de deberes de abstención de tal entidad— constituye un límite del cumplimiento de deberes de acción. Ello vale para la vida, así como para la integridad física y moral. En cambio, el caso de la lesión de bienes como la libertad y la intimidad de terceros puede ser discutido (*cfr. supra* capítulo 20/81). En efecto, un supuesto muy frecuente es aquel en el que el cumplimiento de un deber de acción conllevaría el incumplimiento de un deber de abstención relativo a la intimidad ajena. Así, por ejemplo, en la colisión entre el deber *prima facie* de guardar un secreto médico (art. 199 CP español) y los deberes *prima facie* de socorrer a terceros o evitar delitos (arts. 195 y 450 CP español), estos últimos ceden, pues su cumplimiento exigiría un «riesgo para tercero» —la revelación del secreto médico—. Por lo tanto, la propia regulación legal establece la ausencia de deber en tales casos. Cuestión 42

[49] *Cuello Contreras*, ADPCP 1990, 498 ss.; *el mismo*, InDret 1/2022, 468 ss.

[50] Distintos, *Cuerda Riezu* (1984); *el mismo*, LH Roxin, 1994, 51 ss.; *Coca Vila* (2016), 460 ss., aunque desde otra perspectiva.

distinta es que pueda afirmarse que existe un estado de necesidad justificante —un permiso, no un deber— en la vulneración del deber de secreto médico cuando ello es preciso para proteger la vida o integridad física de terceros. Este es el caso, por ejemplo, de la comunicación a los parientes del paciente de que este padece una enfermedad infectocontagiosa;[51] o de la comunicación a las autoridades de la inminencia de la comisión de un delito.[52] En cambio, al margen de esto, no existe ni deber ni derecho a revelar un secreto médico para colaborar con la Administración pública o la Administración de Justicia en relación con delitos ya cometidos (arts. 410 y 412 CP español).[53] En este mismo contexto se sitúan los deberes de secreto de los ministros religiosos o de los funcionarios públicos, cuando estos entran en conflicto con deberes de declaración ante autoridades administrativas, legislativas —comisiones parlamentarias de investigación— o judiciales.[54]

43 La imposición de crecientes deberes de colaboración de particulares con el Estado genera una dinámica constante de colisión de deberes. Además, ello muestra la peculiaridad de que las leyes especiales no solo plantean las situaciones de colisión, sino que establecen que el deber prevalente en ellas es el de colaboración. Esto último parte de que, en primer lugar, el rango jurídico de tales deberes de colaboración con el Estado —positivos especiales— se equipara con el de los deberes negativos —adquiridos mediante actos de organización fuerte— con respecto a bienes jurídicos de otras personas. En segundo lugar, en caso de colisión aparente entre unos y otros, se da primacía en general a los deberes de colaboración, aunque siguen existiendo excepciones, como la de los abogados litigantes.

4.3.3.4. El cumplimiento del deber en las colisiones intrapersonales

44 La resolución de las denominadas colisiones «intrapersonales» —por ejemplo, entre la libertad de una persona y su vida—, cuando el sujeto no puede pronunciarse al respecto, suele reconducirse al ámbito de la figura del consentimiento presunto (*cfr. infra* capítulo 22/100). Sin embargo, las cosas no son tan simples, pues en ocasiones no es posible establecer una voluntad presunta del sujeto afectado —para la que no hay base alguna—, sino que se trata de tomar una decisión conforme a una racionalidad relativamente estandarizada. En definitiva, el problema responde más bien a la estructura de un permiso de auxilio necesario o de una colisión de deberes. Por lo demás, adquiere una dimensión peculiar cuando se suscita en el ámbito de relaciones de sujeción

---

[51] *Gómez Rivero*, LH Suárez Montes, 2013, 318 ss.

[52] *Gómez Tomillo*, RGDP 12 (2009), 1 ss., aludiendo a la colisión entre las regulaciones del art. 199.2, 408 y 450 CP español.

[53] Con matices, *Serrano González de Murillo*, RP 15 (2005), 13 ss.

[54] Así, por ejemplo, en España, los arts. 411 y 412 LECrim. El art. 24.2. II. CE establece que «la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o del secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

especial, como son las penitenciarias. En concreto, en España se planteó en el último tercio del siglo XX con ocasión de las huelgas de hambre de algunos reclusos en establecimientos carcelarios. En tales casos, el Tribunal Constitucional sostuvo la tesis de que es preciso respetar la decisión de los reclusos de no recibir alimentación en la medida en que mantengan la consciencia. Sin embargo, una vez perdida esta, avaló que las autoridades penitenciarias procedieran a alimentarlos.[55] En definitiva, concluyó que el deber de evitar la muerte de los reclusos prevalece sobre el deber de respetar su libertad, cuando el sujeto pierde la consciencia (*cfr. infra* capítulo 22/90).

Por su parte, la legislación médico-sanitaria, una vez sentado el criterio **45**
general del consentimiento informado y libre del paciente, añade que los facultativos pueden llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, aunque no cuenten con su consentimiento, «cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a aquél».[56] En casos así, lo ordinario es que se solicite la autorización judicial, que en realidad constituye una orden de actuar de una determinada manera, y se cumpla. Entre ellos se cuenta, en la legislación española, la vacunación, por su bien, de una persona que no se encuentra en condiciones de consentir.[57] En cambio, en España no es legítimo llevar a cabo tal vacunación por exclusivas razones de interés público sanitario.

5. EL DEBER FUNCIONARIAL DE OBEDIENCIA AL SUPERIOR JERÁRQUICO

5.1. Generalidades

El orden jerárquico administrativo constituye un objeto razonable de pro- **46**
tección jurídica. Pues bien, una columna fundamental de aquel orden es el deber de todo subordinado de cumplir las órdenes de su superior, sin someter constantemente dichas órdenes a un examen de juridicidad —es decir, de compatibilidad con los reglamentos, las leyes y la Constitución—. Desde la perspectiva del inferior jerárquico, esto implica que las órdenes deben reputarse lícitamente emitidas, con independencia de que resulte *ex post* que eran antijurídicas. La única excepción a esta regla viene dada por aquellas órdenes que *ex ante* puedan calificarse de «manifiestamente antijurídicas».[58] Como

---

[55] SSTC 120/1990, de 27 de junio;137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero.

[56] Art. 9.2.b) de la Ley 41/2002.

[57] STC 38/2023, de 20 de abril.

[58] Así, el art. 5.1 d) LOFCS, que establece que tales funcionarios deben «sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes». Este último inciso, que se refiere al «dictado de órdenes»,

se advierte, todo ello pone de relieve que, desde la perspectiva del inferior, la relación jerárquica se rige por la (vigencia del principio de) confianza en la actuación conforme a Derecho del superior. Además, tal confianza es especialmente rígida, pues no decae en virtud de cualesquiera indicios de ilicitud, sino solo ante el carácter manifiestamente antijurídico de la orden. En definitiva, el cumplimiento de una orden no manifiestamente antijurídica del superior debe poder justificar, por cumplimiento del deber, la conducta del subordinado, en el caso de que esta redunde en la realización de un tipo delictivo —o de un ilícito administrativo—. A este respecto es indiferente que la legislación estatal o supraestatal contenga de modo expreso una eximente de «obediencia debida», como existe en el Estatuto de Roma,[59] o no. En efecto, hasta el año 1995, en que fue derogada en España, la eximente de obediencia debida funcionarial fue objeto de un amplio debate. En concreto, acerca de si constituía una causa de justificación o bien una causa de exculpación por inexigibilidad.[60] Sin embargo, existió bastante coincidencia en que debía ser derogada.[61] En realidad, el debate prosigue en la actualidad, centrado en la vinculación jurídica de las órdenes antijurídicas, pero que no lo son de modo manifiesto *ex ante*.

5.2. El problema de las órdenes antijurídicas que no lo son de modo manifiesto

5.2.1. Generalidades

47 La desobediencia a la orden de un superior jerárquico, salvo que esta sea manifiestamente antijurídica (art. 410.2 CP español), constituye un hecho típico. Esta disposición que, con matices, existe en todos los ordenamientos jurídicos, ha sido interpretada en el sentido de que las órdenes antijurídicas, pero que no lo son de modo manifiesto, deben ser siempre cumplidas. En consecuencia, ha dado lugar a la discusión acerca de si pueden existir «órdenes

---

parece adoptar dos baremos distintos de juridicidad, uno manifiesto para los casos en que se ordena un delito y otro, menos rígido, para las órdenes cuyo cumplimiento conlleva cometer infracciones constitucionales o legales. La única forma razonable de armonizar su tenor es partir de que, en todo caso, la orden es antijurídica cuando desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante* es posible establecer que vulnera normas jurídicas de conducta.

[59] En su art. 33 (Órdenes superiores y disposiciones legales): «1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviese obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas». Crítica en cuanto al mantenimiento de la eximente, ante todo por razones simbólicas, *Gómez Rivero*, RP 14 (2004), 24 ss., dada la gravedad de los delitos.

[60] En el primer sentido, *Queralt Jiménez* (1986), 395 ss., 417 ss. Distinto, *Morillas Cueva* (1984), 153, 161.

[61] *Morillas Cueva* (1984), 215 ss.; *Queralt Jiménez* (1986), 445 ss.

antijurídicas obligatorias», es decir, actos administrativos antijurídicos que, pese a serlo, obligan a su cumplimiento.[62] En este punto se han enfrentado tradicionalmente las doctrinas denominadas «de la nulidad» y «de la apariencia» de la orden, respectivamente centradas en la perspectiva *ex post* y en la perspectiva *ex ante*.[63] Aquí se acoge esta última, de modo coherente con la adopción general en esta obra de la perspectiva intersubjetiva *ex ante* como criterio de determinación de la conducta infractora de la norma de conducta, esto es, desaprobada. Así pues (i), las órdenes que *ex ante* aparecen como manifiestamente antijurídicas no son vinculantes, de modo que quien las desobedece ni siquiera realiza el delito de desobediencia. Por su parte, quien, pese a todo, las obedece, obra de modo antijurídico, aunque cabe que excepcionalmente pueda ver atenuada o incluso excluida su culpabilidad penal. Por su parte, (ii) las órdenes antijurídicas que no lo son de modo manifiesto *ex ante* sí son vinculantes. Así pues, la obediencia a tales órdenes exime de responsabilidad al subordinado que las ejecuta, a pesar de que este pueda cometer un ilícito administrativo o incluso penalmente típico. Es más, su conducta típica está justificada por cumplimiento de un deber y no meramente exculpada por inexigibilidad. En cambio, quien desobedece una orden de un superior no manifiestamente antijurídica *ex ante*, realiza una conducta típica de desobediencia (art. 410.2 CP). Sin embargo, ello no implica que la suya sea una desobediencia antijurídica, sino que puede estar justificada.

5.2.2. La colisión de los dos «deberes» funcionariales

5.2.2.1. Planteamiento

Dada una orden antijurídica, pero que no lo es de modo manifiesto, lo ordinario es que el subordinado desconozca que aquella es efectivamente antijurídica.[64] Pues bien, en tal caso el sujeto cree que es conforme a Derecho, en virtud de un error intersubjetivamente invencible. Esta calificación implica que lo razonable *ex ante* es obedecerla y que ello, a su vez, es conforme a Derecho.[65] Ahora bien, el problema deviene mayor cuando el subordinado, pese al carácter no manifiestamente antijurídico de la orden, sabe que lo es en virtud de conocimientos especiales. Pues bien, en tal caso sucede (i) que concurren los presupuestos para desobedecerla de modo justificado; y (ii) que el funcionario lo sabe. Aquí se advierte con más claridad que existe una zona de colisión entre el «deber de cumplir» órdenes no manifiestamente antijurídicas y el «deber de incumplir» 48

[62] *Morillas Cueva*, LH Quintero Olivares, 2018, 217 ss.

[63] *Luzón Peña*, LH Bajo Fernández, 2016, 245 ss.; *el mismo*, LH Queralt Jiménez, 2021, 266 ss. El origen de estas, por su parte, se retrotrae a un debate alemán, suscitado ya por M.E. Mayer (1875-1923) a principios del siglo XX.

[64] Art. 39.1 de la LPAC 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos».

[65] Próximo, *Queralt Jiménez* (1986), 230 ss., 262-263, 419.

órdenes antijurídicas.[66] Si en esa colisión prevaleciera siempre la primera razón —el carácter no manifiestamente antijurídico de la orden—, entonces habría que concluir que existe un deber de realizar una conducta aun a sabiendas de que su resultado es antijurídico —es decir, un deber de cumplir una orden aun a sabiendas de que su contenido es antijurídico—. En cambio, si prevaleciera la segunda razón —el carácter antijurídico de la orden— entonces habría que concluir que en ciertos casos existe un deber de incumplir órdenes que no son manifiestamente antijurídicas, en concreto, cuando el subordinado sabe que son antijurídicas. Pues bien, el problema de la prevalencia de la primera es que establece un extraño deber de cumplir órdenes antijurídicas, incluso a sabiendas de que lo son. Por su parte, el problema de la prevalencia de la segunda es que introduce un factor de inseguridad en la cadena de mando, al hacer depender la exigencia de obedecer las órdenes de la representación que tenga el subordinado acerca de su contenido, que puede ser errónea. En efecto, si una determinada representación del sujeto obligado debe ser calificada como un «conocimiento especial superior» o, en cambio, como un «suposición errónea singular» es algo que el propio sujeto no puede decidir.

5.2.2.2. Una propuesta de solución

49 El deber de obedecer cualquier orden no manifiestamente antijurídica (art. 410 CP) es inferior al deber de lealtad al ordenamiento jurídico (art. 103 CE), que implica justamente el deber de no obedecer órdenes antijurídicas. Por lo tanto, el funcionario que desobedece una orden no manifiestamente antijurídica desde luego realiza una conducta típica de desobediencia. Sin embargo, esta se encuentra justificada por la eximente de cumplimiento de un deber de no obedecer órdenes antijurídicas. En cambio, si la cumple, a sabiendas de que es antijurídica, aunque no lo sea de modo manifiesto, incumple su deber. En efecto, existe el deber de incumplir órdenes antijurídicas, si se sabe que lo son. Sin embargo, en este punto pueden darse múltiples situaciones de duda —en las que se tenga por probable que la orden es antijurídica, o lo contrario, o ambas cosas—. Pues bien, la fórmula legal pretende precisamente evitar la paralización de la cadena de mando en contextos así. Por lo tanto, en todo caso resulta razonable excluir la prohibición bajo pena de la conducta de quien, incluso «creyendo saber de modo seguro» —estando convencido de— que la orden es antijurídica, opta por ejecutarla para cumplir el deber obediencia a órdenes no manifiestamente antijurídicas.

50 En este último supuesto, si la orden es antijurídica, el subordinado aparece como el instrumento de la actuación antijurídica de su superior. Esto significa que, en el caso de que su contenido sea penalmente típico, el subordinado realiza el tipo, pero de forma no punible. Por su parte, el superior que dictó la orden actúa como autor mediato de un hecho antijurídico. Así pues, la actua-

[66] *Roxin* (1995), 224; *van Weezel*, LH Reyes Echandía, 2022, 587 ss.

ción impune del subordinado no obsta a que su conducta sea el vehículo de una agresión antijurídica, por ejemplo, de la detención ilegal de una persona. Por su parte, la defensa de esta última frente a la agresión antijurídica de que es objeto, si recae sobre el agente que le detiene, se convierte en una defensa necesaria frente a un agresor que actúa de modo no prohibido bajo pena. Esto, según una amplia doctrina, debería someterse a las reglas del estado de necesidad defensivo. Otra opción es aplicar aquí la «doctrina del doble efecto» (*cfr. supra* capítulo 18/81). En todo caso, ambas soluciones coinciden en excluir la licitud de reacciones desproporcionadas.

5.3. Las situaciones jerárquicas fuera del ámbito funcionarial

51 La tradicional eximente de obediencia debida, derogada en España en 1995, nunca se consideró aplicable en el ámbito empresarial.[67] Así pues, en este ámbito operan las consideraciones generales en materia de colisión de deberes y, luego, las reglas del error matizadas por el principio de confianza que rige en el caso del subordinado con respecto al superior. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta la creciente proliferación de derechos *prima facie*, que relativizan el deber *prima facie* de lealtad de los empleados de una empresa. La propia inexigibilidad de una conducta conforme a Derecho en los casos en los que un trabajador recibe presiones o amenazas de su superior jerárquico es cuestionable (*cfr. infra* capítulo 26/62).

6. EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER EN LAS ACTIVIDADES DE POLICÍA

6.1. La policía administrativa, la policía de seguridad y la policía judicial

52 El concepto de «actividad de policía» es ambiguo, de modo que para su comprensión es preciso distinguir entre los subconceptos de «policía administrativa», «policía de seguridad» y «policía judicial». En efecto, la primera es aquella actividad administrativa encaminada a mantener el orden existente mediante la acción preventiva. Pues bien, las funciones de policía administrativa no son realizadas por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino básicamente por los integrantes de los cuerpos de inspección de las correspondientes administraciones públicas —tributaria, ambiental, de salud pública, etc.—. Es más, de modo creciente las llevan a cabo particulares integrados en empresas privadas colaboradoras de la administración. Así sucede, por ejemplo, en la inspección medioambiental o en la inspección técnica de vehículos (ITV). Por regla general, la actuación de la policía administrativa —preventiva— produce restricciones de los derechos relativos a la inviolabilidad de domicilio, de la libertad ambulatoria y de otras dimensiones de la libertad general de acción. En este último sentido, genera deberes de tolerancia pasiva y de colaboración activa, como los de entrega de documentación.

[67] Lo señalaba ya la STS de 5 de marzo de 1988, a propósito de un caso de delito monetario.

53 En cambio, la policía de seguridad tiene por objeto la protección del orden público y la prevención directa de delitos, y se lleva a cabo preferentemente por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.[68] En la legislación española su actividad se regula fundamentalmente en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado y en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.[69] En fin, la función de policía judicial —de investigación de delitos ya cometidos— es cumplida asimismo por las fuerzas y cuerpos de seguridad, si bien bajo las órdenes del juez o, excepcionalmente, del fiscal.[70] Su cumplimiento puede comportar la entrada y registro de un domicilio, la intervención de comunicaciones, la detención de personas, la entrega vigilada de géneros prohibidos o, en general, la actuación como agente encubierto.[71] De hecho, la actividad de policía preventiva de seguridad y la de policía judicial convergen en la situación de delito flagrante. En efecto, en esta se trata, por un lado, de impedir la consumación —misión de la policía de seguridad— y, por otro, de detener al delincuente *in fraganti* —misión de la policía judicial—. En todas las clases de actividad de policía, el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa respectiva constituye la condición de la justificación jurídico-penal de su conducta. En otras palabras, tal normativa define los términos del respeto del principio de subsidiariedad interna —el procedimiento institucionalizado—. En el ámbito de la policía administrativa, en algunas actuaciones que implican afectación de derechos fundamentales, es precisa la autorización del juzgado de lo contencioso-administrativo.[72] En el caso de la policía judicial, tales intervenciones requieren la autorización del órgano judicial penal.[73] Los casos en los que las actividades de la policía de seguridad preventiva o de la policía judicial hacen precisa alguna forma de violencia física se tratan más adelante.

6.2. El problema de la provocación de delitos

6.2.1. Las posibilidades y límites de su justificación

54 En su momento se expusieron los elementos constitutivos de la conducta del «agente provocador» y de la situación de «delito provocado». Asimismo,

---

[68] También por parte de empresas privadas, en España, en los términos de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

[69] También es determinante el contenido de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

[70] De modo creciente, también los particulares llevan a cabo funciones de investigación de delitos. Por ejemplo, en las investigaciones corporativas internas, pero no solo en ellas.

[71] Art. 282 bis LECrim.

[72] Art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

[73] Así, por ejemplo, el art. 550 LECrim española. Por su parte, la autorización del Juzgado civil de primera instancia es necesaria para el acceso a un domicilio, cuando tal ingreso es preciso para la ejecución forzosa de ciertas medidas y el titular no lo consiente (art. 778 ter LEC española).

se analizaron los problemas que plantea la actuación del sujeto provocado desde la perspectiva de la tentativa (*cfr. supra* capítulo 15/124). Más adelante, se advirtió que la conducta del agente provocador puede dar lugar a un favorecimiento típico del delito (*cfr. supra* capítulo 16/188). En fin, aquí corresponde examinar la posible justificación de dicha conducta. Al respecto, la única disposición específica que cabe hallar en la legislación española es la que dispone: «El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito».[74] Sin embargo, este texto es oscuro. En efecto, por un lado, se limita a mencionar expresamente la vigencia de los principios generales de necesidad y proporcionalidad, que se suelen estimar principios rectores de la causa de justificación de cumplimiento del deber. En cambio, por otro lado, parece excluir expresamente que las conductas de provocación realizadas por agentes encubiertos puedan estar justificadas. Ahora bien, no puede ignorarse que algunas de las conductas del perímetro de la provocación delictiva —las entregas vigiladas—, si se realizan con autorización judicial, están justificadas en virtud de esta última.[75] En definitiva, la posible justificación de las conductas de provocación delictiva que resulten ser penalmente típicas debe valorarse conforme a las reglas generales del cumplimiento del deber.[76] Sin embargo, ello no es sencillo, pues no existe un «deber» en cuanto a la provocación de delitos.

6.2.2. La incidencia en la posterior detención del delincuente flagrante

Lo señalado permite advertir que no solo es difícil justificar la provocación 55
de delitos, sino que esta última también impide que otras conductas posteriores que pretenda realizar el agente provocador puedan estar, a su vez, plenamente amparadas por el cumplimiento del deber. En efecto, la provocación del delito constituye, a la vez, la provocación de una situación justificante de cumplimiento del deber de detención de los sujetos responsables de aquel. Ciertamente, no es solo que el funcionario provocador induzca o coopere a la tentativa cometida por el delincuente. Además, resulta que ha provocado la situación justificante de cumplimiento del deber de detener en caso de delito flagrante. Por ello, aunque se entienda que esto último no excluye la justificación misma de la conducta de detención del delincuente *in fraganti*, conduce a la responsabilidad del funcionario policial por la lesión de la libertad de aquel en los términos de la doctrina de la *actio illicita in causa* (*cfr. supra* capítulo 19/86).

---

[74] Art. 282 bis 5. LECrim.

[75] La regulación española del «agente encubierto» se halla en los diversos apartados del art. 282 bis LECrim.

[76] *Castellví Monserrat* (2020), 203 ss.

6.2.3. El «delito tolerado»

56 Un caso distinto de la provocación es el de la tolerancia de delitos (*cfr. supra* capítulo 10/115). A su vez, la expresión «tolerancia policial» tiene una doble acepción. Por un lado, designa la omisión de la realización de conductas de persecución de los delitos ya cometidos. En la legislación española, esta conducta reviste la calificación de prevaricación de los funcionarios públicos competentes (art. 408 CP).[77] Ahora bien, por otro lado, también se refiere a la no realización de conductas de evitación de delitos todavía susceptibles de ser impedidos, en todo o en parte. Ciertamente, esta última práctica puede responder a dos clases de razones. En unos casos, a la pretensión de impedir delitos más graves, de modo razonablemente inmediato. En ellos, es preciso seguir las reglas generales de la «colisión de deberes». Sin embargo, en otros casos responde a la pretensión de cumplir con ciertos intereses policiales, relativos al esclarecimiento de delitos ya cometidos. En particular, de hacer acopio de pruebas o de llegar a detener a los máximos responsables de una organización criminal.

57 En este último supuesto, las mencionadas reglas de la colisión de deberes solo conducirán muy excepcionalmente a justificar la no evitación de un hecho delictivo. Por lo tanto, quienes consienten la comisión de un delito responderán por este en los términos de su deber de garante, sin que les alcance de modo justificante el intento de cumplir el deber de esclarecer otros delitos. En efecto, aunque estos últimos delitos sean más graves, lo decisivo es que ya se han cometido y lo que está en juego es el enjuiciamiento de sus responsables. Así las cosas, la única excepción sería la no evitación de un delito de gravedad muy limitada para garantizar la obtención de pruebas de un delito muy grave. En ningún caso cabe sostener que los intereses en detener a los presuntos responsables de un delito grave puedan justificar la no evitación de delitos contra bienes personales e incluso contra bienes patrimoniales no fungibles. En cuanto a quien comete un delito que podrían haber evitado los agentes de seguridad, la conducta de estos no le produce atenuación alguna.

6.3. El recurso a la violencia física por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado

6.3.1. La coacción ordinaria

6.3.1.1. Generalidades

58 En no pocas ocasiones, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad llevan a cabo conductas en las que se manifiesta la violencia estatal lícita —la coacción directa—. Ello puede suceder cuando aquella es necesaria para la

[77] «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

práctica de detenciones o de otras intervenciones corporales. Sin embargo, esta coacción, que normalmente debe llevarse a cabo con las manos, tiene que concluir con la colocación de los medios de sujeción que correspondan —por ejemplo, las esposas— y no puede desbordar el ámbito de las lesiones dolosas menos graves. Ciertamente, ello no significa que la comisión de estas últimas no requiera que se fundamente su justificación. Ahora bien, tal justificación puede venir dada por la propia conducta de quien se resiste a ser detenido o a la práctica de una intervención corporal lícita. En efecto, la detención policial, en la medida en que sea un acto legítimo, genera un deber de soportar. Por su parte, la infracción de tal deber de soportar se manifiesta en una desobediencia, una resistencia, e incluso en un delito de atentado contra el agente de autoridad. Pues bien, la comisión de estos nuevos delitos es la que obliga al empleo de la fuerza mínima necesaria para poner fin a la resistencia y llevar a cabo la detención o la intervención corporal. En cambio, el recurso a las armas por parte de los agentes de la autoridad se rige por criterios mucho más estrictos.

6.3.1.2. La detención

Como ya se indicó, la realización por la policía de conductas que conlleven **59**
la lesión de derechos fundamentales requiere por regla general la orden del órgano judicial. La orden judicial es necesaria de modo singular en los casos de entrada y registro de domicilios, de interceptación de comunicaciones o de realización de intervenciones corporales. Ahora bien, fuera de estos casos, la policía puede actuar también por propia iniciativa en las tareas de averiguación de delitos (art. 282 LECrim). Por ello, en todas las legislaciones se establecen las condiciones en las que la conducta típica de los agentes de la autoridad —singularmente, la detención preventiva— se halla justificada directamente por la ley.[78] En concreto, en la legislación procesal penal española, la policía tiene el deber de detener: (i) a quien intente cometer un delito en el momento de ir a cometerlo y al delincuente in fraganti; (ii) a los sujetos en fuga; (iii) a los condenados o procesados en rebeldía; (iv) a los procesados por delitos graves o de los que se sospeche que no van a comparecer ante la autoridad judicial cuando sean requeridos; y (v) incluso a los todavía no procesados. Este último caso exige la sospecha mencionada antes y, además, que se tenga «motivos racionalmente bastantes» para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que la persona a quien intente detener tuvo participación en aquel.[79] En efecto, la detención policial se justifica por la concurrencia de los motivos mencionados y por la intención de poner a la persona detenida a disposición judicial. Esto último, además, tiene limitaciones temporales, que ostentan un rango constitucional: «La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de

[78] *Queralt Jiménez* (2012), 249 ss.; *Luzón Peña*, LH Berdugo, II, 2022, 243 ss.

[79] Así, el art. 492 LECrim.

las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial» (17.2 CE).[80]

6.3.1.3. Las intervenciones de la policía de seguridad ciudadana

60 Al margen de todo lo anterior, la policía —en su vertiente de policía de seguridad— también debe realizar *motu proprio* diversas conductas lesivas de bienes jurídicos, que sin embargo se encuentran justificadas. En este tipo de operaciones, el criterio rector es el de la necesidad y proporcionalidad *ex ante* para la prevención de delitos e infracciones administrativas. Sobre esta base, se halla justificada la retención policial momentánea de una persona para la práctica de su identificación (art. 16 LOSC)[81] y, en su caso, la realización de registros corporales externos (art. 20 LOSC). En algunos casos, esta práctica puede requerir la detención y traslado a las dependencias policiales durante un tiempo limitado. Sin embargo, a esta afectación de la libertad no le son aplicables, en principio, las disposiciones constitucionales en materia de detenciones preventivas. Igualmente, el deber de hacer frente a situaciones de riesgo para la seguridad ciudadana es el que rige el establecimiento de controles que limitan la libertad ambulatoria, la realización de comprobaciones y registros en lugares públicos (arts. 17 y 18 LOSC), e incluso la práctica del desalojo de locales (art. 21 LOSC). Por lo demás, la policía de seguridad debe entrar asimismo en domicilios y en edificios de organismos oficiales cuando ello proceda en los términos del estado de necesidad. Sin embargo, hay que observar que, en su caso, no se trata de un permiso, sino de una obligación de necesidad. Por lo tanto, la omisión de cumplirla puede generar que se incurra en responsabilidad disciplinaria y jurídico-penal. La regla legal alude, a este respecto, a la «necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad».[82]

6.3.2. El uso de las armas de fuego

6.3.2.1. Generalidades

61 El Convenio Europeo de Derechos Humanos admite ampliamente el uso de armas de fuego por parte de las fuerzas de seguridad. Más aún, acepta que aquellas se empleen hasta el punto de dar lugar a la comisión de un homicidio doloso. Así, el art. 2 CEDH establece que: «La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a)

---

[80] Asimismo, los arts. 496 y 497 LECrim.

[81] Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

[82] Así, el art. 15.2 LOSC, calificando el supuesto de «causa legítima suficiente».

en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección». Ahora bien, de los tres supuestos contemplados en el Convenio solo el primero es indiscutible, mientras que los otros dos, al menos en lo que se refiere a la realización dolosa del delito de homicidio, son cuestionables. En efecto, el recurso al tercero (c), más allá de situaciones de insurrección que se hallen en el límite con la guerra civil, puede ser objeto de crítica. En fin, resulta inadmisible que el homicidio doloso pueda formar parte de la práctica de la detención policial.

62 La legislación española, por su parte, es mucho más restrictiva. Así, el art. 5.2 c) de la LOFCSE[83] establece que los agentes «deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance».[84] Estos enunciados se han interpretado en el sentido de que su conducta debe estar regida siempre por los criterios de adecuación y subsidiariedad. Es decir, por la necesidad, tanto en abstracto como en concreto, de la injerencia en las esferas de bienes de los ciudadanos.[85] A su vez, el art. 5.2 d) LOFCSE especifica que los agentes «solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior».

6.3.2.2. El deber de utilizar las armas

63 El texto establece que la utilización de armas en las situaciones mencionadas constituye un deber, igual que existe un deber de no utilizarlas en el resto de los casos. Por lo tanto, no puede quedar a la libre apreciación de cada agente el hacerlo o no. Sentada esta premisa, es preciso especificar qué significa el término «armas». Pues bien, dado el contexto del enunciado, debe excluirse de su campo semántico a las denominadas «defensas policiales». Por ejemplo, son defensas individuales las porras, bastones, cascos y escudos. Sin embargo, más allá de estas se hallan otros utensilios como las pistolas de descargas eléctricas, las escopetas de bolas de caucho o de espuma, los lanzadores de gases, los cañones de agua, etcétera. En general, el recurso a unos o a otros es cuestión de prudencia y oportunidad, y todos ellos pueden utilizarse, a pesar

---

[83] Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

[84] El art. 5.4 LOFCSE añade expresamente que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana».

[85] *Coca Vila*, RECPC 19 (2017), 6 ss.

de que lo normal es que en ello concurra un dolo eventual de lesionar —de modo no grave— a quienes los sufren.[86]

64 Una vez establecida la distinción anterior, la expresión «armas» significa «armas de fuego» y «utilizarlas», abrir fuego. Ahora bien, esto no puede entenderse en el sentido de hacerlo con dolo de lesionar o de matar. En efecto, el deber de uso de armas de fuego con dolo de lesionar o de matar debe reservarse para los casos de defensa de la vida o integridad física de terceros, o bien del propio agente.[87] Solo a propósito de ellos puede hablarse de que exista un deber de tal intensidad que pueda exigir el recurso al disparo lesivo o incluso letal. Ahora bien, el problema es que la LOFCSE alude también al deber de hacerlo en defensa de la «seguridad ciudadana» como una situación alternativa —emplea la conjunción disyuntiva «o»— a la de protección de los bienes jurídicos personales. Así las cosas, un sector doctrinal identifica lo uno con lo otro. Esto puede ser materialmente satisfactorio, pero supone ignorar el tenor literal del texto legal. En cambio, otra opinión pretende distinguir ambos espacios. De este modo respeta la redacción legal. Sin embargo, tiene que identificar la seguridad ciudadana como un estadio previo al peligro para los bienes individuales.[88] Es decir, como un ámbito de preparación de lesiones para estos, en el que se podrían estar lesionando ya algunos bienes colectivos. En ese contexto, admite que los agentes estén obligados a ejercer fuerza letal en esa fase previa. Singularmente, en el marco de revueltas, sediciones u otras alteraciones graves del orden público.

65 Pues bien, en este punto es preciso sostener una posición intermedia. Esta, además de ser la preferible en términos axiológicos, viene avalada por el argumento exegético que se deriva del tenor de la ley. En efecto, el texto, por un lado, obliga al uso de las armas en casos en los que solo sea preciso defender la seguridad ciudadana frente a un grave riesgo, aunque no haya ningún bien individual en juego. Sin embargo, por otro lado, exige que ese uso de las armas se mueva en el ámbito de vigencia de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad. Pues bien, la única forma de armonizar ambos textos conduce a concluir que se deben usar las armas frente a graves riesgos para la seguridad ciudadana, abriendo fuego, pero disparando al aire. En efecto, en situaciones así, el uso de las armas ha de ser exclusivamente intimidatorio. Ciertamente, ello no excluye que se puedan producir lesiones e incluso muertes por imprudencia, como consecuencia del rebote de una bala disparada al aire con mala fortuna. Sin embargo, cuando existe solo un grave riesgo para la seguridad ciudadana —esto es, cuando se trata de la fase preparatoria con respecto a las posteriores afectaciones de bienes personales— en la legislación española no existe el deber de tirar a matar o lesionar

---

[86] Cabe la posibilidad de que la lesión derive del carácter defectuoso del utensilio respectivo. En tal caso, cabe la posibilidad de esgrimir el principio de confianza en la garantía del proveedor.

[87] Solo como derecho de defensa: *Sánchez García de Paz* (1995), 231 ss., 364 ss.

[88] *Coca Vila*, RECPC 19 (2017), 32 ss.

mediante arma de fuego. Esta conducta, en cambio, sí estaría amparada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Al margen de ello, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado tienen un deber de legítima defensa tanto propia como de terceros, en lo relativo a los bienes intrínsecos —vida o integridad física— por disposición estricta de la ley. La pregunta es si este deber de defensa legítima alcanza a un deber de actuar en estado de necesidad defensivo de terceros. En efecto, el problema se plantea a propósito de las agresiones a bienes intrínsecos, propios o ajenos, llevadas a cabo por sujetos inimputables, o en circunstancias de defensa preventiva. Pues bien, en ambos casos, y cumplidos los requisitos de adecuación y subsidiariedad, puede afirmarse el deber de hacer uso de las armas cuando el resultado lesivo puede ser de muerte o de grave afectación a la integridad física propia o ajena. **66**

Esto plantea la cuestión de si, con respecto a otros bienes individuales no intrínsecos, los agentes tienen —ya que no un deber— al menos un derecho de defensa legítima. En este punto debe sostenerse la tesis negativa. En efecto, los agentes de policía no pueden recurrir a las causas de justificación comunes,[89] sino que, en tanto que agentes del Estado, deben actuar con base en el cumplimiento de su deber —*lex specialis*—, lo que les obliga a seguir determinados procedimientos. Como se ha indicado, la vigencia del principio de proporcionalidad, junto con el respeto de los protocolos de actuación, constituye la manifestación concreta de la vigencia del criterio de primacía de las instituciones —de los procedimientos institucionalizados— en su actuación. Por lo tanto, el agente que utiliza un arma fuera de los casos legalmente establecidos vulnera el principio de necesidad abstracta.[90] Ahora bien, viceversa, en los supuestos legalmente previstos, el agente de la autoridad debe hacer uso de las armas. Si no lo hace, cuando debería haberlo hecho, responde por el delito no impedido de que se trate, en comisión por omisión. Así pues, el caso del agente de policía, que omite disparar cuando debería hacerlo con base en razones de conciencia debe resolverse, en su caso, en la culpabilidad. **67**

IV. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

1. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

1.1. Generalidades

La vida de la persona en sociedad requiere la protección jurídico-penal de sus bienes intrínsecos de naturaleza física y moral, así como la de sus bienes extrínsecos. En efecto, sin ellos la posibilidad de una plena realización personal se reduce a lo meramente formal. Sin embargo, lo anterior, que es necesario, **68**

[89] *Coca Vila*, RECPC 19 (2017), 8-9.

[90] *Coca Vila*, RECPC 19 (2017), 15.

tampoco resulta suficiente. Así, la vida interpersonal en una comunidad política exige además la protección jurídico-penal de una esfera adicional de bienes específicamente políticos. Es común que estos sean designados con la terminología constitucional de «derechos fundamentales y libertades públicas». Se trata, por ejemplo, de la libertad religiosa, de la libertad ambulatoria y de acción, de la intimidad y del honor; pero también de la libertad de educación de los hijos; y, asimismo, de la libertad de expresión, de manifestación y de asociación. Ahora bien, más allá de estos, como se apuntó en su momento, también existen otros derechos de rango legal.

69 La protección de los bienes civiles y políticos —articulados como relaciones entre deberes y derechos— constituye la base de la ciudadanía tal como la entiende nuestra cultura. Es decir, de la vida interpersonal, social y política, en tanto que institucionalizada en el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Pues bien, en este concreto marco se sitúa la causa de justificación de ejercicio de un derecho. A su vez, esta se basa, al igual que la de cumplimiento de un deber, en los principios de unidad y de ausencia de contradicción del ordenamiento jurídico. A partir de esta premisa, no es posible que un sector del ordenamiento prohíba la realización de una conducta que otro sector del ordenamiento considera objeto de un derecho.

1.2. La especificación de los derechos en las relaciones interpersonales

70 La causa de justificación no ampara el ejercicio de «derechos» preexistentes a las concretas relaciones, sino solo el ejercicio de derechos especificados. En efecto, como se ha indicado, existen colisiones aparentes entre derechos *prima facie*. Tales colisiones de razones se dan entre una pretensión de injerencia y una pretensión de exclusión. La pretensión de injerencia puede provenir de fuentes de muy diverso rango. Así, cabe que tenga rango convencional —basado en convenios internacionales de derechos humanos—, constitucional —que sea un derecho fundamental o bien que posea un rango inferior—, en la ley —derechos subjetivos legales— o en disposiciones de rango inferior. Partiendo de esta premisa, ejercer un derecho *prima facie* es realizar mediante la propia conducta la descripción de la clase de acción que se establece en la disposición constitucional o legal que lo ampara. Por ejemplo, «expresarse» o «corregir». Ahora bien, es preciso que la conducta se lleve a cabo en el marco de la institución de la que se trate y conforme a los principios de esta. Por su parte, la pretensión de exclusión es protegida en virtud de la declaración de la tipicidad de la conducta. En efecto, la pretensión subyacente al tipo de delito puede tener rango de derecho fundamental —la vida, la libertad, el honor— o bien inferior —la propiedad (art. 33 CE)—. Sin embargo, también hay tipos que no protegen derechos individuales, sino derechos o pretensiones colectivas. Por ejemplo, la fe pública, o la indemnidad del mercado de valores. Pues bien, el amparo de la causa de justificación se refiere a los derechos en sentido estricto, es decir, los que han superado el debate entre

las razones favorables a la pretensión del sujeto y las razones derivadas de pretensiones contrarias.[91]

71 La mayoría de los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes les son atribuidos a todos los ciudadanos, que los pueden ejercer de modo directo o, en algunos casos, mediante un representante. Ahora bien, es cierto que algunos de tales derechos muestran una vinculación con el ejercicio de un determinado «oficio», esto es, de una profesión. Así, por ejemplo, la de médico o abogado. Igualmente, otros se relacionan con la ostentación y el ejercicio de un «cargo» público, esto es con la condición de funcionario público o autoridad de la persona en cuestión. En fin, los principios rectores de la política social y económica —los denominados «derechos» de segunda y tercera generación— tienen un estatus discutible.[92] En concreto, su protección es inferior a los derechos fundamentales y libertades públicas,[93] de modo que con base en ellos no es posible sostener pretensiones de injerencia en esferas ajenas de bienes. Precisamente, la consolidación de los derechos sociales y económicos —alimentación, vivienda, asistencia médica y seguridad social—, así como su enriquecimiento con base en la dimensión espiritual de la persona se ha convertido en la asignatura pendiente de los Estados constitucionales de Derecho.

1.3. Los denominados «nuevos derechos»

72 En los últimos años ha proliferado en el lenguaje político el discurso relativo a la existencia de unos «nuevos» derechos, a algunos de los cuales incluso se pretende asignar un rango fundamental. Como se ha indicado, la calificación de una pretensión como derecho no tiene un mero carácter retórico. Por el contrario, conlleva la existencia de deberes jurídico-públicos de garantizarla en términos formales y materiales. Pues bien, algunos de estos nuevos derechos son los derechos económicos y sociales. Sin embargo, otros no. En efecto, en las sociedades occidentales contemporáneas, regidas por un principio emocional-individualista, las pretensiones o deseos a las que se quiere atribuir la cualidad de «derechos» son muy diversos. Ello, hasta el punto de que ha adquirido carta de naturaleza la expresión de «inflación de los derechos» para referirse a este fenómeno. A este respecto, cabe pensar en los supuestos «derechos» a tener hijos, a «transicionar» y tantos otros. Con todo, un ejemplo especialmente radical es el que representan los supuestos derechos a «ser matado»[94] y a «la práctica de un aborto». En esta línea, el Tribunal Constitu-

---

[91] *Fernández Perales*, ADPCP 2022, 753 ss.

[92] La mayoría de estos se hallan en el Capítulo III del Título I de la Constitución española.

[93] Por ejemplo, para el derecho a la vivienda digna, el ATC 223/2005, de 24 de mayo, señaló que «el derecho a una vivienda digna (...) no genera por sí solo un derecho susceptible de reclamación, al tratarse de una invitación de los poderes públicos para que faciliten dicho disfrute dentro de las posibilidades económicas». En el ordenamiento jurídico español, sus mecanismos de protección se hallan en el art. 53.3 CE.

[94] *de Vicente Martínez*, LH Muñagorri Laguía, 2021, 547 ss.

cional español ha establecido la conformidad con la Constitución de las leyes de homicidio consentido y de práctica del aborto con un sistema de plazos.[95] En realidad, ello, en sí mismo, resulta más que aventurado a partir de un texto constitucional que señala que «todos tienen derecho a la vida» (art. 15 CE). Sin embargo, el alto Tribunal no se ha limitado a establecer tal conformidad, sino que ha ido más allá. En concreto, ha abierto la vía para calificar la práctica del aborto y la realización del deseo de morir como derechos fundamentales, al presentarlos como derivaciones de la dignidad, del derecho a la integridad física y moral y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

73 Con esta doctrina, el alto Tribunal parece tener la pretensión de vetar cualquier futura ley parlamentaria que decidiera afrontar ambas cuestiones de otro modo.[96] Sin embargo, para hacerlo, ha tenido que seguir un procedimiento inverso al que le corresponde según la ley que regula su funcionamiento. En efecto, no ha procedido a interpretar las leyes a la luz de la Constitución para establecer su compatibilidad o no con ella, en los términos que corresponda. Por el contrario, ha interpretado la Constitución conforme a las leyes dictadas por una mayoría parlamentaria contingente. De este modo, sin embargo, ha procedido a una modificación *de facto* de la Constitución, para la que carece de competencia. En efecto, la discutible «interpretación evolutiva» de la Constitución que afirma haber seguido tiene su límite en el marco del consenso constitucional básico y en la rigidez de la propia Constitución, que se vincula por aquel. Por lo tanto, no cabe afirmar sin matices que «la Constitución es un árbol vivo que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna, como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad».[97] Al sostener tal cosa, las sentencias mencionadas han quebrado el consenso constitucional intergeneracional en materia del derecho a la vida. Así pues, no se trata de sentencias que interpretan la Constitución, sino que la reforman, eludiendo el procedimiento establecido en ella para tal fin, con las mayorías parlamentarias cualificadas que esto requiere y con sometimiento a un referéndum nacional.

2. EL EJERCICIO «LEGÍTIMO»

2.1. Las conductas de ejercicio atípico y típico de los derechos

74 No es posible actuar como ciudadano renunciando al ejercicio de los derechos. Ciertamente, en ocasiones es posible un ejercicio no lesivo de las propias

---

[95] STC 19/2023, de 22 de marzo, en materia de eutanasia y suicidio asistido; STC 44/2023, de 9 de mayo, en materia de aborto.

[96] Al hacerlo parece ignorar que su propia doctrina contiene las bases para su revocación. Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 24 de junio de 2022 («*Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*»), que medio siglo después declaró la inexistencia del derecho al aborto que había sentado en aquel país la sentencia del mismo tribunal de 22 de enero de 1973 («*Roe vs. Wade*»).

[97] STC 44/2023, de 9 de mayo.

pretensiones, es decir, uno que no se ingiere en esferas ajenas de bienes, ni afecta al orden público. Sin embargo, lo común es que existan fricciones o colisiones con otras pretensiones o con el orden administrativo. En la medida en que la propia pretensión dé lugar solo a daños civiles o a la comisión de infracciones administrativas, se trata de un ejercicio penalmente atípico de los derechos *prima facie*. Por ejemplo, ello se advierte en las colisiones entre los derechos civiles de propiedad y de uso. Ahora bien, el ejercicio de una pretensión —de un derecho *prima facie*— puede comportar de modo directo o colateral la lesión de bienes ajenos penalmente protegidos. En este caso, el ejercicio del derecho *prima facie* resulta típico.

2.2. La legitimidad del ejercicio

2.2.1. Generalidades

75 Con respecto a todos los derechos, fundamentales o no, jurídico-públicos o jurídico-privados, rige el principio de que deben ejercerse de forma «legítima». Así, por ejemplo, el derecho de propiedad no puede ejercerse en contra de su función social (art. 33 CE). En efecto, solo mediante la adición del adjetivo «legítimo» puede aceptarse la vigencia de la máxima clásica según la cual *qui suo iure utitur, neminem laedit* —es decir, que quien hace uso de su derecho no daña a nadie—. En realidad, incluso puede afirmarse que la expresión «ejercicio legítimo de un derecho» es redundante, dado que no cabe ejercer ilegítimamente un derecho. Desde luego, es posible ejercer ilegítimamente una determinada pretensión —en la otra terminología, un derecho *prima facie*—. Sin embargo, eso determina precisamente que no se esté ejerciendo derecho alguno. Por lo tanto, solo el ejercicio legítimo configura «un derecho». Así, la expresión «ejercicio legítimo» designa la prevalencia de las razones favorables a la realización de la pretensión del agente por encima de la pretensión contraria, que se expresa en la redacción típica. En la especificación de derechos *prima facie*, o pretensiones opuestas, el criterio decisivo es el del bien común. De nuevo aquí se observa de forma especialmente clara, al igual que en el cumplimiento del deber, cómo la autonomía y la solidaridad no constituyen los fundamentos de las causas de justificación.

76 Como indica el art. 7.1 del Código civil español, «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», de modo que el ejercicio de un derecho solo es legítimo cuando no incurre en ningún abuso. A este respecto, el art. 7.2 del mismo Código establece que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo». Así pues, «todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Pues bien, esto vale asimismo para el ejercicio de cualesquiera derechos, incluidos los fundamentales. En efecto, también estos

últimos deben ejercerse preferentemente a través de los cauces institucionales —normalmente atendiendo a la *interpositio legislatoris*— como exige el principio de primacía de las instituciones. A este respecto, la única exigencia es que la regulación legal concreta no afecte en términos limitadores a su contenido esencial. Ello obliga a seguir las concretas regulaciones jurídico-públicas existentes, por ejemplo, en materia de derechos de huelga, reunión o manifestación. Normalmente, los cauces de ejercicio de tales derechos vienen establecidos mediante sistemas de autorización administrativa o judicial, o al menos mediante otros de comunicación previa. Fuera de ellos —al margen de los cauces institucionales—, la pretensión de ejercer derechos suele dar lugar a serios conflictos sociales. Sin embargo, también puede poner de relieve la existencia de situaciones límite de un conflicto social preexistente. En efecto, en este contexto hay que ubicar el debate histórico sobre los derechos de desobediencia civil y resistencia, así como la discusión incipiente sobre la existencia de un presunto derecho de protesta.

2.2.2. Los criterios de legitimidad en la especificación de los derechos

2.2.2.1. Las estructuras legales y la especificación judicial

77 Es posible que la referencia al ejercicio de un derecho eximente de responsabilidad aparezca ya en la definición legal de un delito, como elemento típico formulado negativamente. Por ejemplo, el tipo del delito de coacciones no se realiza cuando la conducta ha tenido lugar «estando legítimamente autorizado».[98] En este supuesto concreto, la conducta de quien obra con autorización legítima no realiza el tipo legal del delito, pero no porque no realice el tipo de injusto específico, sino porque el legislador ha incluido la referencia a la ausencia de justificación en dicho tipo legal. En efecto, la conducta, aunque se realice con autorización, afecta a un bien jurídico personal, como es la libertad concreta de terceros, y la autorización justifica la lesión de tal bien. En cambio, en los casos en los que la conducta afecta a bienes individuales extrínsecos, o más aún si se enmarca en los delitos *mala quia prohibita*, la referencia típica al ejercicio de un derecho excluye el propio injusto típico de la conducta y no solo la concurrencia del tipo legal.

78 Otro escenario posible es que el criterio de resolución de las colisiones entre derechos *prima facie* lo explicite el legislador en la regulación del derecho cuyo ejercicio se opone a la pretensión subyacente a un tipo de delito. Así sucede, por ejemplo, al fijarse los requisitos del derecho de defensa legítima o del derecho de necesidad en el Código penal (arts. 20.4.° y 20.5.° CP español). En España lo lleva a cabo de modo más preciso la legislación en materia de protección de secretos empresariales, que justifica la obtención, utilización

[98] Comete coacciones el que «sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto» (art. 172.1 CP español).

o revelación de un secreto empresarial «con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial».[99] De modo más general establece la legislación de protección de informantes, que prevé la comunicación lícita a través de los canales internos y externos legalmente establecidos, así como, en fin, la revelación pública de hechos constitutivos de infracción penal. Con todo, en la regulación se exige que el informante tenga motivos razonables para pensar en la necesidad de llevar a cabo la revelación del modo en que lo ha hecho.[100] En otros supuestos, el alcance del derecho ejercido puede venir determinado por la *lex artis*, es decir, por el conjunto de normas tecnoéticas que constituyen la pauta de actuación profesional en un sector de actividad. Por lo demás, en algunos casos el consentimiento del afectado desempeña un papel esencial: así, en el caso del consentimiento informado del paciente como presupuesto de la *lex artis* médica; o en el caso de ciertas conductas lesivas que se producen en el ejercicio de una práctica deportiva (*cfr. infra* capítulo 22/26 ss.).

Si no se da ninguno de los dos supuestos anteriores, la situación de conflicto **79**
prima facie que es propia del ejercicio de un derecho queda abierta a la especificación por parte del órgano judicial, que debe tener en cuenta las concretas circunstancias del caso. En efecto, la solución de este conflicto no está resuelta de modo expresa en la ley, sino que debe afrontarla el juez. Como ya se ha adelantado, en este punto es preciso distinguir dos grupos de casos. Por un lado, el ejercicio de un derecho *prima facie* frente a una pretensión típica que no protege de modo directo un derecho. Este es el caso de los delitos *mala quia prohibita* y de algunos de la periferia de los delitos *mala in se*. En ellos el aplicador debe proceder efectuando una interpretación del precepto correspondiente de modo conforme a la Constitución —a los derechos fundamentales—. Por otro lado, los casos en los que el tipo de delito define una pretensión de protección de un derecho fundamental, lo que tiene lugar en los delitos *mala in se* nucleares y en algunos delitos de su periferia. En este ámbito, es preciso proceder a la especificación de ambos derechos *prima facie* para alcanzar la solución justa conforme con el bien común.[101] Es decir, en el ámbito de la justificación.

---

[99] Así el art. 2.3. de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales.

[100] Así, el art. 28 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección de informantes. Más en concreto, el art. 38.5. de la misma ley: «En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, las personas a que se refiere el artículo 3 de esta ley no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la misma. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo y en el marco de los referidos procesos judiciales, el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de esta ley».

[101] Algunos criterios de especificación en *Schmidt* (2008); *el mismo*, ZStW 121 (2009), 645 ss.; *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 ss.

80 Los tribunales constitucionales atribuyen una fuerza expansiva a los derechos fundamentales. Por eso consideran que las restricciones de estos deben ser, a su vez, interpretadas restrictivamente, con el fin de evitar lo que se ha denominado un efecto de desaliento en su ejercicio.[102] Sin embargo, en las colisiones *prima facie* de derechos no cabe olvidar que la interpretación expansiva de unos derechos produce, a su vez, un efecto de desaliento en el ejercicio de otros, por parte de sus respectivos titulares. Una cuestión distinta se suscita cuando la pretensión de ejercicio de determinados derechos se proyecta sobre tipos delictivos en los que únicamente se protegen intereses colectivos de menor rango —por ejemplo, el orden público—. En este último ámbito es en el que la doctrina del «efecto de desaliento» puede y debe tener un mayor alcance.

2.2.2.2. Los criterios materiales: un recordatorio

81 Como ya se ha indicado, el principio general en el ejercicio de los derechos viene dado por la prohibición de exceso, así como por la prohibición de abuso. Ambas se identifican con el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por tanto, la pretensión de ejercer legítimamente el «derecho» que redunda en la realización de un tipo de delito requiere, en primer lugar, la necesidad abstracta o subsidiariedad externa del recurso a ello. En efecto, si es posible el ejercicio de un derecho sin lesionar bienes penalmente protegidos, el sujeto está obligado a hacerlo. Así lo sostuvo tempranamente el Tribunal Constitucional español con su doctrina del «insulto innecesario». En efecto, el recurso al insulto, cuando este no es necesario —en puridad, nunca lo es— para ejercer las libertades de expresión y de información, es un exceso en el ejercicio de estas, que no resulta conforme a Derecho. En general, todo esto se relaciona con la importancia que adquieren las vías institucionales —los procedimientos institucionalizados— para el ejercicio de los derechos, cuando estas existen.

82 Ahora bien, además de evitar incurrir en vulneraciones de la exigencia de necesidad abstracta, es preciso respetar la exigencia de necesidad en concreto o, expresado de otro modo, la subsidiariedad interna. En efecto, el sujeto que tiene la pretensión de ejercicio legítimo de su derecho tiene que optar por su canalización del modo que dé lugar a la mínima lesión posible de los derechos *prima facie* de otro. En fin, la exigencia de adecuación constituye un límite adicional a la necesidad de afectación de las esferas ajenas de bienes. Ciertamente, la adecuación produce efectos restrictivos sobre el ejercicio de derechos en un doble sentido. Por un lado, requiere (i) idoneidad del medio empleado, lo que, en cierto modo, se relaciona con la necesidad. Sin embargo, sobre todo, añade (ii) límites infranqueables en la relación de medio a fin. Esto significa que el fin no justifica los medios, de modo que estos últimos

---

[102] En inglés, «*chilling effect*». *Cuerda Arnau*, RGDP 8 (2007), 1 ss.; *la misma*, InDret 2/2022, 88 ss.; *la misma*, LH Berdugo, II, 2022, 99 ss.

también deben ser considerados; en particular, conduce a que no pueda lesionarse el núcleo de los derechos fundamentales ajenos. El respeto a la dignidad de las personas, presupuesto del bien común político, no es susceptible de «ponderación» alguna, sino que tiene que presidir el proceso especificación de cualquier derecho.

Así las cosas, resulta problemático el tratamiento que deben recibir aque- 83
llos casos en los que tiene lugar un exceso en el ejercicio del «derecho». Desde luego, la conducta no está justificada, pues el exceso ya no es «ejercicio del derecho». Ahora bien, ciertamente puede debatirse si existen razones de conveniencia que podrían conducir a excluir la punibilidad de la conducta —su prohibición bajo pena—.[103] Ello puede resultar recomendable para no producir un efecto de desaliento en el ejercicio del derecho. Sin embargo, es importante evitar que, al excluir la punibilidad de los excesos en el ejercicio de un derecho, se produzca precisamente un efecto de desaliento en quien quiere ejercer el derecho con quien aquél colide. En efecto, como se ha indicado, ello podría implicar que los titulares de este último se vieran limitados incluso en el ejercicio absolutamente lícito —legítimo— de su derecho *stricto sensu*. Ciertamente, la perspectiva puede cambiar cuando el ejercicio de un derecho no entra en colisión con otro, sino con intereses públicos que no tienen tal entidad.

3. ANTICIPACIÓN DE LO QUE SIGUE

En el texto se lleva a cabo una exposición que parte de los derechos funda- 84
mentales sustantivos, resaltando su dimensión antropológica fundamental. Por ello, se inicia con los derechos pre-políticos: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la educación de los hijos. A continuación, siguen los derechos políticos y libertades públicas fundamentales: expresión, reunión, manifestación, etcétera. En el punto siguiente, se examinan los derechos fundamentales procesales. A estos últimos les suceden los derechos establecidos en virtud de las leyes del Derecho público y privado. En fin, se concluye con los derechos que surgen en situaciones políticas críticas y los derechos en relación con la guerra.

V. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA E IDEOLÓGICA

1. EL SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

El art. 16.1 CE garantiza la «libertad ideológica, religiosa y de culto de los 85
individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que

[103] *González Collantes*, RGDP 33 (2020), 12, propone que conduzca a la atenuación de la pena; por su parte, *Fernández Perales*, InDret 4/2021, 484, se inclina por ubicar algunos casos de exceso en la exclusión de la prohibición bajo pena.

la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». El manejo de esta cláusula, y de otras similares, desde la perspectiva del Derecho penal hace necesario distinguir entre la libertad ideológica general, la libertad de conciencia y, en fin, la libertad religiosa. Así, la primera se refiere a la libertad de pensamiento filosófico y político, cuya influencia en la comisión de hechos penalmente típicos dio lugar a la figura del «autor por convicción». Por su parte, la segunda añade a lo anterior una dimensión de coherencia del sujeto consigo mismo. En efecto, la conciencia es una instancia «de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del bien y del mal».[104] Por ello, la decisión de conciencia trae causa de «que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como vinculante e incondicionalmente obligatoria», de modo que no podría actuar contra ella sin violentar seriamente su identidad moral.[105] Precisamente la constatación de que ello puede conducir a la realización de hechos típicos dio lugar a la construcción de la figura jurídico-penal del «autor por conciencia». En fin, la libertad religiosa integra desde luego el elemento de la libertad de conciencia, pero le añade una premisa ontológica que va mucho más allá: la fe en la existencia de Dios, la relación de adoración a Aquel por parte del ser humano y, en consecuencia, la trascendencia de este más allá de este mundo.

86 La religiosidad de las personas presta una contribución decisiva al bien común, que ha sido subrayada por un importante sector de la filosofía política contemporánea. Por un lado, aquella contribuye a la tarea común de búsqueda del sentido de la existencia, que es propia de toda persona honrada. Por otro lado, como fundamento del ejercicio de la caridad —*caritas*—, conforma el canal de solidaridad interpersonal más relevante en todo el mundo. En fin, la religión contiene un sistema de normas que refuerza la mayoría de las disposiciones jurídico-estatales.[106] Es cierto que otros sectores —y muchos medios de comunicación— presentan la religiosidad vinculándola a un fundamentalismo político agresivo e irracional.[107] Sin embargo, esto último constituye una manipulación de la religiosidad que, en el mejor de los casos, da cuenta de su instrumentalización por determinados poderes

---

[104] Distinto, *Baucells i Lladós* (2000).

[105] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 20 de diciembre de 1960; *Pérez del Valle* (1994), 30 ss.; *Baucells i Lladós* (2000), 83 ss., separando lo moral de lo ideológico o religioso; *Romeo Casabona,* LH Valle Muñiz, 2001, 1771; *Bernal del Castillo,* LH Cobo del Rosal, 2005, 121; *Jericó Ojer* (2007), 73 ss., 259-260.

[106] *Habermas* (2002), 221-222: «hasta ahora, a los únicos a los que el Estado liberal ha exigido, como quien dice, dividir su identidad en dos partes, una privada y otra pública, ha sido a sus ciudadanos creyentes. Son ellos los que tienen que traducir sus convicciones religiosas a un lenguaje secular si aspiran a que sus argumentos encuentren aprobación mayoritaria (...). Sin embargo, la búsqueda de razones que aspiren a la aceptación general comportaría expulsar poco limpiamente de la esfera pública a la religión, privando a la sociedad secular de unos recursos fundadores de sentido importantes, a no ser que la parte secular también mantenga una sensibilidad para la fuerza articuladora de los lenguajes religiosos»; *el mismo* (2005), 36.

[107] *Rorty,* Common Knowledge 3 (1994), 1 ss.

políticos, que se sirven de la teología natural como parte de una teología política —de una «religión civil»—.

87 La libertad religiosa comprende no solo la libertad de tener creencias religiosas, sino también la de expresarlas, la de comportarse conforme a ellas y a no ser obligado a actuar en contradicción con ellas.[108] Esto significa que se puede generar un conflicto entre el cumplimiento del deber religioso[109] y el deber legal, normalmente en forma de deber positivo, pero excepcionalmente también como deber negativo. En cambio, se ha descartado la existencia de «deberes de convicción» al margen de la conciencia, de base religiosa o no. Precisamente fue ello lo que dio lugar a la diferenciación, tras la II Guerra Mundial, de las figuras del autor por conciencia y el autor por convicción, que en el período de entreguerras se habían incluido en una categoría unitaria (*cfr. infra* capítulo 26/74).

2. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

2.1. Consideraciones generales

88 Un sector doctrinal señala que el contenido del derecho a la objeción de conciencia es el incumplimiento de deberes jurídico-positivos cuando ello resulte absolutamente inadmisible para la propia conciencia moral, siempre que concurran determinados requisitos legales.[110] En cambio, la jurisprudencia constitucional española ha afirmado que este derecho «a conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente».[111] Como se advierte, la discrepancia radica en la posibilidad de limitar el derecho a la objeción de conciencia por cualesquiera disposiciones de rango legal. Desde luego, no es infrecuente que se afirme que el límite a la objeción de conciencia viene establecido por el interés público en la vigencia objetiva del Derecho.[112] Sin embargo, la referencia a esta noción genérica, al igual que al orden público, como supuestos límites externos,[113] no es razonable. En efecto, implica desconocer que la propia libertad religiosa, en tanto que derecho fundamental, forma parte esencial de ese orden público y, además, con el máximo rango. Ciertamente, el concepto de orden público comprende la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Por lo tanto, lo único razona-

---

[108] *Pérez del Valle* (1994), 151 ss.

[109] Para el Estado, este es, en puridad, un «derecho a cumplir con ese deber extrajurídico».

[110] *Luzón Peña*, InDret 1/2013, 4.

[111] STC 141/2000, de 29 de mayo.

[112] SSTS de 20 de abril de 1999; de 30 de septiembre de 1999; de 21 de octubre de 1999; de 23 de diciembre de 1999.

[113] Art. I.1., Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio.

ble es admitir que la pretensión asociada a la libertad religiosa de la persona debe ser objeto de especificación al confluir con pretensiones ajenas de otro signo. Así las cosas, en primer lugar, el Estado tiene la obligación de procurar evitar el conflicto y, en todo caso, la discriminación por razones religiosas.[114] Además, por una pura consideración de rango, la libertad religiosa, en tanto que derecho fundamental, no puede ser desplazada por intereses públicos o privados que carecen de ese rango.

89 En la Constitución española la objeción de conciencia no se halla reconocida de modo general y expreso como derecho fundamental. En efecto, los únicos supuestos en los que se la menciona se refieren a la prestación del servicio militar (art. 30.2 CE) —irrelevante tras la suspensión del carácter obligatorio de este en 2001—,[115] y de la denominada «cláusula de conciencia» de los periodistas (art. 20.1.d CE). Por ello, en su día se discutió si su ejercicio en los demás casos —los realmente trascendentes— es posible mediante la apelación directa al art. 16 CE, o requiere su reconocimiento en una ley, mediante la llamada *interpositio legislatoris*. La disyuntiva no es irrelevante, pues de ella deriva su concepción como un auténtico derecho fundamental o bien como una mera excepción al cumplimiento de deberes legales. Pues bien, el derecho a la objeción de conciencia puede ser derivado de modo directo del derecho fundamental a la libertad religiosa e ideológica (art. 16.1 CE).[116] No obstante, hay que subrayar que la polémica apuntada más arriba se ha reproducido de modo concreto, focalizándose en si las condiciones legales del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia afectan a su contenido esencial o, más allá de esto, producen un efecto de desaliento sobre tal ejercicio.

90 Las leyes promulgadas en España en materia de aborto[117] y de homicidio a petición[118] han aludido de modo expreso al derecho a la objeción de conciencia del personal médico-sanitario y farmacéutico. Sin embargo, lo han regulado de modo claramente restrictivo. Por un lado, se lo han denegado a aquellos

---

[114] *Pérez del Valle*, CPC 71 (2000), 389.

[115] Ley 17/1999 de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y R.D. 247/2001.

[116] *Pérez del Valle* (1994), 39-40; *Baucells i Lladós* (2000), 85 ss. La STC 53/1985, de 11 de abril, señaló que el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no una regulación legal. Por lo tanto, «la *interpositio legislatoris* no es necesaria para su reconocimiento, sino, como las propias palabras indican, para regular el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia»; en ese mismo sentido, la STC 145/2015, de 25 junio. Con todo, la STC 160/1987, de 27 de octubre, indicaba que se trata de un derecho no fundamental, sino «constitucional», apuntando a una visión distinta.

[117] Así, en los arts. 19 bis y 19 ter de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. Estos se refieren, respectivamente, a la objeción de conciencia, que limitan a las personas «profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica» que manifiesten su objeción «con antelación y por escrito»; y a la configuración de los registros de objetores de conciencia.

[118] Así, en el art. 16 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. De nuevo aquí, la objeción de conciencia se limita a los «profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación» que manifiesten su objeción «con antelación y por escrito».

profesionales sanitarios que no tienen intervención material directa en el hecho del aborto o del homicidio a petición. Por otro, condicionan su ejercicio a la previa inscripción en un registro de objetores. Pues bien, lo primero afecta al contenido esencial del derecho de todas aquellas personas para cuya conciencia tales actuaciones auxiliares constituyen una «cooperación al mal». Por su parte, lo segundo, aunque no afecte a su contenido esencial, produce un efecto de desaliento sobre su libre ejercicio, dado el riesgo de afectación a la carrera profesional que puede derivarse de tal inscripción. Además, ello puede entrar en colisión con el art. 16.2 CE, que establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.[119] En efecto, alternativamente podría plantearse que quienes tengan que inscribirse en un registro sean los médicos dispuestos a la práctica de tales intervenciones.

2.2. Los procedimientos institucionalizados de gestión de los supuestos de conciencia divergente

2.2.1. La objeción previa

91 En primer lugar, el Estado tiene la obligación de evitar que el derecho a la libertad religiosa e ideológica —y en particular, el derecho a la objeción de conciencia— entre en conflicto con otros derechos que pretende proteger.[120] En la práctica, los Estados lo vienen haciendo, con mejor o peor fortuna, en diversos ámbitos. Una primera dimensión del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia es la «objeción previa», esto es, la autodeclaración de la persona como objetora en un momento previo a aquel en el que surge la colisión jurídico-penalmente relevante. En efecto, la objeción de conciencia previa constituye una forma de gestión pública —procedimentalizada— de los conflictos derivados del ejercicio del derecho a la libertad religiosa e ideológica. Así, quien se acoge a ella opta por un «procedimiento institucionalizado» establecido por el Estado a fin de evitar que se suscite la mencionada colisión. La consecuencia de ello es la desvinculación de la persona objetora con respecto a la norma de conducta estatal, pues el Estado impide que surja la situación de hecho en la que dicha norma se dirigiría al sujeto como capaz de acción. Visto así, el derecho a la objeción de conciencia no justifica la realización de ningún tipo delictivo, puesto que este último no se llega a realizar. Por su parte, la alegación previa podría ser facultativa o bien obligatoria. Como se ha indicado, esta última modalidad es la que ha acogido el legislador español en las leyes de aborto y de eutanasia.

92 En delitos cuyo núcleo es la infracción de un deber extrapenal, existe otro procedimiento institucionalizado de naturaleza formalmente distinta, pero que

---

[119] La creación del registro de profesionales sanitarios no supera el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigible sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Con todo, la STC 151/2014, de 25 de septiembre, ya declaró la conformidad de los registros de objetores con la Constitución.

[120] Existe consenso generalizado: *Figueiredo Dias*, FS Roxin, 2001, 539; *Roxin*, RDPC 98 (2014), 15-16.

responde a la misma idea de fondo. En efecto, este consiste en la propia exención previa del deber jurídico-público correspondiente, lo que impide que se llegue a constituir la tipicidad de la conducta. Por ejemplo, en España es delito la omisión de concurrir a formar parte de una mesa electoral, cuando la persona ha sido designada por sorteo para hacerlo.[121] Así las cosas, una forma de resolver el conflicto con aquellas personas cuya religión les impide participar en actividades políticas, es la comparecencia previa ante la autoridad administrativa electoral. Una vez acreditado que la persona designada para integrar una mesa electoral pertenece a una confesión religiosa cuyo ideario se opone a ello, este es relevada de la obligación jurídico-pública de desempeño del cargo.[122]

2.2.2. La exención legal de la disposición prescriptiva

93 Un procedimiento institucionalizado distinto es el de configurar una exención *ad hoc* con respecto al cumplimiento de las condiciones de permisión administrativa de riesgos. En este caso, el ejemplo más claro es el de la justificación de determinadas conductas en el contexto de la matanza de animales. En efecto, el procedimiento de matanza industrial constituye un riesgo permitido de causación de sufrimiento a la res, condicionado a que tenga lugar en mataderos autorizados, así como con un mecanismo de sujeción y aturdimiento del animal. Ahora bien, el problema se plantea cuando se pretende matarla sin aturdimiento, debido a razones religiosas que exigen el sangrado total del animal —entre los judíos o los musulmanes— y sostienen que el aturdimiento lo impide.[123] El Reglamento Europeo vigente en esta materia establece la posibilidad de que prevalezca el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, siempre y cuando la matanza se produzca en mataderos.[124] Por lo tanto, sus disposiciones fijan los términos del ejercicio «legítimo» del derecho a la libertad religiosa en este punto. Sin embargo, admite un «margen de apreciación» entre los Estados —es decir, una «excepción de país», derivada de razones de soberanía nacional—, de modo que algunas naciones europeas exigen siempre el aturdimiento del animal,[125] mientras que otras no. Por su parte, la legislación española establece que «cuando el sacrificio de los animales se realice según los ritos propios de iglesias, confesiones o comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, y las obligaciones en materia de aturdimiento sean incompatibles con las prescripciones del respectivo rito religioso, las autoridades competentes no exigirán el cumplimiento de dichas obligaciones siempre que las prácticas no sobrepasen los límites a los que se

---

[121] Así, el art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

[122] A propósito de los delitos electorales, la Instrucción 6/2011, de 28 de abril, de la Junta Electoral Central, de interpretación del artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, dispone que esa es una causa personal que justifica en todo caso que el sujeto sea relevado del cargo.

[123] STJUE (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2020 (caso «*Centraal israëlitisch Consistorie van België*»).

[124] Reglamento UE 1099/2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza.

[125] La STEDH de 13 de febrero de 2024 (*Executief van de Moslims van België* y otros c. Bélgica), declaró que exigirlo siempre no vulnera el derecho a la libertad religiosa ni causa discriminación.

refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa».[126] Otro ejemplo, el de la permisión de la circuncisión masculina no terapéutica, dada su relación con la patria potestad, se examina más adelante.

2.2.3. La excepción jurisdiccional

94 Un tercer procedimiento institucionalizado viene dado por la existencia, en algunos países, de jurisdicciones culturales (*cfr. supra* capítulos 1/30; 4/31). En efecto, esta vía permite un enjuiciamiento de las conductas con relevancia étnico-religiosa desde la perspectiva de la correspondiente etnia. Ahora bien, como se ha indicado reiteradamente, el Estado también se encuentra en una posición de garante de protección en relación con lo que suceda en tal marco jurisdiccional. En virtud de ello, debe impedir prácticas lesivas de bienes personales intrínsecos.[127] En concreto, debe eliminar la posibilidad de que tales jurisdicciones admitan, mediante exenciones de responsabilidad más allá de las comúnmente admitidas, tales lesiones. Además, tiene que impedir que las jurisdicciones indígenas impongan penas de naturaleza corporal —apaleamientos, latigazos, inmersión en agua helada—, que vulneran los derechos humanos protegidos en la propia Constitución que reconoce a la jurisdicción tribal. Esto significa que las jurisdicciones tribales no son admisibles si justifican conductas pertenecientes al núcleo de los delitos *mala in se* o, más aún, si imponen penas cuyo contenido es un *malum in se* nuclear. En cambio, su operatividad puede admitirse en los dos restantes grupos de delitos.

2.2.4. Un balance

95 Como se advierte, no siempre existen procedimientos institucionalizados que canalicen el derecho a la actuación en conciencia por una vía que excluya la colisión penalmente relevante. Además, aunque estos existan, cabe la posibilidad de que un sujeto decida no acogerse a ellos, por diversas razones. Esto conduce desde luego a que las llamadas «exenciones religiosas»[128] no se hallen libres de polémica, desde perspectivas contrapuestas.[129] En el marco de esta polémica, en algunos países se está difundiendo un modelo cada vez más restrictivo de regulación del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Así, por ejemplo, en el ámbito de la medicina, dicho ejercicio se pretende condicionar al cumplimiento de una «obligación de remitir» o referir a otro médico del que se tenga constancia de que no es objetor. Sin embargo, esta condición vulnera el propio derecho a la libertad religiosa, pues obliga a cooperar a lo

---

[126] Así, el art. 6.3 de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre.

[127] Art. 9.1 del Convenio 169 de la OIT: los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros deben respetarse «en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

[128] En inglés: «*religious exemptions*».

[129] Sobre el debate, *Greenawalt* (2016).

que, desde el punto de vista de la propia conciencia, es un mal moral.[130] Pues bien, el hecho de que haya personas que deciden no acogerse a tales procedimientos plantea la cuestión de la objeción de conciencia *in actu*, o sobrevenida.

2.3. La objeción de conciencia sobrevenida

2.3.1. Generalidades

96 En aquellos casos concretos en los que no exista ningún procedimiento institucionalizado de canalización de la objeción previa, la objeción sobrevenida en el momento en el que se ha de realizar el acto contrario a la conciencia debe tener un efecto justificante de la realización típica. Tal justificación deriva de modo directo del derecho a la libertad religiosa o ideológica, cuyo ejercicio no puede ser presentado, sin más, como una conducta discriminatoria.[131] Ahora bien, incluso en los casos en los que existen vías procedimentales de evitación de la colisión jurídico-penalmente relevante cabe la posibilidad de que esta última surja. Ello puede deberse a un error acerca de la existencia del procedimiento previo, a la imposibilidad de acogerse previamente a aquel o a una falta de voluntad del agente de recurrir a tal procedimiento —por ejemplo, por negarse a figurar en el correspondiente registro de objetores de conciencia—. En tales casos, un argumento en contra de la justificación de la conducta del objetor sobrevenido es el de la vigencia del principio de primacía de los procedimientos institucionalizados. Sin embargo, entonces, la conducta del sujeto puede verse amparada por una causa de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales, en los términos que se indicarán.

2.3.2. La delimitación del tipo conforme al derecho fundamental a la libertad religiosa

97 En efecto, en casos de objeción de conciencia sobrevenida, una fundamentación alternativa de la exención de pena puede partir de que, con independencia de si la conducta está justificada o no, una determinada medida de sacrificio del derecho fundamental a la libertad religiosa no puede exigirse bajo la amenaza de pena. Ahora bien, ello puede producirse en la delimitación de la propia tipicidad del delito, en concreto, mediante la configuración de

---

[130] Un problema particular es el de la objeción de conciencia institucional o corporativa, reconocida, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 30 de junio de 2014 (*«Burwell vs. Hobby Lobby Stores, Inc.»*). En España, el art. 16 CE reconoce el derecho a la objeción de conciencia de las personas y de las *«comunidades»*.

[131] Las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano de 4 de junio de 2018 (*«Masterpiece Cakeshop, Ltd. vs. Colorado Civil Rights Commission»*) y de 30 de junio de 2023 (*«Creative LLC et al. vs. Elenis et al.»*) dieron prioridad a la libertad de conciencia y de expresión de quien presta un servicio personalizado frente a la obligación de no denegar la venta de un bien o la prestación de un servicio a un cliente por sus características. También la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 18 de octubre de 2018 (*«Lee vs. Ashers Baking Company Ltd.»*) distinguió con claridad entre la conducta de rechazar a un cliente por sus características, y negar la elaboración de un producto concreto, con independencia de las características de quien lo solicite.

los contornos de la posición de garante.[132] Así sucedió en la STC 154/2002, de 18 de julio, que estimó el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 27 de junio de 1997, considerando que esta había vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE).[133] El Tribunal constitucional centró el hecho objeto de imputación en el rechazo por parte de unos padres de la propuesta de los médicos de que tranquilizaran a su hijo para que este aceptara una transfusión —que no podía llevarse a cabo dado el estado emocional del muchacho—. Señaló entonces que «los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales». En el caso concreto, «la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas». Dicha exigencia, pues, «contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor». Para concluir lo siguiente: «en el presente caso, la condición de garante no se extendía al cumplimiento de tales exigencias».

Como se advierte, esta sentencia abre la puerta al análisis de la posibili- **98**
dad de ubicar los problemas suscitados por la concurrencia de los derechos fundamentales en, al menos, tres niveles sistemáticos. Por un lado, el de la tipicidad, al considerar el derecho fundamental como límite de la configuración de determinados deberes cuya vulneración es precisa para realizar el tipo de delito. Por otro lado, el de la antijuridicidad general, al considerar el ejercicio del derecho fundamental como causa de justificación. En fin, el de la prohibición bajo pena, en virtud de la apreciación de su exclusión por razones personales —la exculpación— con base en el conflicto de conciencia.[134]

2.3.3. La justificación y las diversas clases de delitos

2.3.3.1. Generalidades

Como ya se ha adelantado, un sector doctrinal tiende a excluir la posibi- **99**
lidad de justificar la realización de conductas típicas con base en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE). Su argumento es que, de lo contrario, el autor que obra siguiendo su conciencia frustraría el cumplimiento de fines esenciales del Estado.[135] Sentado esto, ciertamente se sostiene que el Estado no debe sancionar los hechos realizados por moti-

---

[132] Con matices, *Jericó Ojer* (2007), 295 ss.

[133] El caso versó sobre el alcance del deber de garante de los padres ante una situación en la que su hijo de trece años, al que habían llevado al hospital, se niega a someterse a una transfusión de sangre. Todos ellos eran miembros de la confesión de los Testigos de Jehová.

[134] Relativamente próximo, *Pérez del Valle* (1994), 299 ss., recurriendo a la categoría de la exclusión de la responsabilidad por el hecho.

[135] *Roxin*, FS Maihofer, 1988, 392 ss.; *el mismo* (1995), 232-233; *el mismo*, RDPC 98 (2014), 18 ss.; *Jericó Ojer* (2007), 295 ss., 326 ss.; *Luzón Peña*, InDret 1/2013, 1 ss.

vos de conciencia cuando puede conseguir sus fines por otros medios.[136] Sin embargo, esta posición obvia que el derecho a la libertad religiosa e ideológica constituye un derecho constitucional fundamental. Así las cosas, es cierto que el ejercicio de este derecho no puede justificar lesiones de bienes intrínsecos, dada la entidad del derecho fundamental a la vida, así como a la integridad física y moral. Sin embargo, tan pronto como se trata de delitos cuyo objeto de protección tiene un rango inferior, debe admitirse en línea de principio la justificación por ejercicio de un derecho constitucional fundamental.[137]

2.3.3.2. La singularidad de los delitos mala in *se nucleares*

100 Así pues, hay que distinguir en función de si el hecho cometido por quien ejerce la pretensión vinculada al derecho a la libertad religiosa se integra en el núcleo de los delitos *mala in se*, en la periferia de estos o en los *mala quia prohibita*. En el primer caso, el de los delitos contra bienes intrínsecos de la persona, su comisión es antijurídica, sean cuales sean las razones de conciencia que conduzcan a ella. En efecto, en tales supuestos de *mala in se* nucleares, la norma pretende obediencia en atención a su contenido y no cabe admitir que una decisión de conciencia permita lesionar los presupuestos de la humanidad común. Por lo tanto, no existe ejercicio del derecho de libertad religiosa que justifique la comisión de uno de estos delitos.[138] En cambio, las cosas son distintas en la periferia de los delitos *mala in se* y en los *mala quia prohibita*. En estos se pretende —bajo pena— la obediencia a los términos en los que la voluntad de la mayoría ha fijado la cooperación de una persona con el orden del Estado. Pues bien, dado que en ellos lo protegido es un determinado orden público, el derecho fundamental a la libertad religiosa prevalece en la especificación por puras consideraciones de rango constitucional.[139]

101 En este punto procede no olvidar que buena parte de las situaciones conflictivas del siglo XX se dieron en virtud de la negativa de los miembros de la confesión religiosa de los Testigos de Jehová a cumplir tanto el servicio militar como la prestación social sustitutoria; y, asimismo, a participar en mesas electorales. Por su parte, la jurisprudencia rechazó aplicar a tales conductas las

---

[136] *Roxin*, RDPC 98 (2014), 23 ss. Sin embargo, con límites radicales, que prácticamente la reducen a los casos de ilícitos formales.

[137] Próximo, *Baucells i Lladós* (2000), 214 ss., 225 ss. Distinto, *Roxin*, RDPC 98 (2014), 21: tanto los bienes individuales como los de la comunidad prevalecen.

[138] Art. 3.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: «Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas».

[139] Lo mismo vale para las razones culturales, por ejemplo, a propósito de la cuestión del porte y consumo de la hoja de coca. Próximo, *Barrientos*, PolítCrim 3 (2008), 1 ss.

eximentes de estado de necesidad y de miedo insuperable.[140] Sin embargo, como se ha indicado, esta posición no es admisible. En efecto, si el Estado garantiza un derecho fundamental, su obligación es establecer mecanismos para que su ejercicio sea compatible con los bienes jurídicos penalmente protegidos. Si no lo hace, en el caso de los delitos *mala quia prohibita* o *mala in se* periféricos, la conducta de quien los comete esgrimiendo un derecho fundamental tiene que hallarse justificada por el ejercicio legítimo de un derecho. Además, en esos mismos supuestos, si, existiendo una vía previa de evitación del conflicto, el sujeto no puede recurrir a ella o decide razonablemente no hacerlo, debe poder sostenerse la «exclusión de la prohibición bajo pena con base en razones personales», esto es, la exculpación.

En la legislación penal española, una vía razonable para ello es el miedo **102** insuperable (art. 20.6.° CP).[141] Con todo, otras propuestas doctrinales optan por el error de prohibición (art. 14.3 CP), entendido como lugar de ubicación de las situaciones de «creencia diferente» (*cfr. infra* capítulo 25/93).[142] Ahora bien, si la conciencia lleva a un agente a cometer delitos *mala in se* nucleares, aquella debe reputarse una conciencia erróneamente formada —*conscientia erronea*—. Por lo tanto, en tales casos no cabe apreciar una exención en virtud de una conciencia divergente ni de un error de comprensión condicionado por la creencia o la cultura.[143] Igualmente, en ellos no existen razones para la plena exculpación por miedo insuperable, dada la entidad de los bienes lesionados y la exigencia de su respeto.[144] La existencia del conflicto de conciencia solo podrá dar lugar a una atenuación mayor o menor con base en la intensidad de los motivos (*cfr. infra* capítulo 26/78).

VI. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS

1. GENERALIDADES

1.1. Las bases constitucionales

El art. 18.1 CE reconoce el derecho fundamental a la intimidad familiar. **103** Además, los padres tienen el deber constitucional de cuidado, educación, representación y administración patrimonial de sus hijos menores de edad (art. 39.3

---

[140] La STS de 28 de octubre de 1998, a propósito de la inasistencia de un miembro de los Testigos de Jehová al acto de integración de una mesa electoral, lo descalificaba señalando que «coloca por encima de los deberes que como ciudadano le incumben (cualesquiera prestaciones en beneficio de la comunidad que la Ley impone) su propia y personal convicción interior, derivada de sus ideas políticas, religiosas o de otro orden».

[141] Relativamente próximos, *Jericó Ojer* (2007), 413 ss.; *Frisch*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 903 ss.

[142] *Muñoz Conde*, LH Roxin, 1997, 286 ss., 292; *Baucells i Lladós* (2000), 265 ss.; *Figueiredo Dias*, FS Roxin, 2001, 547, exige que sea una «conciencia recta».

[143] Sobre el caso del sacrificio de un niño mapuche con ocasión de un terremoto en el sur de Chile, *Ziemann/Acosta*, JRE 27 (2019), 709.

[144] Próximo, *Roxin*, RDPC 98 (2014), 33, desde su perspectiva de la exclusión de responsabilidad por falta de necesidad preventiva de pena.

CE). En fin, los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Ciertamente, el derecho de los padres a la educación de los hijos de acuerdo con las propias convicciones se halla consagrado en la práctica totalidad de las constituciones como derecho fundamental y en numerosos tratados internacionales. Pues bien, todo ello conforma el marco en el que debe ubicarse el ejercicio de la institución jurídico-civil de la patria potestad. Por lo tanto, las relaciones intrafamiliares, y en particular la relación paternofilial, no pueden reconstruirse jurídicamente como cualquier otra relación interpersonal. En aquellas, la lógica de los derechos y los deberes se ve superada por otra superior, que es la del amor de donación —o benevolencia, con la correspondiente dosis de renuncia— y la comunión de bienes. Desde luego, solo esto último permite que la familia cumpla su función social. Por lo tanto, una juridificación que favorezca el intervencionismo estatal, vulnerando el principio político de subsidiariedad, resulta directamente contraria al bien de cada familia y, en definitiva, al bien común.

1.2. La patria potestad

104 Existe un consenso amplio en el sentido de que la denominada «patria potestad» es ciertamente una potestad.[145] Es decir, un derecho/deber/función, el criterio rector de cuyo ejercicio es el bien de los hijos, en tanto que elemento integrante del bien común. El mencionado derecho/deber a la educación comprende la transmisión a aquellos de una concepción de lo bueno y de lo malo, conforme a las convicciones de los padres. Por lo tanto, este es el criterio de definición y concreción del bien de los hijos.[146] Sin embargo, y frente a ello, una doctrina aparentemente en ascenso en el Derecho de familia opone a la patria potestad la autonomía del menor, argumentando sobre la base de los denominados «derechos de los niños».[147] A su vez, esta coincide en el tiempo con la progresiva deriva de las legislaciones occidentales hacia el debilitamiento de la institución familiar en su dimensión paterno-filial —como en su día ya sucedió con el matrimonio—.[148]

105 Este fenómeno jurídico —que responde a la «ideología de la emancipación» individual— menospreció el hecho evidente de la contribución de la solidez de la institución matrimonial al bien común. Pues bien, ahora sucede lo mismo en lo relativo a la institución paternofilial y, en su seno, a la educación de los hijos en la familia. En este punto, el instrumento es la artificiosa construcción de la figura del «menor maduro» (*cfr. infra* capítulo 22/69).[149] Lo cierto es que el adolescente, con independencia de cuál sea su grado de desarrollo cognitivo, muestra todavía una personalidad débil. Por lo tanto, es más vulnerable que el

---

[145] En el sentido de Hohfeld, *«power»*.

[146] *Simón Yarza* (2022), 112-113.

[147] Es la doctrina de los *«children rights»*.

[148] *Silva Sánchez*, PyD 56 (2007), 35 ss.

[149] *Barina/Bishop*, Journal of Medicine and Philosophy 38 (2013), 300 ss.

adulto medio. En concreto, tiene dificultades para asumir con responsabilidad las consecuencias del ejercicio de su libertad, posponiendo las satisfacciones inmediatas. En esa situación es clara su dependencia con respecto a terceros —ya sean sus padres u otros miembros de su familia, o los miembros del grupo en el que se inserte en busca de seguridad—. Ahora bien, en un contexto así, la implicación de los padres —y de su entrega incondicional, que solo se puede explicar por el cariño— resulta decisiva para la plena realización del joven y su maduración hasta alcanzar la condición adulta.

Desde luego, el ejercicio de la patria potestad se enmarca en los espacios de **106** orden público del Estado. Sin embargo, lo hace con una primacía que ha de tener como contrapunto la deferencia —un deber de respeto—. En efecto, solo esto último se corresponde con el principio político de subsidiariedad del Estado con respecto a las instituciones regidas por una lógica más elevada que la que rige la actuación pública. Así pues, en la educación de los hijos por sus padres tiene que existir un margen de discrecionalidad que resulta decisivo. A su vez, este debe entenderse en el sentido de una presunción *iuris tantum* de que el bien de los hijos está alineado con la convivencia con sus padres. En efecto, no cabe duda de que el bien fundamental de los hijos es no ser separados de aquellos. Por tanto, cualquier política legislativa que pueda producir directa o indirectamente el resultado del distanciamiento y la separación tiene que cargarse de razones.

1.3. El cuestionamiento de la posición jurídica de los padres

La posición jurídica de los padres no permite que estos se opongan a las **107** disposiciones de vacunación obligatoria, que tienen que ver con enfermedades infectocontagiosas de gran morbilidad infantil. Tampoco permite, por ejemplo, que, habiendo acogido el veganismo como opción alimenticia, los padres sometan a sus hijos menores a una dieta insuficientemente proteica. En cambio, no cabe afirmar taxativamente que los padres están siempre sometidos al deber jurídico-público de escolarizar a los hijos. En efecto, la educación doméstica puede ser una alternativa,[150] cuando los únicos centros públicos accesibles para la familia se enfrentan radicalmente a la concepción educativa de esta última. Igualmente puede ser legítima la objeción a una asignatura —por ejemplo, la denominada «educación sexual» en su comprensión dominante— o a determinados materiales docentes. En efecto, el derecho a la educación tiene como sujeto al menor de edad. Sin embargo, los titulares de la patria potestad sobre aquel son los que de modo ordinario ejercen las correspondientes facultades frente a los poderes públicos. Con todo, no es infrecuente que se pretenda establecer una distinción entre las libertades fundamentales y el ejercicio de la objeción familiar. Así, se afirma que esta se halla en un nivel secundario, de

[150] En inglés, *«homeschooling»*. Sin embargo, la STC 133/2010, de 2 de diciembre entra en el debate sobre si debe darse prioridad al interés de dotar de conocimientos a los niños o al de facilitar su integración social.

modo que, frente a un deber legítimamente impuesto por el Estado, puede experimentar menguas y tener que soportar cargas. Entre estos límites, se establece su sometimiento a una serie de procedimientos institucionalizados. Por ejemplo, se sostiene que los padres no pueden objetar a determinadas actividades de sus hijos en la enseñanza pública, sino que, en el caso de su discrepancia con esta, deben canalizarla mediante el recurso a la libertad de crear centros de enseñanza. El problema es que este «procedimiento institucionalizado» no es igualitario. Así, por ejemplo, es patente que algunas administraciones públicas españolas deniegan el concierto educativo —la forma ordinaria de contribución a la iniciativa familiar de creación de centros— a determinadas iniciativas educativas de cuyas características discrepan.

108 En este punto es preciso subrayar un problema que ciertamente desborda al Derecho penal, a saber, que la regulación legal de los derechos del niño es cada vez más contradictoria. Por un lado, tiende a relajar cada vez más los deberes de este con respecto a sus padres, al tiempo que debilita las potestades de estos con respecto a aquel. Sin embargo, el creciente cuestionamiento de la autoridad de los padres no obsta a que la legislación mantenga el deber de estos de intervenir para proteger a sus hijos y les haga responsables civil, penal y administrativamente tanto por los daños que puedan causar a terceros,[151] como por los que ellos mismos puedan sufrir. En efecto, la posición jurídica de los padres no se construye correctamente si se obvia que, por un lado, se encuentran en una posición de garante de protección con respecto a sus hijos, que deben poder organizar como ellos entiendan preferible. Además, también ostentan una posición de garante de control. Pues bien, lo uno y lo otro requiere que dispongan de medios lícitos de injerencia (derechos-funciones/potestades), sin los cuales se hace absolutamente imposible cumplir tales deberes. En definitiva, la posición jurídica de los padres no puede reducirse a la de meros «proveedores de servicios» para sus hijos.

2. EL DERECHO DE CORRECCIÓN

2.1. La cuestión del «maltrato físico»

109 La doctrina discute sobre la medida de «maltrato» físico a un hijo que cabe considerar justificada en virtud del ejercicio legítimo del derecho de corrección. Es decir, sobre el alcance de la noción de «corrección moderada».[152] Desde luego, las conductas que dan lugar a la producción dolosa de lesiones a los hijos no pueden estar justificadas. En cambio, una cuestión distinta es una lesión imprudente, que puede tener lugar en contextos domésticos muy diversos —por ejemplo, una distensión muscular, al agarrar con fuerza al niño de un brazo—. Así las cosas, el debate se genera ante todo por la con-

---

[151] «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda» (art. 1903 CC español).

[152] *Marín de Espinosa Ceballos*, RECPC 1 (1999), 1 ss.

sideración, que goza de predicamento doctrinal, de que cualquier conducta de «golpear», por un lado, realiza el tipo del art. 153 CP español y, por otro, no puede estar justificada, dado que la referencia al derecho de corrección moderada, tradicionalmente mencionado en el art. 154 del Código civil, ha sido eliminado de este precepto.[153] Pues bien, planteada así, esta solución no puede aceptarse.[154]

El debate tradicional sobre el alcance del derecho de corrección versaba **110** sobre la licitud de las palizas —incluso con palos o bastones— a los hijos, que, como se ha indicado, no pueden ser justificadas. Ahora bien, el azote o la bofetada educativa a un hijo no solo son penalmente atípicos, sino que ni siquiera son ilícitos con carácter general. En efecto, su licitud jurídica general deriva de que pertenecen a la prerrogativa educativa familiar, que el Estado tiene que respetar sin injerirse en ella. Ciertamente, para ello es preciso que tal forma de corrección tenga lugar de modo excepcional y no habitual, en un contexto de ejercicio responsable de la patria potestad, y que en ella concurra el elemento significativo-motivacional de la orientación al bien del menor. Es decir, siempre que se trate de un acto cuyo significado sea «educativo». Por lo tanto, si se apreciara su tipicidad como conducta de maltrato, dicha conducta debería estimarse justificada con base en el art. 20.7.° CP español.[155] En contra de esto, no cabe esgrimir la eliminación de la mención del derecho de corrección en el art. 154 CC español. En efecto, este es un débil argumento formal, que dentro de España ni siquiera es sostenible en los territorios donde no rige el Código civil común.[156] Por lo que hace a su tipicidad penal, la bofetada o el azote no pueden ni siquiera subsumirse razonablemente en el campo semántico del «mal/trato», aunque empíricamente consistan en dar un manotazo, pues su significado es procurar el bien del menor. En efecto, en este plano de la tipicidad, puede afirmarse que se trata de conductas «familiarmente» adecuadas, con independencia de que, además, resulten insignificantes.[157]

2.2. El problema de la «intimidad informática»

La evolución doctrinal y jurisprudencial corre el riesgo de calificar como **111** antijurídicas otras conductas habituales en las familias, en las que se manifies-

---

[153] En esta línea, ya *Díaz y García Conlledo*, LH Mir Puig, 2010, 504: legítima es solo la corrección sin violencia física; *Boldova Pasamar*, RDPC 5 (2011), 55 ss.; *el mismo* (2011), 953 ss.

[154] Sin embargo, STS 582/2022, de 13 de junio, a propósito de un azote paterno a una niña de cuatro años.

[155] Próximo, *Luzón Peña*, CPC 137 (2022), 5 ss. Distinto, *Díaz y García-Conlledo*, LH Mir Puig, 2010, 523 ss.: solo causa de exclusión del injusto penal o de exclusión de la tipicidad

[156] Por ejemplo, el art. 236-17. 4. del libro segundo del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) señala: «Los progenitores, con finalidad educativa, pueden corregir a los hijos en potestad de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica».

[157] Próxima, *Marín de Espinosa*, CPC 116 (2015), 5 ss.; *la misma*, LH Octavio de Toledo, 2016, 205 ss.; *Luzón Peña*, CPC 137 (2022), 5 ss., aludiendo a la costumbre.

ta el ejercicio de la patria potestad con fines educativos o de corrección. Por ejemplo, las de privación o restricción de la libertad ambulatoria —no dejar salir de casa a un hijo adolescente o encerrarle en su cuarto— o de la libertad en general —privarle del uso del teléfono móvil, del ordenador, o de otros medios lúdicos—. Sin embargo, también estas pertenecen a la prerrogativa educativa familiar, frente a la que el Estado tiene un deber de deferencia, respetándola sin injerirse en ella. Por lo demás, de nuevo estas son medidas familiarmente adecuadas, que no cabe predicar penalmente típicas; y, en todo caso, están amparadas por el recto ejercicio del derecho/deber de los padres de educar a sus hijos.

112 El ejercicio responsable de la patria potestad, en el contexto social actual, adquiere una especial importancia en lo relativo al control de las comunicaciones de los hijos. En efecto, este control resulta imprescindible para su protección frente a las agresiones y adicciones de todo género a las que precisamente les expone la tolerancia estatal. Pues bien, ello requiere examinar periódicamente su teléfono móvil, su correo electrónico o sus accesos a internet. Por lo tanto, dada su adecuación al proyecto educativo familiar, una intervención así no puede calificarse como lesión típica de su intimidad. Ahora bien, aunque lo fuera, estaría justificada por la defensa de la integridad física y moral del menor. Ciertamente, se ha propuesto una solución dogmática para los casos en los que la conducta de los padres constituya un injusto culpable. En concreto, la creación de una excusa absolutoria, que excluya la punibilidad de la conducta.[158] De este modo, se pretende evitar la judicialización de las relaciones familiares. Ciertamente, la injerencia de cualquier orden jurisdiccional en la vida familiar es mala en general para esta. Sin embargo, en concreto la intervención del Derecho penal es catastrófica, dado que puede producir la ruptura definitiva de la comunidad paternofilial —en virtud del ingreso en prisión o de las prohibiciones de comunicación de larga duración—. Así pues, la propuesta de una excusa absolutoria es ciertamente razonable para los casos en que se aprecie un injusto típico y culpable que no alcance a constituir una grave forma de violencia doméstica. Con todo, su introducción no obsta a lo señalado antes en el sentido de que existe un claro espacio de conformidad a Derecho en las conductas educativas de los padres.

2.3. La circuncisión masculina no terapéutica

113 Existe un intenso debate en lo relativo al derecho a la libertad religiosa de los padres cuando esta entra en colisión con el derecho de los niños a su integridad corporal.[159] A este respecto, una solución posible es establecer una causa de justificación *ad hoc*, como se decidió en su día en Alemania.[160] Ello pretendió

[158] *Roxin*, RDPC 16 (2005), 241 ss.

[159] *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 329 n. 17.

[160] En el § 1631d del Código civil alemán, introducido mediante una ley específica, que entró en vigor el 28 de diciembre de 2012.

zanjar de modo urgente la polémica desatada por la sentencia dictada por un tribunal de aquel país, condenando como conducta de lesiones graves la práctica de la circuncisión no terapéutica a un adolescente musulmán. Con todo, en el debate doctrinal abierto desde entonces, subsisten tres posiciones. Una de ellas coincide con la decisión del legislador alemán[161] o, en todo caso, se inclina por establecer sencillamente la impunidad de estas conductas.[162] Por su parte, la visión opuesta sostiene la ilegitimidad absoluta de la circuncisión ritual de varones.[163] En fin, entre una y otra se dan posiciones intermedias. Así, por ejemplo, la que sostiene que la justificación de la conducta de circuncisión debería requerir que se practicara con anestesia para minimizar el dolor.[164] Probablemente este es el camino correcto, pues hace compatible el derecho a la libertad religiosa con la protección de secular del menor.

VII. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS

1. PLANTEAMIENTO

Los tribunales constitucionales han asignado un papel muy relevante al dere- 114
cho fundamental a las libertades de expresión y de información. En realidad, ello es razonable, por cuanto se corresponde con la naturaleza del hombre como ser social —y, por ello, político—. Con todo, el papel preferente otorgado a estas libertades en su relación con otros derechos fundamentales en general se ha derivado de su papel esencial en la formación de la opinión pública. Precisamente por este motivo resulta decisivo que se ejerzan con respeto a la verdad y a la dignidad de las personas. En ocasiones, esta orientación de las libertades comunicativas al bien común se obvia, presentándolas desde un punto de vista radicalmente individualista. Sin embargo, la especial protección constitucional no rige para el exabrupto, la manipulación de la verdad o las manifestaciones irrespetuosas. En estas, se da la dimensión individual del derecho, pero no su contribución constructiva al bien común. Por ello, no merecen una protección cualificada. En algunos casos, cuando se alcanza directamente el nivel del insulto, el menosprecio o la mentira, la expresión no debe ser protegida en absoluto. Ciertamente, en las zonas grises pueden existir divergencias sobre la calificación de la conducta. Como en todos los derechos fundamentales, es preciso distinguir entre su «contenido esencial» y su «ámbito de protección». La afectación restrictiva del primero es inconstitucional. En cambio, la incidencia sobre el segundo puede discutirse. Un sector doctrinal sostiene que, si se afecta, se produce un efecto de desaliento en el ejercicio del

---

[161] *Fateh-Moghadam*, RW 2/2010, 115 ss., 139 ss.; *Torres Fernández* (2014), 151 ss.

[162] *Prittwitz*, FS Kühne, 2013, 121 ss.

[163] *Putzke*, FS Herzberg, 2008, 669 ss.; *Herzberg*, JZ 2009, 332 ss.; *el mismo*, ZIS 2010, 471 ss.; *Möller*, LSE 14/2017, 19.

[164] *Köhler*, FS Kühl, 2014, 312-313.

derecho. Sin embargo, procede no olvidar que se trata de un derecho *prima facie*. En ocasiones, su afectación es irremediable si no se desea producir un efecto de desaliento en el ejercicio de otros derechos fundamentales *prima facie* con los que entra en colisión en un caso concreto.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y SU CONFLICTO CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. Generalidades

115 El art. 20.1 CE, en sus apartados a) y d), reconoce los derechos *prima facie* a «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», así como «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». En efecto, estos tienen un carácter fundamental en cualquier comunidad política bien constituida.[165] Sin embargo, como se viene indicando reiteradamente, no cabe desconocer que entran de modo frecuente en colisión con otros derechos *prima facie*, que a su vez también son fundamentales, como el honor, la intimidad o la libertad religiosa. Así las cosas, los tribunales constitucionales han dedicado buena parte de su actividad a tratar de establecer criterios para la especificación de los derechos. En general, han atribuido un carácter preferente a los primeros, precisamente por su contribución decisiva al debate público en las sociedades democráticas. Es decir, porque entienden que su existencia contribuye de modo preferente al bien común. Sin embargo, ello no siempre puede afirmarse con el carácter general con el que ha sido establecido en las últimas décadas.

116 Además de todo lo anterior, una manifestación de la libertad de información es la conducta de los sujetos denominados «informantes», que pueden denunciar la comisión de delitos o infracciones administrativas mediante su «revelación pública». Ciertamente, en principio esta se reputa subsidiaria frente a las comunicaciones que efectúen por los canales institucionalizados internos y externos. En este sentido, la revelación pública requiere que esas otras comunicaciones hayan fracasado o, alternativamente, que existan motivos razonables para pensar que existe un riego inminente para el interés público o que los mencionados canales interno y externo fracasarán. Sin embargo, alternativamente la legislación atribuye al informante la prerrogativa de recurrir de modo directo a la prensa con base en el derecho a la libertad de información y expresión.[166]

117 En fin, una manifestación particularmente profunda del derecho a la libertad de expresión es la huelga de hambre, que pretende llamar dramáticamente la atención de la opinión pública sobre una determinada situación. En parti-

---

[165] *Alcácer Guirao* (2020), 85 ss.

[166] Así, el art. 28.2 de la Ley 2/2023: «Las condiciones para acogerse a protección previstas en el apartado anterior no serán exigibles cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo».

cular, esta se ha manifestado de forma problemática en el caso de los reclusos en centros penitenciarios, puesto que sitúa al Estado en la colisión entre el deber de respetar la libre expresión del penado y el de proteger su vida y su salud. Algunos países han resuelto el conflicto mediante una disposición legal. Sin embargo, en otros es preciso proceder a la consideración de las razones en conflicto hasta alcanzar la especificación del deber (*cfr. infra* capítulo 22/89).[167]

2.2. Los criterios de especificación

2.2.1. La veracidad y el interés público

En este punto se ha tendido a asumir el estándar clásico norteamericano.[168] 118
En su virtud, se entiende que están justificadas las expresiones que, pudiendo perjudicar la reputación de un tercero, gozan de veracidad y se refieren a personajes públicos en relación con asuntos que, además, tienen interés público. Estas dos condiciones —interés público y veracidad— han sido acogidas con el paso de los años por la jurisprudencia penal y constitucional española. Así, la veracidad requiere abstenerse de actuar a sabiendas de la falsedad de lo que se indica o con desprecio temerario de la verdad en relación con ella. Por ello, es compatible con que el sujeto incurra en errores menores en la información dada, siempre que estos respondan a los naturales márgenes de imprecisión en el ejercicio del derecho.[169] Admitir tal posibilidad es necesario para evitar la producción de un efecto de desaliento sobre el ejercicio de la crítica a las conductas de las personas con trascendencia pública.

2.2.2. El problema de la fijación de los límites

2.2.2.1. En la libertad de expresión política y de creación artística

El art. 20.4 CE señala que las libertades comunicativas —de expresión y 119
difusión— «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En este punto, el problema central no se ha dado en relación con la libertad de información, ni con las libertades científico-técnicas, literarias o de cátedra, sino fundamentalmente a propósito del ejercicio de la libertad de expresión política, así como, en ocasiones, artística.[170] En cuanto a lo primero, la última década ha sido testigo de las divergencias entre el Tri-

---

[167] La STEDH de 8 de diciembre de 2022 (Yakovlyev c. Ucrania) señala que el Convenio europeo no resuelve de modo expreso dicho conflicto.

[168] La cláusula de *«actual malice»*, sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *«New York Times Co. v. Sullivan 376 US 254 (1964)»*.

[169] Las llamadas *«honest mistakes»: Salvador Coderch* (1987), 51.

[170] *Alcácer Guirao* (2020), 163 ss., en particular referencia al «discurso del odio», crítico con las limitaciones establecidas en la jurisprudencia constitucional.

bunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la protección de los símbolos políticos de la Nación —el Rey y la bandera nacional—. En efecto, este último tribunal viene señalando desde hace décadas que la libertad de expresión ampara no solo la exteriorización de ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, «sino también las que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población».[171] Por su parte, el Tribunal Constitucional ha denegado el amparo en casos de injurias al Rey y a la bandera nacional.[172]

120 Existe más acuerdo en excluir del perímetro del derecho a la libertad de expresión tanto las amenazas,[173] como las expresiones humillantes —aunque esto último se ha singularizado a propósito de las víctimas del terrorismo—.[174] Igualmente, existe una línea consolidada que excluye de la protección de la libertad de expresión el insulto y la humillación innecesarios dirigidos a las creencias religiosas.[175] En efecto, y de modo más general, la jurisprudencia constitucional ha excluido del ámbito de la libertad de expresión el discurso del odio, entendido como aquel que genera un riesgo de lesión del derecho a la igualdad y no discriminación para los integrantes de determinadas comunidades o quienes comparten determinadas identidades.[176] Ello ha despertado una polémica inacabable, en la que la mayoría de la doctrina se opone de modo muy beligerante a lo que entiende como limitaciones no sostenibles de la libertad de expresión. En realidad, un problema muy relevante es el de fijar dónde radica el referente de la noción de «riesgo» para dar lugar a una lesión del derecho a la igualdad y no discriminación.

121 Pues bien, a este respecto es preciso subrayar tres ideas. La primera (i), la insostenibilidad de las antropologías reduccionistas, para las que solo los bienes jurídicos materiales de la persona son dignos de protección, mientras que

---

[171] Ya desde la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Handyside c. Reino Unido).

[172] La STC 177/2015, de 22 de julio, denegó el amparo a quienes lo demandaban por la quema de una foto del Rey, lo que dio lugar a la condena a España en la STEDH de 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera c. España). Por su parte, la STC 190/2020, de 15 de diciembre, denegó el amparo a propósito de la manifestación —en un acto militar— de que había que prender fuego a la bandera nacional, lo que dio lugar a la condena de España en la STEDH de 8 de junio de 2023 (Fragoso Dacosta c. España). Críticos con la jurisprudencia española en esta materia, de modo general, los trabajos contenidos en *Queralt/ Cardenal*-eds.- (2021).

[173] Así, la STC 112/2016, de 20 de junio, señaló que «no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre».

[174] STS 623/2016, 13 de julio: «la libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación». Igualmente, la STEDH de 22 de junio de 2021 (Erkizia Armandoz c. España), aunque estimó la demanda contra la condena por apología del terrorismo.

[175] SSTC 235/2007, de 7 de noviembre; 120/2016, de 23 de junio; 197/2018, de 20 de diciembre; 93/2021, de 10 de marzo de 2021.

[176] Crítico, *Alcácer Guirao* (2020), 167 ss., con referencia al efecto de desaliento. En general, la doctrina es crítica: por ejemplo, de modo general, los trabajos contenidos en *Queralt/ Cardenal*-eds.- (2021).

los espirituales o no existen o, en todo caso, no se protegen. En efecto, en un contexto antropológico no reduccionista, las creencias religiosas no se pueden reducir a meros «sentimientos», como tiende a hacer la doctrina dominante alemana y española (*cfr. supra* capítulo 2/112). Por el contrario, forman parte de la identidad personal, en la que se integra la vinculación con lo sagrado como merecedor del máximo respeto —adoración—.[177] La segunda idea (ii) es que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión —como causa de justificación de conductas lesivas de bienes personales de terceros— debe respetar la vigencia del principio de subsidiariedad, tanto en su dimensión externa como interna. En concreto, la dimensión externa del principio de subsidiariedad establece que, si es posible ejercer el derecho de forma no penalmente típica, debe optarse por ella. Por su parte, la dimensión interna requiere que, si un contenido expresivo puede formularse de una forma menos lesiva de los bienes jurídicos penalmente protegidos de terceros, esta última debe ser la elegida. En definitiva, la doctrina clásica relativa a la exclusión del «insulto innecesario», a propósito de la relación entre la protección del honor y de la libertad de expresión, debe generalizarse para no amparar formas de expresión que resultan innecesariamente humillantes y vejatorias.[178] En fin, la tercera idea (iii) es que resulta preciso corregir el sesgo notable que muestra la evolución de la legislación en esta materia. En efecto, dicha evolución incentiva unas formas de expresión mientras que desincentiva otras, sin importarle el efecto de desaliento, mediante el hecho de subrayar una supuesta dimensión pseudo-coactiva latente en ellas. El ejemplo más notorio de ello es la pretensión generalizada en Europa de prohibir, por el ordenamiento administrativo o el penal —en función de los países—, las conductas consistentes en rezar —incluso de modo silencioso— en las proximidades de los centros en los que se practican abortos. De este modo surgen extraños «espacios libres de libertad de expresión».[179]

2.2.2.2. La libertad de cátedra

El art. 20. 1 CE —en sus apartados b) y c) — reconoce, respectivamente, los 122
derechos fundamentales «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», así como «a la libertad de cátedra». En efecto, la libertad de cátedra, tanto en el ámbito científico-experimental como en las disciplinas humanas, jurídicas y sociales, constituye un derecho fundamental —la libertad académica

---

[177] La *pietas* —la relación del ser humano con lo divino— es una virtud reconocida desde la antigüedad griega y romana. Ya Aristóteles la sitúa en la base de la amistad y de la política, entendidas como expresión de relaciones horizontales entre sujetos limitados, que no son ni animales ni dioses.

[178] STC 192/2020, de 17 de diciembre. Por el contrario, la STEDH de 13 de octubre de 2022 (Bouton c. Francia) consideró que el derecho a la libertad de expresión amparaba la conducta de una activista de la organización Femen. Esta se había manifestado en 2013, frente al altar de la Iglesia de la Madeleine, en París, en «*topless*», tatuada, con los brazos en cruz, luciendo una corona de espinas y el velo azul de la Virgen María, sosteniendo «dos pedazos de hígado de buey en las manos, símbolo del niño Jesús abortado».

[179] Así, el art. 172 quater CP español, introducido mediante la L. O. 4/2022, de 12 de abril.

esencial—. Sin ella no es concebible la institución universitaria, caracterizada por la libertad docente e investigadora. Sin embargo, es obvio que tales libertades están sometidas en todo Occidente a crecientes restricciones. Ciertamente, estas tienen lugar en primer lugar no de modo legal, sino fáctico —se manifiestan en la interrupción de actos, el boicot de libros y, no en último lugar, la autocensura por miedo—. Ahora bien, redundan en restricciones jurídicas, en la medida en que las autoridades administrativas —incluidas las universitarias— toleren esas restricciones fácticas, sin ejercer sus potestades sancionatorias ni iniciar acciones judiciales.[180] De este modo, se va imponiendo la «cultura de la cancelación»,[181] que ejerce una «dictadura de lo políticamente correcto» *o, mejor, de lo que un sector ideológico especialmente ruidoso considera correcto.* En el ámbito periodístico, el problema viene dado por la pretensión adicional de establecer una «metaverdad» —un criterio acerca del discurso correcto— en cuya virtud se determine cuáles son las noticias falsas[182] y cuáles, las verdaderas.[183] En este punto, el problema es que la falsedad suele asociarse con frecuencia a lo que señala el rival político o cultural con menos fuerza económica o de votos.

123 Por lo demás, existen limitaciones de la libertad de expresión académica que tienen naturaleza legal. Entre ellas se cuenta, ya desde la denominada «polémica de los historiadores»,[184] el llamado «negacionismo».[185] En su origen, este se limitaba al cuestionamiento de la realidad de la producción del holocausto judío por parte del régimen nacionalsocialista alemán. Ahora bien, abandonando la singularidad del genocidio y, en concreto, de la *shoah*, ello tiende a generalizarse en virtud de las leyes denominadas de «memoria histórica» —o de «memoria democrática»—. En efecto, estas pretenden atribuir una fuerza expresiva de la «verdad» a la versión de la historia que se prefiere, en detrimento de otras versiones. Con ello, se trata de imponer una memoria normativa —una versión obligatoria del pasado histórico-político—, blindándola frente a la investigación histórica y la expresión académica y política.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN, ASÍ COMO A LA HUELGA

124 El art. 21.1 CE reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, añadiendo que el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. Ahora

---

[180] En otro orden de cosas, las decisiones de fomento de la investigación mediante el otorgamiento de becas y la financiación de proyectos son otro ejemplo claro de censura.

[181] La «*cancel culture*» del movimiento «*woke*»: *Castellanos Claramunt* (2023).

[182] Las denominadas «*fake news*».

[183] Todo ello resulta demasiado similar al mundo dibujado por George Orwell en su relato «1984», como para perderlo de vista.

[184] Esta fue una discusión producida entre historiadores alemanes en los años ochenta del siglo pasado, en parte reproducida a principios de esta, a propósito del significado del nacionalsocialismo en la primera mitad del siglo XX.

[185] *Fronza* (2012); *la misma* (2018).

bien, en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará una comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes (art. 21.2 CE). A este respecto, los mayores problemas se producen cuando, más allá de posibles alteraciones del orden público, se producen contextos amenazantes para autoridades, funcionarios públicos o particulares concretos. En este punto, la jurisprudencia ha establecido algunos límites del ejercicio legítimo del derecho, sobre todo en relación con los denominados «escraches» *a personas con relevancia pública*, que han dado pie a una discusión doctrinal no resuelta.[186] A este respecto, parece que la cuestión decisiva es cómo separar las dimensiones pública-política y privada-familiar de la vida de las autoridades políticas, con el fin de proteger a esta última de los hostigamientos.

Por su parte, el art. 28.2 CE reconoce el derecho a la huelga. En este punto, **125**
más allá de las denominadas «huelgas salvajes», el objeto de debate constante ha sido la actuación de los denominados «piquetes informativos». En efecto, se ha discutido sobre el tratamiento de los casos en los que estos se exceden en sus funciones meramente informativas para ejercer violencia o intimidación sobre aquellos trabajadores que no quieren sumarse a la huelga, o bien para realizar otras conductas típicas. La jurisprudencia constitucional española había sentado límites relativamente claros sobre los límites del ejercicio legítimo del derecho constitucional de huelga.[187] Con todo, un sector doctrinal sostenía que la existencia de un tipo específico de coacciones de los piquetes de huelga producía un «efecto de desaliento» sobre el ejercicio del derecho fundamental.[188] Finalmente, este tipo específico fue derogado, de modo que la actuación de los piquetes queda sujeta a los criterios generales de las coacciones y las amenazas.[189]

VIII. LOS DERECHOS PROCESALES FUNDAMENTALES

1. GENERALIDADES

El proceso penal, dados sus posibles efectos —así como las limitaciones de **126**
derechos que entraña—, constituye un espacio en el que resulta especialmente intensa la injerencia del Estado en la vida de las personas. De ahí que, en cualquier Estado constitucional de Derecho, la garantía de los derechos procesales de los investigados y acusados ocupe un lugar fundamental. En primera instancia, la garantía del «proceso debido», que de algún modo resume a todos los demás y les sirve de fundamento. Con todo, este derecho experimenta algunas

---

[186] STS 161/2015, de 17 de marzo.

[187] Ya la STC 137/1997, de 21 de julio.

[188] De este conjunto de cuestiones se hizo eco la STC 104/2011, de 20 de junio, con sus votos particulares.

[189] La derogación del art. 315.3 CP español tuvo lugar en virtud de la L.O. 5/2021, de 22 de abril.

limitaciones como consecuencia del «derecho al proceso» —*ius ut procedatur*—, que tienen las presuntas víctimas y sus familiares. Ahora bien, como ya se indicó, este derecho no puede reinterpretarse en el sentido de un derecho al castigo.

2. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO

127 El derecho a no declarar contra uno mismo —a no autoinculparse: *nemo tenetur se ipsum accusare* o *se ipsum detegere*— constituye el núcleo de las garantías del debido proceso.[190] Como tal, comprende el derecho a guardar silencio, sin que nadie pueda ser obligado a prestar declaración de modo que exista un riesgo de autoinculpación. En cambio, no abarca un derecho a mentir. En efecto, el acusado no puede ser obligado a declarar en ningún sentido; ahora bien, si opta libremente por declarar, tiene el deber de decir la verdad.[191] Así pues, la mentira en la declaración del investigado o del acusado es una conducta antijurídica. Cuestión distinta es que no resulte penalmente típica, ni tampoco se sancione administrativamente, por razones de inexigibilidad. Por lo demás, según la jurisprudencia constitucional el derecho a no declarar contra uno mismo tampoco exime de ciertas formas de colaboración con las autoridades de la persecución penal. Así, por ejemplo, es compatible con el deber de tolerar la práctica de intervenciones corporales; igualmente con el deber de los conductores de vehículos de prestarse a llevar a cabo la prueba de alcoholemia. En este último caso, la negativa es constitutiva de un delito específico (art. 383 CP español).[192]

128 Se discute la medida en que el derecho a no declarar contra uno mismo adquiere una proyección extraprocesal penal. En concreto, es polémico su alcance en relación con los deberes de colaboración con las administraciones públicas, en el marco de los procedimientos de inspección tributaria, ambiental o de consumo, mediante la aportación de los documentos requeridos bajo la coerción pública ordinaria. Tradicionalmente, la jurisprudencia española había venido sosteniendo que el derecho a no declarar contra uno mismo rige solo en la fase procesal penal. Es decir, que no puede ser esgrimido para oponerse a la aportación de documentos en el ámbito de procedimientos administrativos, aun cuando se dé la posibilidad de que estos sean incorporados luego a un procedimiento penal. Sin embargo, una sucesión de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos modificó el panorama. En efecto, tales pronunciamientos sostuvieron que si los documentos previamente aportados en vía administrativa son utilizados posteriormente como fundamento de

---

[190] *Rösinger* (2019).

[191] Distintas, la STC 198/2006, de 3 de julio: el acusado «no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad»; y la STC 142/2009, de 15 de junio: «este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir». Sin embargo, se rechaza «que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir».

[192] Cuya tipificación fue reputada conforme a la Constitución: SSTC 161/1997, de 2 de octubre; 234/1997, de 18 de diciembre.

la condena en un procedimiento penal se produce una violación del derecho a no autoincriminarse (art. 6.1 CEDH).[193] Por su parte, el Tribunal Constitucional español asumió esta doctrina y, por tanto, consideró que el derecho a no autoinculparse se extiende a aquellas actuaciones previas al proceso penal que acaben teniendo influencia sobre éste.[194] En definitiva, si una persona aporta, bajo coerción, documentos en el marco del procedimiento administrativo de inspección y luego, ella misma, es condenada en un procedimiento penal con base en tales documentos, tiene lugar una vulneración del art. 24.2 CE. Esta conclusión es posible a pesar de que en las citadas sentencias dictadas se acabara por denegar el amparo, al no apreciarse la identidad de personas. En realidad, el ejercicio de este derecho podría actuar como causa de justificación de las infracciones administrativas que sancionan la falta de colaboración con las autoridades, cuando tal colaboración pudiera conducir a una posible imputación y eventual sanción penal posteriores. Ahora bien, en el marco de un procedimiento penal incoado con posterioridad a la entrega de los documentos, el efecto de la previa compulsión a la entrega de aquellos en vía administrativa es básicamente procesal. Es decir, no afecta a ninguno de los niveles sistemáticos de la teoría del delito, sino a la imposición de la pena. En efecto, puede redundar en la expulsión de la prueba representada por aquellos documentos del procedimiento penal, o bien en la articulación de un óbice o bloqueo procesal que impida la prosecución de este procedimiento (*cfr. infra* capítulo 27/114).

Un caso distinto es el de la comisión de delitos con el fin de no autoin- 129
culparse o de no verse expuesto a la persecución por la previa comisión de otros. Así, por ejemplo, el caso del ladrón en fuga que comete una omisión de socorro a una persona herida que se encuentra en su camino; o el del funcionario que, habiendo cometido una malversación, falsea un documento para ocultarla. La absolución en ambos casos había sido tradicionalmente acogida con diversa fundamentación —la inexigibilidad o la doctrina de los actos posteriores copenados (como forma de concurso real impropio), entre otros fundamentos—. Un supuesto muy debatido es el de la comisión de un delito de defraudación tributaria por la omisión de declarar rentas obtenidas en virtud de la realización de actividades ilícitas; por ejemplo, el cohecho. Al respecto, en efecto cabe discutir si la comisión de tal delito contra la Hacienda pública se halla amparada por el ejercicio del derecho a no declarar contra uno mismo, o se halla disculpada por inexigibilidad de la conducta conforme a derecho o, en fin, no es punible porque representa la realización de un acto posterior copenado. Con todo, el Tribunal Supremo español no ha acogido ninguna de estas construcciones, sino que ha optado por un camino intermedio, que le permite efectuar ponderaciones y sentar excepciones. Con ello

[193] SSTEDH de 17 de diciembre de 1996 (Saunders c. Reino Unido); 3 de mayo de 2001 (J.B. c. Suiza); 21 de abril de 2009 (Martinnen c. Finlandia).

[194] SSTC 18/2005, de 1 de febrero; 68/2006, de 13 de marzo.

pretende evitar una doble sanción, al tiempo que neutraliza la posibilidad de que ambos delitos queden impunes.[195] A lo anterior subyace el problema del denominado «autoencubrimiento» (*cfr. infra* capítulo 26/96).

3. EL DERECHO PROCESAL DE DEFENSA

130 El derecho de defensa puede actuar como causa de justificación de la realización de conductas típicas. Así, por ejemplo, cabría pensar intuitivamente que el abogado que defiende a un culpable a sabiendas de que lo es, le está encubriendo. Sin embargo, lo cierto es que actúa en ejercicio del derecho de defensa de su cliente, lo cual no obsta a que existan límites. Estos, en su caso, pueden dar lugar incluso a que el abogado sea condenado por un delito de acusación y denuncia falsa, por mucho que ello haya tenido lugar por indicación de su cliente.[196] El deber de secreto profesional y el derecho a la percepción de honorarios constituyen otros elementos integrantes de la posición jurídica del abogado, que ya se han comentado en otros lugares de este capítulo y en capítulos anteriores (*cfr. supra* capítulo 10/127). La plena inteligibilidad de esta posición jurídica peculiar se alcanza si se piensa que el abogado no sólo se debe a su cliente, sino que también tiene deberes de colaboración con la administración de justicia, derivados de las nociones de buena fe (sustantiva y procesal) y de orientación de su profesión al bien común. Una cuestión adicional es la que suscitan las manifestaciones intensamente críticas contenidas en escritos forenses. En este punto ha tenido lugar un notable cambio en la jurisprudencia constitucional. Así, en los primeros años noventa del siglo XX se dictaron sentencias restrictivas, mientras que en el presente siglo cabe advertir un reconocimiento más expansivo de su legitimidad. El criterio rector es que la libertad de expresión del abogado, por su conexión con el derecho de defensa de su cliente, adquiere una especial intensidad. Esta es máxima cuando las expresiones litigiosas se integran en el contexto de la impugnación de una resolución judicial, vinculándose a la crítica de legalidad que de ésta se hace. En efecto, en tal caso se admite la mayor beligerancia en las valoraciones, sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria.[197]

4. LA DISPENSA DE DECLARAR CONTRA LOS PARIENTES

131 La legislación procesal española (arts. 176 y 420 LECrim), al igual que la de la mayoría de los países, establece la obligación de los testigos de un

---

[195] Por ejemplo, STS 906/2009, de 23 de septiembre.

[196] STS 1193/2010, de 24 de febrero de 2011. Por su parte, la STS 62/2013, de 29 de enero estableció que el derecho de defensa tiene límites y condenó al acusado por un delito contra la integridad moral de los familiares de la víctima («caso Marta del Castillo»), con base en sus continuas mentiras sobre el paradero del cadáver.

[197] SSTC 235/2002, de 9 de diciembre; 65/2004, de 19 de abril; 232/2005, de 26 de septiembre; STS 73/2024, de 25 de enero.

hecho delictivo de comparecer ante el órgano judicial competente y declarar sobre aquel. En principio, estas disposiciones tienen el carácter de una norma administrativa de autotutela del proceso. Sin embargo, la reiteración del incumplimiento de aquella obligación da lugar a la realización del tipo de delito del art. 463.1, inciso segundo, CP español —obstrucción a la justicia—. Ahora bien, los testigos parientes gozan de una «dispensa de declarar» en procedimientos penales (arts. 416 y 418 LECrim). No es infrecuente que esta dispensa se caracterice como un derecho del testigo; pese a ello, tampoco existen demasiadas dudas acerca de que su fundamento se halla en consideraciones de inexigibilidad. Esta aparente divergencia puede explicarse del siguiente modo. En primer lugar, ciertamente todo testigo se halla vinculado por un «deber de colaboración» con la administración de justicia. No obstante, en el caso de los parientes los contornos de ese deber se reconfiguran atendiendo a razones de exigibilidad y de protección de la familia.[198] Así pues, no es que la conducta resulte justificada, sino que la declaración hipotéticamente lesiva para los familiares queda fuera de la posición de garante, en un espacio de libertad.[199] En puridad, se hace primar el deber relativo a la institución familiar frente al deber que el testigo ostenta con respecto a la institución de la administración de Justicia.

IX. LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL DERECHO PÚBLICO ORDINARIO

1. LOS SUPUESTOS DE EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES

1.1. La detención llevada a cabo por particulares

El Derecho público impone a los particulares el deber jurídico-penal de 132
impedir delitos especialmente graves (art. 450 CP español) y el deber jurídico-procesal de denunciar de modo general los delitos ya cometidos (art. 259 LECrim). Ahora bien, también les confiere determinados derechos. Esto último tiene lugar atribuyéndoles la posibilidad de ejercer funciones públicas. El más consolidado de tales derechos —mejor, potestades— es el de detener a sujetos fugados, tanto si ya han sido condenados como si todavía no lo han sido, así como a delincuentes *in fraganti*.[200] A este respecto, en la legislación española puede advertirse la existencia de dos estructuras de justificación

---

[198] STS 389/2020, de 10 de julio.

[199] Con todo, *Villamarín López*, InDret 4/2012, 1 ss.; por su parte, la STS 658/2021, de 3 de septiembre, lo describe como un derecho del testigo derivado del art. 24 CE.

[200] En la legislación española los supuestos se describen en el art. 490 LECrim: «Cualquier persona puede detener: 1. Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2. Al delincuente in fraganti. 3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.

diversas. La primera es una causa de justificación de estructura convencional, que se halla regulada en el art. 490 LECrim. En efecto, en esta rigen tanto la perspectiva *ex ante*—intersubjetiva y subjetiva— como la perspectiva *ex post*, en los términos en que estas han sido expuestas. Ahora bien, junto a ella se da otra estructura de justificación, en el art. 491 LECrim. En esta última el legislador adopta las perspectivas subjetiva e intersubjetiva *ex ante* como criterios rectores de la justificación; en cambio, la perspectiva *ex post* resulta irrelevante. En efecto, se exige al sujeto «haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido» en algunas de las situaciones en las que cualquier persona puede detener.[201] Ahora bien, el elemento subjetivo de justificación no tiene aquí un contenido sólo cognitivo, sino también volitivo-motivacional (*cfr. supra* capítulo 18/119).[202] En concreto, la conducta debe llevarse a cabo con la intención de poner al detenido a disposición judicial.[203]

1.2. La protección de los informantes

133 Como ya se ha indicado, en los últimos años se ha configurado un nuevo «derecho» relativo a la información de actividades ilícitas. Este tiene como contenido la defensa del bien común por parte de los integrantes de las administraciones públicas y de las empresas, mediante la revelación de conductas ilícitas llevadas a cabo en el interior de aquellas. En efecto, tal revelación de actividades ilícitas podría dar lugar a la realización de los tipos de delito de descubrimiento y revelación de secretos empresariales, entre otros. Pues bien, en estos casos la legislación especial ha conformado el contenido de un supuesto más de justificación por ejercicio legítimo de un derecho. En el caso español, ello tuvo lugar, en primer lugar, mediante la legislación de protección del secreto de empresa. En efecto, las disposiciones de esta justifican la conducta de quien incurre en un descubrimiento o revelación de secreto empresarial «con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa» con dicho secreto.[204] Posteriormente, la legislación de protección de informantes, producto de la trasposición de una directiva de la Unión Europea, amplió el marco de tal situación justificante.[205] Con todo, los términos de esta última,

---

Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía».

[201] Art. 491 LECrim: «El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior».

[202] Sobre este, *Martínez-Buján*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 280 ss., subrayando la exigencia de un elemento subjetivo consistente en la «intención de entregarlo a la autoridad».

[203] En un plazo de veinticuatro horas (art. 496 LECrim).

[204] En el ordenamiento legal español, el art. 2.3. de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de protección del secreto de empresa, comprende este, entre otros supuestos.

[205] Críticos, *Rönnau*, FS Merkel, I, 2020, 909 ss.; *Leite*, GA 2021, 129 ss.

aparentemente contradictorios (art. 38 de la Ley 2/2023), van a requerir una aclaración jurisprudencial, tras el correspondiente debate doctrinal. En efecto, si lo previsto en ella es que las conductas de los informantes que menciona son lícitas de modo general, no es posible sostener que no impiden las responsabilidades penales. Desde luego, las conductas conformes a Derecho no pueden ser punibles. Así, una posible interpretación de los incisos que excluyen las conductas delictivas del ámbito de la cláusula general es que su alcance se pretenda circunscribir a hipotéticas conductas instrumentales de robo, hurto, coacciones o amenazas, tendentes a obtener la información. Es decir, conductas trascendentes a la posesión de la información —eventualmente comprensiva de un secreto de empresa— y su divulgación. [206] Sin embargo, ni siquiera esto resulta claro.

En estas eximentes es posible advertir de nuevo la concurrencia de la estructura dogmática de la causa de justificación mutilada de dos actos. Es decir, la perspectiva decisiva es la subjetiva *ex ante*, con independencia de que se le exijan 134

[206] Así, el art. 38.1. de la Ley 2/2023, de 20 de febrero: «No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.3. Esta medida no afectará a las responsabilidades de carácter penal.

Lo previsto en el párrafo anterior se extiende a la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada. Todo ello sin perjuicio de las normas específicas de protección aplicables conforme a la normativa laboral.

2. Los informantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito.

3. Cualquier otra posible responsabilidad de los informantes derivada de actos u omisiones que no estén relacionados con la comunicación o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción en virtud de esta ley será exigible conforme a la normativa aplicable.

4. En los procedimientos ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad relativos a los perjuicios sufridos por los informantes, una vez que el informante haya demostrado razonablemente que ha comunicado o ha hecho una revelación pública de conformidad con esta ley y que ha sufrido un perjuicio, se presumirá que el perjuicio se produjo como represalia por informar o por hacer una revelación pública. En tales casos, corresponderá a la persona que haya tomado la medida perjudicial probar que esa medida se basó en motivos debidamente justificados no vinculados a la comunicación o revelación pública.

5. En los procesos judiciales, incluidos los relativos a difamación, violación de derechos de autor, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos, revelación de secretos empresariales, o a solicitudes de indemnización basadas en el derecho laboral o estatutario, las personas a que se refiere el artículo 3 de esta ley no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo como consecuencia de comunicaciones o de revelaciones públicas protegidas por la misma. Dichas personas tendrán derecho a alegar en su descargo y en el marco de los referidos procesos judiciales, el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de esta ley».

ciertos requisitos de intersubjetividad. En España, la Ley 2/2023 lo formula aludiendo a que es preciso que el sujeto activo tenga «motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción». Por lo tanto, la eximente de ejercicio del derecho de los informantes es una causa de justificación que comprende supuestos de suposiciones erróneas intersubjetivamente invencibles, pero también subjetivamente invencibles. Cuestiones polémicas adicionales son las relativas a la fijación del alcance concreto de la causa de justificación en virtud de las exigencias de los principios de necesidad, subsidiariedad externa e interna, y proporcionalidad.[207]

2. LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS

2.1. Planteamiento

135 Las autorizaciones judiciales para realizar determinadas conductas que afectan a bienes jurídicos intrínsecos de terceros dan lugar, como ya se ha anticipado, a que quien las realice obre de forma justificada. Esto último se concreta en la habilitación para que el sujeto activo pueda cumplir con el deber propio de su función o de su profesión cuando la persona afectada se opone a ello o carece de capacidad para consentirlo. Por su parte, el otorgamiento de actos administrativos de autorización —permisos y licencias—, dictados de conformidad con las disposiciones generales que regulen el ámbito correspondiente, conduce en general a la exclusión de la tipicidad de la conducta correspondiente. Esto último es así porque, en general, tales actos no amparan la afectación de bienes intrínsecos de las personas, sino la realización de conductas abstractamente peligrosas o que afectan a bienes jurídicos colectivos. No obstante, existen supuestos en los que la autorización —incluso la orden— administrativa solo puede dar lugar a la exclusión procedimental de la antijuridicidad, pues avala la lesión de bienes jurídicos intrínsecos o de otros bienes cuya afectación solo es muy excepcionalmente admitida.[208]

2.2. La autorización judicial como equivalente funcional del consentimiento

136 La autorización judicial previa a la realización de una determinada conducta por un particular constituye un equivalente funcional del consentimiento del sujeto afectado por dicha conducta. Así pues, habilita subsidiariamente al sujeto activo para cumplir su deber profesional cuando el sujeto pasivo se opone a ello o su consentimiento no se puede recabar. En particular, la autorización judicial —con las características mencionadas— desempeña un papel impor-

---

[207] STEDH de 12 febrero de 2008 (Guja c. Moldavia); STEDH de 14 de febrero de 2023 (Halet c. Luxemburgo). Al respecto, *Goena Vives*, InDret 3/2021, 313 ss.

[208] Otras distinciones entre autorizaciones determinantes de la atipicidad y de la justificación en *Roxin* (1995), 225 ss.

tante en el ámbito médico-sanitario, para la legitimación de determinados tratamientos a menores y, en general, a personas en situación de incapacidad de prestar el consentimiento. Entre otros ejemplos, la autorización judicial ampara la realización de determinados tratamientos médicos coactivos;[209] los ingresos hospitalarios coactivos de personas con trastornos alimentarios, o en riesgo de suicidio; la vacunación coactiva de personas que padecen enfermedades neurológicas degenerativas; etcétera. Sin embargo, no se ciñe a ese ámbito. Así, por ejemplo, también opera en el caso del ingreso de menores de catorce años con problemas de conducta en los centros de protección específicos.[210] Como cabe inferir de todo lo expuesto, la autorización no necesariamente deriva de que el órgano judicial estime que la persona afectada habría consentido la intervención. En algunos casos, es obvio que esta se opone, de modo que la autorización opera como mecanismo de resolución de la colisión entre el deber *prima facie* de respetar su voluntad actual y el deber de proteger otros bienes, entre ellos, la propia vida o integridad física de aquella. Así pues, el criterio rector sería más bien una voluntad hipotética de la persona, si esta se hallara en condiciones de normalidad. Sin embargo, dada la incertidumbre que puede rodear la determinación de tal voluntad hipotética, no es infrecuente que lo autorizado responda a un criterio objetivo de razonabilidad jurídica.

2.3. La actividad administrativa de autorización

2.3.1. Generalidades

La autorización administrativa de una actividad —un permiso administrativo fuerte— puede tener los efectos de un permiso jurídico-penal débil o fuerte; es decir, respectivamente, de una causa de exclusión de la tipicidad o de justificación. Ahora bien, ello no es posible en relación con afectaciones a bienes jurídicos intrínsecos, constitutivas de *mala in se* nucleares. Así pues, el efecto de exclusión de la tipicidad tiene lugar en el contexto de tipos correspondientes a los delitos *mala in se* periféricos o constitutivos de *mala quia prohibita*.[211] Ello sucede de la mano de estructuras típicas con elementos normativos de valoración jurídica o, más claramente aún, que recurren a la ley penal en blanco en términos de accesoriedad directa o indirecta de acto administrativo. En casos así, la autorización administrativa explicita las condiciones de realización de la conducta en riesgo permitido (*cfr. supra* capítulo 10/85). Sin embargo, procede insistir en que tales autorizaciones no pueden amparar la puesta en peligro concreto de bienes jurídicos intrínsecos, ni de modo doloso ni imprudente.[212] Con todo, ciertamente cabe que provoquen un error acerca de la

137

[209] El ejemplo reiterado habían sido las transfusiones coactivas de sangre a menores pertenecientes a la confesión de los Testigos de Jehová.

[210] Así, el art. 778 bis LEC española.

[211] *I. de la Mata Barranco/N. de la Mata Barranco*, LH Bacigalupo, I, 2004, 483 ss.

[212] Distinto, *Contreras Chaimovich*, PolítCrim 28 (2019), 411 ss.

concurrencia de un riesgo permitido, que excluya la imprudencia personal del sujeto autorizado.

138 La segunda vía a través de la cual las autorizaciones administrativas pueden producir efectos jurídico-penales sobre la conducta de los particulares es la de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. Ahora bien, es preciso que la autorización sea conforme con las disposiciones generales. En efecto, si no lo es, resulta nula de pleno derecho, lo que invalida su carácter excluyente de la tipicidad o de la antijuridicidad. Con todo, la obtención de una autorización administrativa, aunque esta sea nula, puede ser fuente de un error invencible de tipo; en algunos casos, incluso intersubjetivamente invencible. A este respecto, debe tenerse presente la presunción de legalidad de los actos administrativos, que constituyen el vehículo fundamental a través del que los administrados acceden al Derecho.[213] Un caso distinto es aquel en el que la autorización, por haber incurrido en defectos de forma, simplemente resulta anulable. Cuando no se trata de una autorización, sino de una orden administrativa, la conducta debe reputarse en su caso justificada por el cumplimiento de un deber. Como puede advertirse, el particular a quien la autoridad dirige una orden que implica la realización de un tipo de delito se encuentra en una situación de colisión de deberes. En efecto, esta tiene lugar entre el deber *prima facie* de obediencia (art. 556 CP español) y el deber *prima facie* que deriva de la norma de conducta subyacente al tipo del delito correspondiente.

2.3.2. La autorización administrativa real e hipotética

139 La expresión legal «sin autorización», que de modo no infrecuente se halla en la descripción de tipos de delito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos,[214] puede designar supuestos de hecho diversos. Por un lado, (i) el de una conducta que se realiza, pese a haberse denegado la autorización administrativa que se había solicitado. A su vez, esta situación muestra dos variantes, a saber: (a) la de denegación de la autorización solicitada, de conformidad con lo dispuesto en disposiciones generales; y (b) la de denegación de dicha autorización, en contra de lo establecido en disposiciones generales (el caso de las conductas no autorizadas, pero autorizables).[215] Por otro lado, (ii) el de una conducta que se realiza sin haber solicitado siquiera la preceptiva autorización. También en este supuesto existen dos variantes, que son: (a) aquella en la que, si se hubiera solicitado la autorización, esta se habría concedido

---

[213] El art. 39.1, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

[214] En España, por ejemplo, el art. 2 de la L. O. 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

[215] *Gómez Rivero* (2000); *I. de la Mata Barranco / N.J. de la Mata Barranco*, LH Bacigalupo, I, 2004, 483 ss.

o en todo caso, habría debido concederse —el supuesto de la autorización hipotética—;[216] y (b) aquella en la que la autorización, de haber sido solicitada, no se habría concedido. En la legislación penal española lo común es que los tipos de delito contengan las expresiones «sin la debida autorización» o «no autorizable». En ellos lo determinante no es si el sujeto posee autorización o no, sino que esta pueda otorgarse en virtud de disposiciones generales o bien que, habiendo sido otorgada, sea conforme con tales disposiciones (arts. 264 ter, 275, 319, 335, 336, 337.4, 359 CP español, entre otros).

2.3.3. La tolerancia administrativa

La tolerancia administrativa no produce ningún efecto sobre el alcance de **140**
la norma de conducta. En concreto, no tiene un carácter justificante (*cfr. supra* capítulo 10/115). Por el contrario, se mueve en el ámbito de la norma de sanción y, en todo caso, conviene advertir que su incidencia puede ser estadísticamente frecuente, dado que la actuación administrativa —incluida la sancionadora— se rige por el principio de oportunidad. Una cuestión distinta es que determinadas formas de tolerancia administrativa —por ejemplo, la conducta de dejar de promover la persecución de los delincuentes— constituyan en sí mismas un delito de prevaricación (art. 408 CP español). En fin, no puede descartarse la concurrencia de una situación en la que la tolerancia pueda conducir al sujeto administrado a representarse erróneamente que aquello que realiza es lícito (art. 14 CP español).

3. EL DERECHO DEL EMPLEADOR A CONTROLAR LA INTIMIDAD DE SUS TRABAJADORES

El derecho del empleador a controlar los elementos productivos de su titu- **141**
laridad puestos a disposición del trabajador se había sostenido con base en los arts. 18 y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, la ley laboral básica.[217] El primero de ellos permite al empresario la realización de registros corporales y de efectos personales del trabajo, en caso de indicio de la comisión de una infracción contra el patrimonio de la empresa o sus integrantes. Por su parte, el segundo se refiere al deber del trabajador de desarrollar correctamente su actividad y al derecho de la empresa a controlar que ello sucede. Con todo, en la última década el problema fundamental ha venido dado por la justificación de la injerencia del empleador en el correo electrónico corporativo puesto a disposición del trabajador. En efecto, tal injerencia afecta al derecho fundamental a la intimidad del trabajador. En la legislación española, la disposición básica en este punto viene dada por el art. 87.2 y 3. de L.O. 3/2018.[218]

---

[216] *Dreher* (2003), 141 ss.; *Mitsch*, FS Achenbach, 2011, 299 ss.

[217] R. D. L. 2/2015, de 23 de octubre, con sus sucesivas actualizaciones.

[218] El art. 87.2 L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales señala que «el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de

Sin embargo, más allá de los presupuestos mencionados en este precepto, es preciso contar con el requisito adicional del consentimiento del trabajador. Ahora bien, en este punto procede distinguir entre el consentimiento directamente excluyente de la tipicidad, que debe ser actual, expreso y concreto, y el consentimiento entendido como requisito integrante de los presupuestos de la justificación por ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7.° CP). En efecto, en este último caso debe reputarse suficiente un consentimiento expreso emitido con anterioridad de modo genérico (consentimiento anticipado). De modo ordinario, ello tiene lugar mediante la inserción de una cláusula que manifieste dicho consentimiento en el contrato de trabajo, que deberá ser firmada por el trabajador.

X. LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL DERECHO PRIVADO

1. EL EJERCICIO DE DERECHOS DE NATURALEZA ECONÓMICA

142 Existen disposiciones legales en cuya virtud la conducta de un deudor no es típica o, en todo caso, resulta justificada, aunque genere o incremente el riesgo de que un acreedor no haga efectivo su crédito. Así, por ejemplo, la conducta de favorecimiento de un acreedor en perjuicio de otros, incluso preferentes, siempre que esta tenga alguna razón de ser relevante. En efecto, antes del inicio del procedimiento concursal, la vulneración de las preferencias de créditos no es penalmente relevante si es posible sostener que la conducta del deudor tuvo una «justificación económica o empresarial».[219]

2. EL DERECHO A REALIZAR EXTRAJUDICIALMENTE EL PROPIO DERECHO

2.1. Los derechos de retención y de compensación

143 Un acreedor que posee un bien mueble puede retenerlo, en lugar de entregárselo a su propietario, cuando este último, a su vez, le adeuda un importe equivalente al del referido bien o uno mayor (art. 253 CP español). En efecto, dado que la cosa se retiene en prenda y no con ánimo de apropiación, se exclu-

---

controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos». A ello añade el art. 87.3 que «los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores». Por lo demás, indica que «el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado».

[219] Así, el art. 260 CP español.

ye la propia tipicidad del delito de apropiación indebida. Con todo, los límites inherentes a este derecho son los contemplados en las propias disposiciones legales reguladoras de la retención por parte de depositarios, mandatarios, comisionistas, usufructuarios, etcétera. Ahora bien, adicionalmente, el acreedor, para justificar una conducta de apropiación, puede esgrimir el derecho de compensación. En efecto, la existencia de un crédito real, líquido y vencible del sujeto activo frente al sujeto pasivo de una apropiación permite justificar la realización de esta última.[220]

2.2. El recurso a la autotutela

Más allá del derecho de retención y compensación, se discute la existencia 144
de un derecho —o libertad—[221] de ejecutar —«realizar»— el contenido del propio derecho, básicamente, el derecho patrimonial de crédito. Pues bien, este «ejercicio del derecho a la autotutela» tiene su límite en la utilización de violencia, intimidación o fuerza en las cosas. En efecto, la concurrencia de uno de estos tres elementos determina la comisión del delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP español).[222] Ciertamente el recurso a las vías de hecho es distinto de la legítima defensa, dado que no requiere una agresión antijurídica, sino que para su ejercicio basta simplemente con un incumplimiento contractual. Además, el art. 455 CP español tipifica la conducta de quien, «actuando fuera de las vías legales, ejerce su derecho mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas». Desde luego, la legítima defensa es una vía «legal». Por tanto, el artículo se refiere a casos de autotutela frente a incumplimientos de obligaciones que no pueden reputarse agresiones ilegítimas. Esto último no es extraño en la práctica, sobre todo ante formas de morosidad recalcitrante. En esta materia, lo decisivo es determinar si la conducta alcanza a conformar un supuesto de violencia, intimidación o fuerza en las cosas sobre un deudor. En particular, con respecto a estas formas de realización extrajudicial del crédito moroso, se plantea la existencia de formas de violencia o de intimidación insignificantes o socialmente adecuadas. En este contexto cabe situar fenómenos que en su día tuvieron gran resonancia en España, como el del «cobrador del frac».[223] En cambio, el fenómeno

---

[220] Art. 1195 CC español: «Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra». La Sala Penal del tribunal Supremo limita su efecto justificante a los casos en los que esté prevista expresamente en la legislación civil.

[221] La diferencia radica en que el derecho comporta un deber de soportar por parte de terceros (incluidos los agentes del Estado), mientras que la libertad no lo implica.

[222] «1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses». El modelo español debe distinguirse del modelo alemán del derecho de autotutela privada (§ 229 del Código civil alemán). En efecto, este va más allá, pues admite una violencia para la protección de derechos personales mediante el recurso a una autotutela cautelar, subsidiaria a la posibilidad de recurrir a las autoridades. Así, *Robles Planas* (2018), 185 ss., 188. Sobre las formas de autotutela reguladas en el CC español, *Coca Vila* (2016), 84-85 n. 30.

[223] *Cobo/Sánchez Vera* (2002).

«desokupa», todavía actual, es distinto. Por un lado, porque la ocupación de viviendas puede reputarse, en algunos casos, una agresión ilegítima; por otro, porque comporta formas de violencia.

145 En el marco de la regulación del Código penal español resulta debatida la cuestión de cuál es la naturaleza de la expresión «para realizar un derecho propio». En efecto, esta podría constituir un «elemento subjetivo del tipo», determinante de la distinción entre la realización arbitraria del propio derecho y otros delitos, como, por ejemplo, el hurto o la estafa. Sin embargo, también podría ser entendida como expresiva de la conformación de una causa de justificación de ejercicio de un derecho construida desde una perspectiva subjetiva *ex ante*, con un elemento cognitivo y, asimismo, uno volitivo o tendencial. Si se acogiera este segundo punto de vista, habría que concluir que en todos estos casos se realizan los tipos de los delitos patrimoniales, aunque justificadamente siempre que no concurra violencia, intimidación o fuerza. Entonces, la pena atenuada del delito de realización arbitraria —en el que se recurre a dichos medios comisivos— con respecto a los delitos patrimoniales, expresaría que el sujeto ha incurrido en un exceso en la causa de justificación de autotutela. Frente a ello, la opción de que se trate de una causa de justificación ordinaria, en la que sea también relevante la perspectiva *ex post*, no se atiene a la redacción legal.[224]

146 En esta tesitura, lo más sencillo es entender que tal expresión se refiere a un elemento subjetivo-significativo del tipo. Así, su presencia determina que, habiendo violencia, intimidación o fuerza, se cometa solo el tipo de la realización arbitraria del propio derecho y no los delitos patrimoniales correspondientes. Igualmente, en el caso de ausencia de esos medios comisivos, su presencia determina que no concurra ni hurto, ni estafa, de modo que la conducta sea atípica. Ciertamente, ello tiene consecuencias en materia de sobreseimiento, de cargas probatorias y de apreciación de responsabilidad civil en el proceso penal.[225] Por lo demás, el delito del art. 455 CP español es un delito especial del que puede ser *intraneus* una persona física o una persona jurídica —la única que puede ejercer «su» derecho—. Ahora bien, a su vez, tanto una como otra pueden delegar su ejercicio en un tercero. En el caso de la legislación española, el ejercicio de la autotutela en nombre de otro debe canalizarse a través del art. 31 CP, que contiene una cláusula de actuar en lugar de otro (*cfr. supra* capítulo 17/20). A su vez, el sujeto actuante en nombre de otro, al ejercer el derecho de este último: (i) puede obrar dentro de las vías legales (lícitamente); (ii) fuera de las vías legales, pero de modo no arbitrario (atípicamente); o (iii), de modo arbitrario (realizando el tipo del art. 455 CP español).

---

[224] *Bajo Fernández* (1976); *de la Mata Barranco* (1995); *Gili Pascual*, RDP 29 (2010), 59 ss.

[225] Sobre la trascendencia en términos probatorios y de responsabilidad civil de la opción por lo uno y por lo otro, STS 277/2014, de 7 abril. Al respecto, *Ragués i Vallès*, LH Bajo Fernández, 2016, 451 ss.

XI. EN EL LÍMITE DE LOS DERECHOS POLÍTICOS: LA PROTESTA, LA DESOBEDIENCIA CIVIL, LA RESISTENCIA, EL TIRANICIDIO, LA GUERRA JUSTA

1. GENERALIDADES

147 El art. 23.1 CE señala que «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Ahora bien, en las últimas décadas se ha hecho hincapié en la participación directa como forma específica de intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos de una democracia deliberativa. Más allá de ello, en situaciones de crisis más o menos graves de la comunidad política, emergen derechos que, de uno u otro modo, son pre-políticos o, en todo caso, carecen de reconocimiento político-institucional. En esa escala ascendente se sitúan la desobediencia civil, la desobediencia incívica y la resistencia, con respecto a las que se discute incluso su naturaleza de derechos *prima facie*. Todavía más allá cabe ubicar los supuestos del tiranicidio y de la guerra justa.

2. LA DISCUSIÓN SOBRE EL HIPOTÉTICO DERECHO DE PROTESTA

2.1. Generalidades

148 En el contexto mencionado, ha emergido un hipotético «derecho» de protesta —que está adquiriendo relevancia mundial sobre todo de la mano de los activistas climáticos—.[226] Desde luego, este se diferencia sustancialmente de los derechos de libre expresión, reunión y manifestación. En efecto, en estos últimos se trata de derechos que entran en conflicto fundamentalmente con el honor o la intimidad. En cambio, en el ejercicio del supuesto derecho de protesta se trata de conductas —no autorizadas e incluso prohibidas— de producción daños en propiedad pública o privada; de ocupación de vías o de edificios públicos; y, asimismo, de fábricas, granjas u otros establecimientos privados. Tales hechos dañan la propiedad o restringen la libertad de otros —conductores, paseantes, usuarios, propietarios—, lo que en realidad es pretendido por los protestantes, que persiguen que aquellos experimenten algún género de empatía forzada con el conflicto que se halla en la base de la protesta. Los defensores de la configuración de un derecho —*prima facie*— de protesta lo definen como una forma alternativa de discusión pública, esto es, de participación política, que practican los excluidos del sistema político-institucional. Ahora bien, el problema fundamental radica en que los afectados por el ejercicio del supuesto derecho de protesta son particulares, que ven limitados sus derechos fundamentales, o, en todo caso, otros derechos subjetivos. Además, el alcance del derecho de protesta tampoco puede comprender

---

[226] Así, el grupo *«Letzte Generation»* en Alemania. El debate sobre la valoración jurídica de sus actividades en *Coca Vila,* Res Publica (2023), 1 ss.; o *Bönneman* -Hrsg.- (2023).

la paralización de instalaciones —fábricas, granjas— que cumplen las condiciones del riesgo permitido, y se hallan autorizadas de conformidad con el Derecho administrativo.

2.2. Las posibilidades para su tratamiento jurídico

149 El ejercicio del derecho de protesta puede afrontarse de dos modos. Una posibilidad es rechazar su existencia ya como derecho *prima facie*. En tal caso debería partirse de que las conductas en las que se concreta constituyen delitos de daños, allanamiento de morada o coacciones no justificados. Sin embargo, habría que admitir que, en el plano fáctico, el Estado no reacciona del modo correspondiente. En efecto, la policía no (siempre) detiene a los sujetos que protestan, dando lugar a los correspondientes procesos penales. Esto significa que la protesta se mueve en un amplio margen de tolerancia estatal. Alternativamente, cabe la posibilidad de aceptar la existencia de un derecho *prima facie* de protesta, con los límites que se establezcan. Es decir, entender que esa paradójica «violencia pacífica» se halla justificada y debe ser tolerada por conductores, paseantes, usuarios y propietarios. Sin embargo, ello supone admitir la posible licitud de la canalización del conflicto social por cauces alternativos al parlamentario. Sea como fuere, esta forma de protesta parece tanto más difícil de aceptar cuanto más se advierta que en una comunidad política dada existen sobrados cauces institucionalizados de protesta. Por lo tanto, el principio de «primacía de los procedimientos institucionalizados» tiene que regir también aquí.[227] Más allá de la justificación, es preciso explorar la posibilidad de que algunos de estos casos puedan quedar exentos de una prohibición bajo pena.[228] De no ser así, habría que ubicar el problema en el marco de la tolerancia administrativa, de la tolerancia policial o de la aplicación del principio sustantivo o procesal de oportunidad.

3. LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA RESISTENCIA

150 Se afirma que la protesta y la «desobediencia civil» se distinguen en que la primera muestra una naturaleza genérica, mientras que la segunda tiene por objeto una disposición legal concreta. Según esto, la desobediencia civil sería una forma concreta de protesta. Sea como fuere, una primera característica de los actos de desobediencia civil es que parten del reconocimiento y aceptación de los principios de la Constitución política del Estado del que se trate, de modo que no tienen una naturaleza «antisistema». Más bien, pretenden poner de relieve que el poder legislativo o el ejecutivo se han alejado de aquellas premisas.[229] De este modo, conducen a dirigir un reproche al modo de gestionar la mayoría política, que ha dado lugar a la ley o disposición

[227] *Coca-Vila*, Res Publica (2023), 8 ss.

[228] *Silva Sánchez*, InDret 2/2021, 1; *Fernández Perales*, InDret 4/2021, 484 ss.

[229] *Brown*, U. Toronto L. J. 70 (2020), 84 ss.

administrativa protestada.[230] Como se advierte, la motivación de la desobediencia es política, aunque con frecuencia los sujetos desobedientes apelan también a su conciencia. Sentado lo anterior, la desobediencia civil puede ser directa o indirecta. En la primera variante consiste en el incumplimiento sin más de la disposición protestada; en la segunda, en cambio, se infringe una disposición para protestar por otra. Sea cual sea su modalidad, las conductas de desobediencia civil —que no tienen por qué ser penalmente típicas—,[231] se caracterizan por llevarse a cabo de un modo público y no especialmente violento —más allá de las afectaciones a la libertad ambulatoria ajena—.

Se discute si la desobediencia civil —incluso la incívica— puede tener una **151**
virtualidad justificante, en la medida en que constituye una forma de protesta, esto es, de participación política al margen de las instituciones.[232] Desde luego, si las instituciones garantizan plenamente la participación política, no cabe admitir un efecto justificante a la finalidad subjetiva del agente de protestar contra una norma aprobada por la mayoría y no declarada contraria a la Constitución. Por ello, la doctrina mayoritaria sostiene que la desobediencia civil es y debe seguir siendo antijurídica. Esta posición se sostiene con el argumento adicional de que las acciones en las que aquella se manifiesta expresan de modo concreto la disposición a soportar las consecuencias jurídico-penales. En efecto, solo así se indica con claridad la gravedad de la situación contra la que se protesta.[233] Con todo, la doctrina también admite que en algunos casos la desobediencia podría mostrar un menor contenido de injusto, de modo que cabría una atenuación de la pena. En fin, más allá de la desobediencia civil se halla el «derecho de resistencia» al tirano. Este último constituye un derecho prepositivo del ciudadano, cuya formulación originaria se halla en la obra de Tomás de Aquino y de Francisco Suárez.[234] En efecto, cuando el poder político deja de ser ejercido en busca del bien común, la comunidad política puede hacer uso de un derecho coactivo para la defensa y el restablecimiento de la constitución jurídica estatal.

4. EL *IUS AD BELLUM* Y EL *IUS IN BELLO*

La expresión *ius ad bellum* designa el derecho a la guerra justa, construido **152**
por la primera Escolástica y, luego, por la Escolástica tardía hispánica. En efecto, la guerra justa es la defensiva, de modo que el ejercicio del derecho a librarla es, en realidad, una variante de la legítima defensa.[235] En cambio, la guerra agresiva no solo es antijurídica, sino que constituye un delito del Derecho penal internacional: el denominado «crimen de agresión». Ejemplos

---

[230] *Brownlee*, CL&Phil 1 (2007), 179; *Radtke* (2010), 80.

[231] *Hassemer*, FS Wassermann, 1985, 325 ss.; *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 1993, 441 ss.

[232] *Radtke* (2010), 76; *Bönte*, HRRS 2021, 170 ss.

[233] *Radtke* (2010), 84.

[234] *Font Oporto* (2018).

[235] Críticos, *McMahan* (2009); *Walen* (2019).

paradigmáticos de guerra agresiva son la invasión de Polonia por Alemania, en 1939, o la de Ucrania por Rusia, en 2022 (*cfr. supra* capítulo 19/121). En cambio, la expresión *ius in bello* alude al Derecho que rige una vez iniciadas las hostilidades. Este es el que establece el régimen internacional de los conflictos armados, que recibe la denominación de Derecho internacional humanitario. En el marco fijado por este último, deben afrontarse las muy diversas situaciones problemáticas y especificar los derechos concretos.

153 Existe una opinión que considera que la conducta que causa la muerte del combatiente en guerra constituye un riesgo general de la vida, que es sectorial y situacionalmente adecuado.[236] Sin embargo, esta perspectiva no es convincente, pues despersonaliza al combatiente enemigo. Por el contrario, hay que partir de que la causación dolosa de la muerte de este resulta penalmente relevante, aunque esté justificada por el ejercicio de los derechos conferidos por los tratados internacionales o por la costumbre internacional.[237] En este último sentido, una opinión sostiene que la causa de justificación aplicable es la legítima defensa propia o de tercero.[238] Ahora bien, lo cierto es que, desde la perspectiva del Estado de cada combatiente, dicha causación dolosa no solo es lícita, sino obligatoria, de modo que constituye el cumplimiento de un deber.[239] Obviamente, cuestión distinta es que la obligatoriedad de esa conducta no obste a que un combatiente enemigo no solo pueda reaccionar a su vez lícitamente contra ella, sino que deba hacerlo, incluso anticipándose. Como se observa, el Derecho de los conflictos armados pone de relieve aquí la existencia de dos partes contrapuestas, lo que constituye un punto de partida claramente distinto del propio del Derecho penal (*cfr. supra* capítulo 1/133). En lo que hace a la causación dolosa de la muerte de población civil, esta no está amparada por ninguna de las causas de justificación mencionadas, salvo que se trate de civiles que actúan como combatientes o de «escudos humanos» voluntarios.[240] En efecto, para los demás casos es preciso recurrir a una variante del estado de necesidad. En este punto algunas opiniones recurren a la «doctrina del doble efecto».[241] Esta justifica la producción de efectos colaterales lesivos no queridos, siempre que se hallen unidos indisolublemente a la conducta lícita, sean necesarios, no resulten desproporcionados y que quien los produce se esfuerce en minimizarlos.

---

[236] *Silva Sánchez*, InDret 1/2017, 1 ss.

[237] *Zimmermann*, GA 2010, 510-511; *Eser*, FS Schöch, 2010, 475-476.

[238] *Kühne*, FS Kühl, 2014, 803.

[239] *Eser*, FS Schöch, 2010, 474; *el mismo*, FS Wahl, 2011, 666.

[240] *García Norro*, Scripta Theologica 46 (2014), 312.

[241] *García Norro*, Scripta Theologica 46 (2014), 316, 322 ss.

Capítulo 22

EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

Bibliografía seleccionada: *Agacinski*, L'uomo disincarnato. Dal corpo carnale al corpo fabbricato, 2020 (=L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué, 2019); *Alexander*, The Moral Magic of Consent II, LTh 2 (1996), 165; *Alexander/Hurd/Westen*, Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty, L&Ph 35 (2016), 655; *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; *el mismo*, Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983), 1; *el mismo*, Vetorrechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 1995; *el mismo*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998; *da Costa Andrade*, Consentimento e acordo em direito penal, 1991; *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *Ashford/Reed/Wake* (eds.), Legal Perspectives on State Power: Consent and Control, 2016; *Bacigalupo*, El consentimiento del lesionado, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 109; *Baker*, The Moral Limits of Consent as a Defence in the Criminal Law, NCLR 12 (2009), 93; *el mismo*, Liability for Encouraging One's Own Murder, Victims and Other Exempt Parties, King's L. J. 23 (2012), 257; *el mismo*, Should Unnecessary Harmful Nontherapeutic Cosmetic Surgery be Criminalised?, NCLR 17 (2014), 587; *Barina/Bishop*, Maturing the Minor, Marginalizing the Family: On the Social Construction of the Mature Minor, J. Med. & Phil 38 (2013), 300; *Barzun*, Alzheimer's, Advance Directives, and Interpretive Authority, The Journal of Medicine and Philosophy 48 (2023), 50; *Beale*, Consent in the Criminal Law, Harvard L. R. 8 (1894-1895), 317; *Beck*, Was ist das Hypothetische an der hypothetischen Einwilligung?, GS Tröndle, 2019, 389; *Berdugo Gómez de la Torre*, El delito de lesiones, 1982; *Bergelson*, Autonomy, Dignity, and Consent to Harm, Rutgers L. R. 60 (2008), 723; *la misma*, The Meaning of Consent, Ohio S. J. C. L. 12 (2014), 171; *Binding*, Der Zweikampf und das Gesetz, 1905; *Birnbacher*, Das Tötungsverbot aus der Sicht des klassischen Utilitarismus, en: Hegselmann/Merkel (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 1991, 25; *Böse*, ¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido?, REJ 29 (2018), 1; *Boldova Pasamar*, La relatividad legal de la edad de consentimiento sexual de los menores de dieciséis años: regla y excepción, RECPC 23 (2021), 1; *Bolea Bardon*, Quebrantamiento de condena y violencia de género: ¿absoluta irrelevancia del consentimiento de la mujer?, RECPC 25 (2023), 1; *Bomann-Larsen*, Voluntary Rehabilitation? On Neurotechnological Behavioural Treatment, Valid Consent and (In)appropriate Offers, Neuroethics 6 (2013), 65; *Boyle*, Medical Ethics and Double Effect: The Case of Terminal Sedation, Theoretical Medicine and Bioethics 25 (2004), 51; *Brammsen*, Einverständnis und Einwilligung, FS Yamanaka, 2017, 3; *Bublitz/Merkel*, Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination, CL&Phil 8 (2014), 51; *Buchanan*, Advanced Directives and the Personal Identity Problem, Philosophy & Public Affairs 17 (1988), 277; *Cancio Meliá*, Autonomie und Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung — Eine Skizze aus spanischer Perspektive, FS Claus Roxin, I, 2011, 507; *el mismo*, Selbstverantwortung des Opfers und Rechtsgüterschutz in der objektiven Zurechnungslehre Roxins, GA 2021, 355; *Canestrari*, Heridas del alma y cuerpos prisioneros, 2022; *Casas Barquero*, El consentimiento en el Derecho penal, 1987; *Cerezo Mir*, El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación, LH Rodríguez Devesa, I, 1989, 201; *Chang Kcomt*, El consentimiento en el Derecho penal, 2020; *Chwang*, A Defense of Subsequent Consent, Journal

of Social Philosophy 40 (2009), 1; *Coca Vila*, Agresión sexual por engaño, InDret 3/2023, 430; *Contesse*, Autonomía, derecho a la vida y eutanasia, el caso de la eutanasia neonatal, LH Ortiz Quiroga, 2020, 639; *Corcoy Bidasolo*, Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales, LH Torío López, 1999, 261; *la misma*, El consentimiento por representación en la actividad médico-quirúrgica, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 386; *Cornacchia*, La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo, 2012; *el mismo*, Paternalism and Moral Limits of Criminal Law, en: Masferrrer (ed.), Criminal Law and Morality in the Age of Consent. Interdisciplinary Perspectives, 2020, 229; *Cortina*, El quehacer ético, 1996; *Demarco/Lipuma*, Dementia, Advance Directives, and Discontinuity of Personality, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 25 (2016), 674; *Dempsey*, Victimless Conduct and the Volenti Maxim: How Consent Works, CL&Phil 7 (2013), 1; *Diamanti*, Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali, 2019; *L. Dias*, Consentimiento hipotético y autonomía del paciente, ADPCP 2022, 729; *Díaz Arana*, El fundamento de la irrelevancia penal de la actuación médico-sanitaria, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 529; *Díez Ripollés*, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 30 (1986), 615; *el mismo*, Deberes y responsabilidad de la administración ante rechazos de tratamiento vital por pacientes, RECPC 11 (2009), 1; *Dörr*, Dogmatische Aspekte der Rechtfertigung bei Binnenkollision, 2016; *Dopico Gómez-Aller*, Best interest vs. substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante ADPCP 2011, 31; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003; *Drobac/Hulvershorn*, The Neurobiology of Decision Making in High-Risk Youth and the Law of Consent to Sex, NCLR 17 (2014), 502; *El-Ghazi*, Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung, GA 2022, 449; *Escudero García-Calderón*, El consentimiento en Derecho Penal, 2014; *Feinberg*, Harm to Self. The Moral Limits of Criminal Law, 1986; *Ferzan*, Clarifying Consent: Peter Westen's The Logic of Consent, L&Ph 25 (2006), 193; *Frisch*, Das Opfer in der Straftatdogmatik Gedanken zu Einwilligung, Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung, GA 2021, 65; *de la Gándara Vallejo*, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, 1995; *García Álvarez*, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, 1999; *García Manrique*, La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo, Revista de Bioética y Derecho 40 (2017), 49; *el mismo*, Venta de órganos y desigualdad social, Doxa 42 (2019), 309; *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis im Strafrecht, GA 1954, 262; *Gimbernat Ordeig*, La participación dolosa en una autopuesta en peligro con resultado de lesiones o de muerte, LH Queralt Jiménez, 2021, 217; *Golbs*, Das Vetorrecht eines einwilligungsunfähigen Patienten, 2006; *González Guerra*, Delitos contra la libertad sexual. La intimidación como medio comisivo, 2015; *Gropp*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht, FS Schroeder, 2006, 197; *el mismo*, Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff - ein Rechtfertigungsgrund, GA 2015, 1; *Guérez Tricarico*, El tratamiento médico curativo y su licitud: el papel del consentimiento del paciente, 2012; *Guisasola Lerma*, Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento, RP 45 (2020), 56; *Gur-Arye*, Justifying the Distinction between Justifications and Powers, CL&Phil 5 (2011), 293; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820; *Hillenkamp*, Zur Strafbarkeit des Arztes bei verweigerter Bluttransfusion, FS Küper, 2007, 123; *H.-J. Hirsch*, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, FS Amelung, 2009, 181; *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Hurd*, The Moral Magic of Consent, LTh 2 (1996), 121; *la misma*, The Normative Force of Consent, en: Schaber (ed.), Routledge Handbook on The Ethics of Consent, 2016, 1016; *Husak*, The Complete Guide to Consent to Sex, L&Ph 25 (2006), 267; *Íñigo Corroza*, El consentimiento de la víctima, ADPCP 2022, 167; *Izquierdo Sánchez*, Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información, 2018; *Jäger*, Die Patientenverfügung als Rechtsinstitut zwischen Autonomie und Fürsorge, FS Küper, 2007, 209; *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998 (=Suicidio, eutanasia y Derecho penal, 1999); *Joerden*, Einwilligung und ihre Wirksamkeit bei doppeltem Zweckbezug, Rechtstheorie 22 (1991), 165; *el mismo*, Zwischen Autonomie und Heteronomie in paradoxen medizinethischen Situationen, en: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 397; *el mismo*, Zur Einwilligung, insbesondere im Medizinstrafrecht, en:

Hilgendorf (Hrsg.), Rechtswidrigkeit in der Diskussion, 2018, 161; *Jorge Barreiro*, La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico, CPC 16 (1982), 5; *el mismo*, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990; *el mismo*, El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico-penal, CDJP 7 (2001), 209; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *Kindhäuser*, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, FS Rudolphi, 2004, 135; *el mismo*, Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en Derecho penal, en: el mismo, Teoría de las normas y sistemática del delito, 2008, 13; *el mismo*, Sobre el consentimiento en el Derecho penal, FS Sancinetti, 2020, 499; *Köhler*, Selbstbestimmung im Rechtsverhältnis zwischen Patient und Arzt, FS Küper, 2007, 275; *Krüger*, Zur hypothetischen Einwilligung, FS Beulke, 2015, 137; *Kuhlen*, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, FS Müller-Dietz, 2001, 431; *Lascuraín Sánchez*, Principos penales democráticos, 2021; *Laurenzo Copello*, Relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario, LH Díaz Pita, 2008, 417; *López Barja de Quiroga*, El consentimiento en el Derecho penal, 1999; *Luzón Peña*, Causas de atipicidad y causas de justificación, en: Luzón/ Mir (eds.), Causas, 1995, 21; *el mismo*, Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, LH Vives Antón, II, 2009, 1189; *el mismo*, El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la tipicidad penal, LH Suárez Montes, 2013, 379; *el mismo*, Consentimiento presunto y autorización oficial: exclusión de la antijuricidad o de la tipicidad y requisitos respectivos, RDP 11 (2012), 3; *el mismo*, Eximentes en el ejercicio de la profesión médica: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad, LH Lorenzo Salgado, 2021, 811; *el mismo*, El consentimiento hipotético, una figura rechazable, FICP 2 (2023), 6 ss.; *Maatsch*, Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß, 2001; *MacIntyre*, Animales racionales y dependientes, 2001; *Maiwald*, El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 125; *Malón Marco*, La doctrina del consentimiento afirmativo, 2020; *Maniaci*, La dittatura dei diritti indisponibili, Diritto e Questione Pubblica 2014, 669; *Manna*, Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico,1984; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009; *el mismo*, Volenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 595; *de la Mata Barranco*, El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio, LH Roxin, 1997, 387; *Mendoza Buergo*, Autonomía, consentimiento y menores, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 639; *Miller/ Wertheimer* (eds.), The Ethics of Consent, 2010; *Mir Puig*, Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente, ADPCP 1991, 259; *Modolell*, Hechos punibles en el ámbito de las prácticas deportivas. A su vez, un ejemplo de la relevancia del resultado lesivo para la configuración del injusto penal, PolítCrim 16 (2021), 408; *Mona*, Die Einwilligung im Strafrecht, 2017; *Morillas Cueva*, Aspectos penales del consentimiento informado, LH Ruiz Antón, 2004, 765; *el mismo*, Consentimiento y consentimiento presunto, LH Rodríguez Ramos, 2013, 139; *Moura*, Consentimento hipotético em Direito Penal? A irrelevância da vontade fictícia da vítima para excluir a punição do autor, LH Costa Andrade, 2017, 875; *Müller/ Schaber* (eds.), The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, 2018; *Muñoz Conde*, Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico, LH Díaz Pita, 2008, 447; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verlezten, 1955; *Núñez Paz*, Interrupción voluntaria de la vida humana, 2016; *Ohly*, Einwilligung und Einheit der Rechtsordnung, FS Jakobs, 2007, 451; *Pantaleón Díaz*, Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 683; *Paredes Castañón*, Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas, ADPCP 1990, 633; *Pastor Muñoz*, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, 2004; *Pawlik*, Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des §216 StGB, FS Kargl, 2015, 407; *el mismo*, El derecho de las personas mayores en el Derecho penal, 2022; *Peñaranda Ramos*, El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médi-

co-quirúrgico, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 697; *Pereira Garmendia*, Buscando un consenso sobre el consentimiento en los delitos sexuales, 2021; *Pérez del Valle*, Límites a la autonomía personal, en: Cornacchia/Sánchez-Ostiz (eds.), Multiculturalismo y derecho penal, 2012, 95; *Polaino-Orts*, Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad, CPC 82 (2004), 163; *Polaino/Polaino-Orts*, Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal, LH Rodríguez Ramos, 2013, 163; *Presno Linera*, Derechos fundamentales e inteligencia artificial, 2022; *Prütting/Kilian*, Die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger im Fall des Schwangerschaftsabbruchs, JZ 2020, 660; *Puppe*, La justificación de la intervención médica curativa, InDret 1/2007, 1; *la misma*, El consentimiento hipotético y el derecho de autodeterminación del paciente, EnL 5 (2017), 172; *Raz*, The Morality of Freedom, 1988; *Reyes Alvarado*, El consentimiento informado en la actividad médica como una manifestación del riesgo permitido, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 847; *Romeo Casabona*, El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa, 1981; *el mismo*, El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, 1994; *Romeo Malanda*, Responsabilidad penal médica por ausencia de consentimiento informado: un enfoque alternativo a las tesis dominantes, CPC 110 (2013), 73; *Ronco* (ed.), Il diritto di essere uccisi: verso la morte del diritto?, 2019; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001; *Röthel*, Emanzipationsdebatten. Beobachtungen aus Anlass der Kinderrechte-Debatte, JZ 2020, 645; *H. Rosa*, Lo indisponible, 2020; *Rosenau*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, FS Maiwald, 2010, 683; *Roxin*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, GS Noll, 1984, 275; *el mismo*, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, FS Amelung, 2009, 269; *Rueda Martín*, La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen, InDret 4/2013, 1; *Saliger*, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, FS Beulke 2015, 257; *Sandel*, Lo que el dinero no puede comprar, 2013; *Santana Vega*, Disponibilidad versus consentimiento en Derecho penal (sobre la modificación del ámbito de protección jurídico-penal originario), Serta: in memoriam Alexandri Baratta 2004, 1137; *Sanz Mulas* (ed.), Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales, 2012; *Schaber/Müller* (eds.), The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, 2018; *Scheinfeld*, Organtransplantation und Strafrechtspaternalismus, 2016; *Schlack Muñoz*, El consentimiento hipotético de la víctima en el Derecho penal alemán, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 19 (2012), 275; *Searle*, Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío, 2000; *Segura García*, El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal, 2000; *la misma*, El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos contra los bienes jurídicos individuales, LH Bacigalupo, I, 2004, 827; *Serrano González de Murillo*, Estado de necesidad y conflicto entre bienes de un mismo titular, CPC 102 (2010), 21; *Silva Sánchez*, Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros, ADPCP 1987, 451; *el mismo*, Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal, en: Salvador Coderch/Silva Sánchez, Simulación y deberes de veracidad, 1999, 77; *el mismo*, Medicinas alternativas e imprudencia médica, 1999; *el mismo*, Los documentos de instrucciones previas de los pacientes, LL 5840, 2003, 1; *el mismo*, Sobre el llamado diagnóstico de preimplantación, CDJ VI, 2004, 135; *el mismo*, Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae, RECPC 9 (2007), 1 (=en: Cancio Meliá/ Gómez Jara (eds.), Derecho penal del enemigo, 2006, 984); *el mismo*, La injerencia de las leyes. Problemas de la juridificación de las relaciones sociales, PyD 56 (2007), 35; *el mismo*, Imputación objetiva y causas de justificación, DPC 52 (2015), 173; *el mismo*, Suicidio alemán y duelo americano, InDret 3/2018, 1; *el mismo*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, 2022; *Siqueira*, Autonomia, consentimento e Direito penal da Medicina, 2019; *Sommers*, Commonsense Consent, Yale L. J. 129 (2020), 2232; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997; *Sturm*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2016; *Susser/Roessler/Nissenbaum*, Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World, Georgetown Law & Technology Review 4 (2019), 1; *Tadros*, Consentimiento para dañar, en: Beade/Martí (eds.), Discusiones sobre la filosofía del Derecho penal, 2015, 179; *Thorburn*,

Justifications, Powers, and Authority, Yale L. J. 117 (2008), 1070; *Tomás-Valiente Lanuza*, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal, 1999; *Tordini Cagli*, Principio di autodeterminazione e consenso dell' avente diritto, 2008; *Tuerkheimer*, Affirmative Consent, Ohio S. J. C. L. 13 (2016), 441; *de Vicente Remesal*, Consentimiento y acuerdo: ¿Causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?, en: Mir/Luzón (eds.), Cuestiones, 1999, 113; *el mismo*, Aspectos esenciales del consentimiento presunto en la práctica quirúrgica, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 401; *el mismo*, El consentimiento en las lesiones por intervenciones quirúrgicas, RECPC 23 (2021), 1; *el mismo*, La representación subjetiva del hecho típico, LH Berdugo, II, 2022, 137; *Wachter*, Einwilligung und Wahrheitspflichtverletzung, GA 2023, 390; *Wagner*, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, 2015; *Wennberg*, Modelling Hypothetical Consent, Journal of Libertarian Studies 17 (2003), 17; *Wertheimer*, What is Consent? And is it Important?, Buffalo C. L. R. 3 (2000), 557; *el mismo*, Consent to Sexual Relations, 2003; *Westen*, Some Common Confusions About Consent in Rape Cases, Ohio S. J. C. L. 2 (2004), 333; *el mismo*, The Logic of Consent, 2004; *Wilenmann*, Lesión punible e intervención terapéutica en un incapaz, RChD 44 (2017), 209; *Witmer-Rich*, It's Good to be Autonomous: Prospective Consent, Retrospective Consent, and the Foundation of Consent in the Criminal Law, CL&Phil 5 (2011), 377; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *Zitelmann*, Der Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1.

I. EL CONSENTIMIENTO Y SU MANIFESTACIÓN

1. GENERALIDADES

El consentimiento es el acto de voluntad del titular de una esfera jurídica, 1
en cuya virtud se conforma con la pretensión de un tercero relativa a algún elemento de aquella. Tal decisión puede responder a razones —morales o prudenciales—, así como a emociones de diversa intensidad. Por lo tanto, el consentimiento es compatible con el deseo de que el tercero realice su pretensión, con la indiferencia e incluso con la mera resignación al respecto. Así debe entenderse, por ejemplo, el consentimiento contractual. En función de cuál sea la pretensión de la otra parte, la declaración —el acto de disposición— en la que se manifiesta el consentimiento de un sujeto puede consistir en una promesa de hacer o de soportar, o bien de ambas cosas. Sin embargo, el consentimiento puede cambiar y, por tanto, su declaración es revocable.

De conformidad con ese marco general, en Derecho penal se entiende por 2
consentimiento aquel acto de voluntad en cuya virtud el titular de un bien jurídico acepta la injerencia en él de un tercero. En efecto, para designar a quien consiente resulta preferible utilizar las expresiones de «titular del bien jurídico» —o representante de este— o de «sujeto pasivo» de la acción. Por el contrario, los términos «víctima» u «ofendido» tienen poco sentido o carecen de él en la mayor parte de los casos de consentimiento relevante.[1] A su vez, la injerencia que se consiente puede comportar una lesión segura, probable o incluso solo posible del bien jurídico de que se trate. En función de ello cabe distinguir entre el consentimiento a la lesión y el consentimiento a la puesta en peligro del bien jurídico por parte de aquel tercero —en los casos de la

[1] Así, *Escudero García-Calderón* (2014), 29; *Íñigo Corroza*, ADPCP 2022, 169 n. 3.

denominada «heteropuesta en peligro»—. Ciertamente, esta última expresión se suele utilizar para aludir a casos de puesta en peligro de la vida (*cfr. supra* capítulo 14/139). Sin embargo, nada impide utilizarla en términos más generales. Por lo tanto, a propósito de cualquier bien determinado, cabe consentir en su lesión, así como en su puesta en peligro, dolosa o imprudente. Desde la antigüedad, la regla jurídica fundamental en relación con el consentimiento se contiene en la máxima de que «no se comete injusticia contra quien la quiere» —*volenti non fit iniuria*—.[2] En efecto, el que consiente ejerce su libertad, que es entendida por un sector de la doctrina como un poder o una potestad.[3] Por lo tanto, el sujeto activo, al actuar de conformidad con el consentimiento del sujeto pasivo, no solo ejerce su propia libertad, sino que también expresa la libertad de quien consiente. En definitiva, en los casos en que se actúa con el consentimiento del afectado no se amplía una esfera de libertad a costa de otra, sino que se amplían ambas a la vez.

2. LA ARTICULACIÓN DE LO INTERNO Y LO EXTERNO EN EL CONSENTIMIENTO

3 Existe debate sobre si el consentimiento del sujeto pasivo es un fenómeno interno o un acto de comunicación.[4] Ciertamente, el sector de la doctrina que propone entenderlo como un acto de comunicación pretende con ello disminuir el ámbito de posibles errores del sujeto activo del hecho.[5] Sin embargo, de este modo omite considerar el problema de que el sujeto pasivo yerre al realizar la comunicación a través de la que debe mostrar su consentimiento o la ausencia de este. Por tanto, es preciso adoptar la concepción realista de que el consentimiento es un acto de voluntad, que puede manifestarse o no.[6] Cuando es manifestado, el sujeto pasivo realiza una declaración, es decir, una conducta expresiva —que puede ser un acto de habla o no— de contenido dispositivo. Ahora bien, el contenido de la declaración puede corresponderse o no con el de su auténtica voluntad.

4 Lo ordinario es que quien tiene una voluntad de consentir la manifieste mediante un acto expresivo (i) cuyo significado social —intersubjetivo— sea el de aceptar la injerencia de un tercero en la propia esfera de bienes; (ii) a sabiendas de que tiene dicho significado. Sin embargo, en ocasiones existen desajustes entre la volición del sujeto y el significado intersubjetivo de la conducta mediante la que la declara —su dimensión performativa—. Una

---

[2] Sin embargo, ya crítico, *Aristóteles*, Ética, 1136b.

[3] En inglés: «*power*», conforme a la clasificación de Hohfeld.

[4] A favor de lo primero, *Hurd*, LTh 2 (1996), 126; *Alexander*, LTh 2 (1996), 165 ss.; *Westen*, Ohio S. J. C. L. 2 (2004), 333 ss.; *Escudero García-Calderón* (2014), 179 ss.; *Alexander/Hurd/Westen*, L&Ph 35 (2016), 655 ss. A favor de lo segundo, *Wertheimer*, Buffalo C. L. R. 3 (2000), 557 ss.; *el mismo* (2003), 144 ss.; *Luzón Peña*, LH Suárez Montes, 2013, 419.

[5] Así, *Íñigo Corroza*, ADPCP 2022, 171.

[6] En Derecho privado esto puede ser distinto: *Ohly*, FS Jakobs, 2007, 461 ss.

primera variante es que estos desajustes sean conocidos por el propio sujeto; en tal caso está engañando acerca de su voluntad real, esto es, realizando una simulación. Ahora bien, asimismo cabe que los ignore, en cuyo caso está declarando, por error, una voluntad que no tiene. Ello abre un doble debate. Por un lado, se plantea el relativo a cuáles son las acciones y omisiones a las que procede asignar el contenido expresivo intersubjetivo de consentir. Por otro lado, un segundo debate es el que concierne a la imputación al sujeto pasivo del conocimiento de ese significado del acto —como acto de consentir—.

La regla de adscripción de relevancia a la declaración de un consentimiento relevante como acto de voluntad libre posee una naturaleza compleja. Por un lado, requiere dos elementos de naturaleza intersubjetiva: (a) adscribir a la expresión del sujeto un significado de consentir; y (b) asignarle relevancia en los términos previstos en cada modelo de sociedad. Por otro lado, dos de naturaleza subjetiva: (c) adscribir al sujeto el conocimiento del objeto y las circunstancias relativas a la formación del consentimiento, así como la libertad de formación de voluntad al respecto; y (d) adscribir al sujeto el conocimiento del significado y relevancia del acto de manifestación del consentimiento, así como la libertad de voluntad al respecto. Como se advierte, en el sujeto pasivo es preciso distinguir un primer plano, (i) que es el de la formación del consentimiento. Esta última puede estar viciada por error o por coacción. Adicionalmente, se da un segundo plano, (ii) que es el de la realización de una concreta declaración externa de consentimiento o de ausencia de este. De nuevo, el sujeto pasivo puede errar sobre su significado; o ser coaccionado para expresar lo que no quiere. Es decir, puede tener lugar una divergencia entre su voluntad y su declaración. 5

A los efectos del Derecho penal, lo decisivo es la repercusión que tal complejidad puede tener en la dogmática de las incongruencias objetivo-subjetivas de la conducta del sujeto activo. En efecto, este puede padecer errores sobre cada uno de los elementos formulados antes —que, como luego se verá, deben calificarse como errores de tipo o bien como relativos a los presupuestos de la causa de justificación—. A su vez, la relevancia de estos errores puede verse determinada de forma muy relevante por las manifestaciones del sujeto pasivo o la ausencia de estas.[7] Pues bien, si no se parte de que el consentimiento es, de entrada, un acto interno de voluntad resulta imposible distinguir todas estas situaciones. 6

II. LOS ÁMBITOS DE PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES

1. PLANTEAMIENTO

El consentimiento del sujeto pasivo muestra diversas peculiaridades que lo hacen distinto de las demás causas de exclusión de la antijuridicidad típica 7

[7] Por cuestiones relativas a los deberes (la «competencia» por el error) de uno y otro sujeto: *Wachter*, GA 2023, 390 ss.

de la conducta. Tales particularidades se pueden advertir tanto en su regulación legal, como en su reconstrucción dogmática. A este respecto, es preciso distinguir: (i) la cuestión de legalidad; (ii) la normológica; (iii) la dogmático-sistemática; y (iv) la axiológica.

2. EL PROBLEMA DE LEGALIDAD

8 A diferencia de lo que sucede con otras eximentes de responsabilidad, el consentimiento no tiene una regulación uniforme en las diversas legislaciones penales. En unos casos, como el español, no existe siquiera una mención legal en la Parte General del Código penal. En cambio, en otros sí se alude a él, aunque sin especificar los requisitos de su relevancia.[8] En fin, en algunos Códigos penales se regula de forma bastante detallada.[9] En lo que se refiere a las disposiciones de la Parte Especial, la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo constituye un requisito típico explícito en algunos tipos delictivos concretos —por ejemplo, el hurto, el allanamiento de morada o los delitos sexuales—. En otros supuestos, algunos legisladores excluyen de modo explícito la sanción de la conducta consentida, siempre que el consentimiento se otorgue en el marco de un procedimiento legalmente establecido —en ciertos casos de lesiones, mutilaciones e incluso de causación de la muerte de otro (arts. 156 y 143.5 CP español)—. En otros, en fin, está claro *a contrario* que el consentimiento no excluye la concurrencia de ninguna de las categorías del delito, puesto que se contempla de modo explícito como atenuante específica —así, en la legislación española, en el caso del homicidio a petición, así como de las lesiones dolosas— (arts. 143.4 y 155 CP español).

9 La ausencia de una previsión expresa del consentimiento en la legislación española conduce a que un sector doctrinal niegue su naturaleza de causa de justificación. Ello le lleva a una conclusión dogmática adicional, a saber, que en el caso de que tenga que eximir debe entenderse como una causa de atipicidad. Esta, a su vez, debería apreciarse mediante una interpretación teleológica del respectivo tipo de delito. Con todo, otros sectores doctrinales han tratado de ubicarlo en el marco del ejercicio de un derecho (art. 20.7.° CP) o, sin más, mediante la construcción de una causa de justificación supralegal.

3. LA CUESTIÓN DE TEORÍA DE LAS NORMAS

10 Como se ha indicado, lo característico del consentimiento es la ausencia de conflicto entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. A partir de ahí, un sector de la

---

[8] Art. 32 CP colombiano; art. 20.10.° CP peruano; art. 50 CP italiano.

[9] Así, el art. 31. 2, d) CP portugués. Además, art. 38: «*2. O consentimento pode ser expresso por cualquer meio que traduzca uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3. O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4. Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa*».

doctrina afirma que en realidad el sujeto activo cuya conducta es consentida no ejerce un derecho, sino una libertad, entendida como privilegio.[10] Ciertamente, no tiene sentido afirmar que el sujeto activo ejerce un derecho frente al sujeto pasivo, pues la imagen de un deber de soportar que recaiga sobre este último es incongruente con el hecho de que ha consentido, ejerciendo una potestad reconocida por el Estado. Sin embargo, la conducta de quien actúa en el marco del ejercicio de esa potestad, es decir, amparado por el consentimiento del sujeto pasivo, debe ser respetada por cualesquiera terceros, incluidos los agentes del Estado. Así las cosas, cabe afirmar que aquel ejerce un derecho frente a los terceros que pretendieran impedir su actuación, que sí tienen deber de no oponerse a ella.

Por otro lado, es cierto que, a primera vista, la ausencia de conflicto entre quien presta el consentimiento y quien se beneficia de él parece oponerse a la afirmación de que este último está amparado por un permiso cuya misión es zanjar un conflicto social preexistente. En efecto, si las cosas fueran exactamente así, la calificación del consentimiento como una causa de justificación —basada en la especificación de las razones favorables y contrarias a la punición— resultaría problemática. Esta peculiaridad ha llevado a un sector doctrinal a sostener que el consentimiento no es una causa de atipicidad, ni tampoco una causa de justificación. Por el contrario, a su juicio constituye una causa de exclusión del injusto *sui generis*, que da lugar a una condición de cancelación de la norma que se halla en la base de la tipicidad.[11] 11

En realidad, con base en un concepto material de tipicidad, que parte de que en esta se realizan tanto un sub-juicio de significado como un sub-juicio de valoración, cabe alcanzar una conclusión similar. Así, puede afirmarse que la conducta consentida es significativamente atípica cuando la consideración del consentimiento sujeto pasivo determina que la conducta no realice siquiera el sentido del tipo —por ejemplo, en el hurto—. En cambio, tal conducta es axiológicamente atípica cuando la consideración del consentimiento no impide que se realice el sentido del tipo, pero sí excluye la desaprobación típica de la conducta del agente —por ejemplo, en los daños—. 12

Ahora bien, por otra parte, resulta que la exención de responsabilidad por consentimiento del sujeto pasivo no se basa en que el Estado sencillamente reconoce relevancia a la voluntad de este último, que de este modo tendría un efecto «mágico».[12] Por el contrario, aquí entran en juego de modo general condiciones de la relevancia del consentimiento, que en ocasiones responden a la protección del otorgante incluso con respecto a sus propias decisiones. Además, existen límites absolutos en cuanto a las conductas que pueden ser consentidas. Tales límites pretenden garantizar, de modo sustantivo o procedimental, que el consentimiento se presta de modo conforme con la racionalidad colectiva 13

---

[10] Un «*privilege*» —no un «*claim right*»— conforme a la clasificación de Hohfeld.

[11] *Kindhäuser* (2008), 32 ss.; *el mismo*, FS Sancinetti, 2020, 508 ss.; *Thorburn*, Yale L. J. 117 (2008), 1070, ss., 1075; *Mañalich* (2009), 80 ss.; *el mismo*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 603; *Gur-Arye*, CL&Phil 5 (2011), 293 ss.

[12] Sin embargo, *Hurd*, LTh 2 (1996), 121 ss.: «*moral magic*».

—las buenas costumbres, el orden público, en definitiva, una visión correcta o errada acerca del bien común—. Así las cosas, está claro que, al menos en algunos casos, el otorgamiento de relevancia al consentimiento responde a una especificación de razones favorables y contrarias a la licitud de la conducta, que sigue respondiendo a la lógica propia de la justificación en el sistema del delito.

4. LOS ASPECTOS DOGMÁTICO-ESTRUCTURALES

14 En un contexto de consentimiento, el juicio *ex ante* acerca del significado intersubjetivo de la conducta del sujeto activo depende, a su vez, del juicio *ex ante* acerca del significado de la manifestación externa —intersubjetiva— del sujeto pasivo, con independencia de si esta se efectúa a sabiendas o en error. En efecto, si el sujeto pasivo realiza una manifestación externa de consentimiento está generando en el receptor una situación de error intersubjetivamente invencible en relación con su voluntad. Es decir, está creando una apariencia jurídicamente relevante de consentimiento. Desde luego, cabe que su voluntad real íntima sea distinta, y se haya equivocado al manifestarla, o haya sido coaccionado para hacerlo así; incluso que tal voluntad íntima esté viciada por error o coacción. Sin embargo, la relevancia de esto último dependerá de si la voluntad real o su ausencia son objeto de un conocimiento especial por parte del sujeto activo; y de si este tiene el deber de tenerla en cuenta.[13]

15 Si el significado intersubjetivo de la expresión del sujeto pasivo es de ausencia de consentimiento, el sujeto activo que obra destendiéndolo lesiona la norma de conducta; en cambio, si dicho significado es de consentimiento, no se da esta vulneración. En cambio, el juicio *ex post* acerca de la conducta del sujeto activo depende, por un lado, de la voluntad real del sujeto pasivo, si es que esta puede determinarse entonces. De este modo, si la manifestación *ex ante* de ausencia de consentimiento se corresponde con la voluntad determinada *ex post*, entonces la actuación del sujeto activo constituye un delito consumado. En cambio, en el caso de que la manifestación externa de ausencia de consentimiento no se corresponda con su voluntad determinada *ex post*, se da una estructura de tentativa, pero no de consumación. Viceversa, si *ex ante* se había dado una manifestación externa de consentimiento y el sujeto activo obró conforme a aquella, no hay vulneración de la norma de conducta. Si *ex post* se determina que aquella declaración no se correspondía con la voluntad real, ciertamente existe un resultado lesivo de la libertad. Sin embargo, al no poder hablarse de una vulneración de la norma de conducta por parte del sujeto activo, ese resultado no se puede imputar objetivamente a un intento desaprobado. Por lo tanto, no es posible apreciar una consumación del delito como hecho antijurídico, ni siquiera una tentativa. Finalmente, el juicio subjetivo *ex ante* del sujeto activo puede concretarse en la suposición errónea de la concurrencia de un consentimiento no

[13] Los deberes de tener en cuenta la voluntad real conocida del sujeto pasivo, cuando esta diverge de la manifestada, pertenecen a la parte especial de la doctrina del consentimiento, pues varían en función de las distintas relaciones jurídicas.

existente; o bien en la ignorancia de un consentimiento realmente existente. En el primer caso, es preciso reproducir lo sentado a propósito del error de tipo, o de la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación, en función de si el consentimiento se ubica en uno u otro lugar sistemático. En el segundo caso, se plantea el problema de la falta del elemento subjetivo de justificación (*cfr. supra* capítulo 18/118).

5. EL FUNDAMENTO TELEOLÓGICO-VALORATIVO

5.1. La apariencia

16 Es común afirmar que el fundamento axiológico de la relevancia del consentimiento se halla en el respeto a la autonomía del titular del bien jurídico. Así, esta perspectiva —dominante— trata de subrayar la vinculación de la institución jurídico-civil y jurídico-penal del consentimiento con un principio de Derecho constitucional, así como de la filosofía moral y política. En concreto, con el libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo como derecho fundamental reactivo, que exige la ausencia de interferencias del Estado en las decisiones individuales sobre la propia esfera de bienes. Sin embargo, la realidad de las cosas es distinta. En primer lugar, porque, como se ha indicado reiteradamente, el Estado ostenta una posición de garante con respecto a quienes viven en su territorio. Así, aunque la mayoría de los derechos fundamentales son derechos reaccionales frente al Estado, también existen otros derechos cuyo reflejo son los deberes estatales de protección positiva (*cfr. supra* capítulo 5/98). Pues bien, estos últimos justifican, entre otros extremos, la asunción por parte del Estado de criterios del denominado «paternalismo débil». Es decir, que garanticen que la prestación del consentimiento se corresponde con la autonomía real del sujeto que lo otorga y no con una emoción pasajera de este. En segundo lugar, existen razones para negar que lo decisivo en el consentimiento sea el mero reconocimiento de la autonomía individual, incluso aunque el ejercicio de esta se encuentre contrastado.[14] En realidad, pese a que un sector de la doctrina afirme —de modo bastante voluntarista— lo contrario,[15] en los criterios de relevancia del consentimiento se manifiestan las ideas acerca de qué es lo correcto y lo bueno dominantes en cada época.

5.2. La realidad jurídica y legislativa

5.2.1. La idea de una racionalidad compartible

17 Las regulaciones legales del consentimiento permiten concluir que en ellas se manifiestan efectivamente los criterios de racionalidad práctica dominantes en cada momento cultural. Estos —al incorporar un concepto acerca de lo

[14] *Escudero García-Calderón* (2014), 136.

[15] *Escudero García-Calderón* (2014), 145, 368; *Chang Kcomt* (2020), 187 ss.

que «se debe» o «se puede hacer»— establecen el marco de la relevancia de la autonomía individual. Por lo tanto, no es correcto sostener que el consentimiento excluye la responsabilidad, con independencia de si se ejerce de modo conforme a una determinada racionalidad social, o no.[16] Esto último puede valer a propósito de los bienes patrimoniales, con respecto a los cuales la libertad personal ostenta un rango social y jurídico superior. Sin embargo, no opera, desde luego, para bienes personales. Por lo tanto, las condiciones y los límites de la disponibilidad sobre los bienes no dan cuenta de unas exigencias ordenadas simplemente a garantizar la existencia de una disposición auténticamente libre.[17] Por el contrario, tales condiciones son expresión de la voluntad de los integrantes de una comunidad política, orientada a salvaguardar su concepción acerca de lo bueno, o de lo mejor. En este sentido, un sector doctrinal exige que el acto de disposición responda a un esquema de racionalidad asumible.[18] Ciertamente, estos son esquemas que varían en el tiempo, respondiendo a cambios en las concepciones que en cada momento se tienen —erradas o no— acerca de lo correspondiente al bien común.

18 Ciertamente, basta echar una ojeada a la historia para advertir que las representaciones acerca de «lo bueno» para el ser humano han ido cambiando. Sin embargo, conviene advertir que lo bueno nunca se ha entendido —ni siquiera en la actualidad— en el sentido de que el sujeto haga lo que le venga en gana en cada momento, con tal de que no haga daño a los demás. Es verdad que algunos sectores doctrinales de la modernidad tardía —fuera y dentro del Derecho penal— tienden a defender una concepción del consentimiento vinculada a un voluntarismo (a-) racional. Ahora bien, de momento esta visión no se refleja ni en la legislación ni en la aplicación judicial de las leyes por los tribunales. Desde luego, es discutible que la evolución de la legislación de cada Estado —y de la propia doctrina— sean congruentes en este punto. Así, por ejemplo, puede advertirse que en un mismo discurso político coexisten las propuestas de legalización de la maternidad subrogada en Europa occidental y las críticas al trabajo esclavo en Asia.[19] Por tanto, en la determinación de los criterios sobre cuya base se asigna relevancia al consentimiento influyen consideraciones ideológicas que con frecuencia no son siquiera coherentes. Por poner otro ejemplo, en un esquema de regulación legal en el que se afirma que lo decisivo es siempre el consentimiento, no es coherente que se prohíban las denominadas «terapias de conversión»,[20] orientadas a revertir la orientación sexual de una persona, incluso si son consentidas por esta.[21]

---

[16] Sin embargo, *Pawlik* (2012), 205 ss.

[17] Así, no obstante, *Pawlik* (2012), 205 ss.

[18] *Frisch*, GA 2021, 65 ss.

[19] En cambio, perfectamente coherente desde el pensamiento feminista, crítico con lo uno y lo otro *Agacinski* (2020), 46-48, 62, 76.

[20] También «reparativas» o de «reorientación». En este punto, la primera discusión es la terminológica.

[21] Así, el art. 17 de la Ley española 4/2023. La realización de tales terapias se califica como infracción administrativa muy grave (art. 79.3 d), con independencia del consentimiento que pudieran haber prestado las personas afectadas o sus representantes legales.

5.2.2. La cláusula de orden público

19 En definitiva, en cualquier régimen jurídico del consentimiento se establecen criterios objetivos para determinar su relevancia.[22] Expresado de otro modo, limitaciones externas a la idea de libre disposición, o de autonomía. Así pues, el consentimiento relevante en términos jurídico-penales[23] no coincide ni con la voluntad del sujeto pasivo ni con la declaración de este. Por el contrario, depende de que en esta última —y, por ende, en aquella— concurran determinados requisitos adicionales. Ciertamente, las referencias legales a esta cuestión son vagas. Ahora bien, resulta especialmente frecuente que el criterio de racionalidad intersubjetiva que enmarca el ejercicio de la autonomía se designe con las expresiones «buenas costumbres»[24] u «orden público». Esta última es la que utiliza el art. 6.2 del Código civil español: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Pues bien, en realidad aquí aparece una referencia a las representaciones acerca del bien común. Estas pueden ser de uno u otro signo, incluso internamente contradictorias, pero siempre se dan. Por lo demás, la cuestión de la racionalidad intersubjetiva dominante en cada época resulta especialmente relevante en ciertos casos. En efecto, en los supuestos en los que no se conoce la voluntad del sujeto pasivo y en los que este tampoco ha realizado ninguna manifestación previa, lo determinante para establecer una presunción de consentimiento es tal racionalidad. Ella acaba conformando el criterio rector del llamado «consentimiento presunto».

III. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA

1. GENERALIDADES

20 Los supuestos de consentimiento del sujeto pasivo pueden ser clasificados desde diferentes perspectivas, formales o materiales. Una distinción tradicional en la doctrina alemana es la que separa los supuestos de «acuerdo» y de «consentimiento» en sentido estricto.[25] Esta diferenciación, que se ha sostenido con base en criterios de naturaleza diversa, tiene como consecuencia práctica que en los casos de acuerdo se excluye la tipicidad, mientras que en los de consentimiento la conducta sigue siendo típica, siendo su efecto el de exclusión de la antijuridicidad. Sin embargo, es muy polémica, pues un amplio sector doctrinal tiende a considerar que el consentimiento excluye siempre la tipicidad.[26] Pues bien, aquí no se sigue aquella distinción en su dimensión

---

[22] *Jakobs* (1999), 70: de «razonabilidad objetiva».

[23] Algunos lo denominan «consentimiento prescriptivo».

[24] Así el art. 38.1 CP portugués; y el § 228 CP alemán.

[25] *Geerds*, GA 1954, 262 ss.

[26] *Zipf* (1970), 17-18; *Bacigalupo* (1995), 113; *de la Gándara Vallejo* (1995), 89 ss., 171 ss.; *Segura García*, LH Bacigalupo, 2004, 838, 856 ss.; *Kindhäuser*, FS Rudolphi, 2004, 135 ss.; *el mismo*, FS San-

terminológica. Por el contrario, se parte de que el único término legal español es el de consentimiento —formulado así o con expresiones análogas—.[27] Sin embargo, sí se asume una posición diferenciadora y no unitaria en materia de consentimiento. En consecuencia, procede distinguir entre las diversas variantes dogmáticas del consentimiento en función de sus distintas ubicaciones en el sistema de la teoría del delito.[28] Estas, por su parte, se relacionan con los diversos efectos materiales que pueden tener en la calificación de la conducta del sujeto activo. A su vez, tales efectos dependen de la distinta configuración del respectivo bien jurídico. De este modo, hay casos en los que el consentimiento excluye el significado lesivo de la conducta del agente. En cambio, existen otros supuestos en los que puede excluir la desaprobación típica de esa conducta, aunque esta tenga un significado lesivo. En fin, como se ha indicado, en ciertos casos el consentimiento da lugar a la «justificación» de la conducta típica.[29]

2. LA EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

21 En un primer grupo de casos, el consentimiento elimina el propio significado típico de la conducta como lesiva del bien jurídico correspondiente. Ello sucede cuando este es disponible y su titular dispone de él precisamente a través del consentimiento. Al respecto, el supuesto paradigmático es el de las relaciones sexuales consentidas entre adultos capaces. Ciertamente, cuando ambos sujetos consienten la relación, la conducta del sujeto activo no tiene siquiera el sentido de una lesión de la libertad sexual —de una violación—, sino precisamente de un ejercicio de la libertad de quien consiente. Sin embargo, lo mismo sucede en los delitos contra la libertad en general, así como en los patrimoniales. En efecto, el acto de disposición del titular de un bien patrimonial concreto o del patrimonio en su conjunto, en tanto que ejercicio de autonomía privada, excluye el significado típico de la conducta. Esto quiere decir que, incluso aunque se destruya el objeto del bien jurídico, no se lesiona el bien jurídico protegido, que es el derecho real o de crédito existente sobre aquel.

22 De este modo, la conducta del sujeto activo que es conforme con la voluntad del dueño no tiene el significado de un «hurto», ni de una «gestión desleal». Es decir, en ella falta la propia dimensión significativa de la tipicidad (*cfr. supra* capítulo 10/42). En algunos casos de delitos contra la intimidad, como en el allanamiento de morada, sucede lo mismo, de modo que el consentimiento excluye todo sentido lesivo de la conducta. Por su parte, esta dimensión signi-

---

cinetti, 2020, 499 ss.; *Polaino-Orts*, CPC 82 (2004), 163 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 13/2; *el mismo*, FS Amelung, 2009, 828 ss.; *Morillas Cueva*, LH Rodríguez Ramos, 2013, 144 ss.; *Siqueira* (2019), 210 ss.; *Chang Kcomt* (2020), 196 ss.

[27] Por ejemplo, la referencia a la «voluntad».

[28] Próximos *Cerezo Mir*, LH Rodríguez Devesa, I, 1989, 210; *Luzón Peña* (1995), 21 ss.; *el mismo*, LH Suárez Montes, 2013, 379 ss.; *de Vicente Remesal* (1999), 125 ss., 149 ss.

[29] *Escudero García-Calderón* (2014), 149.

ficativa del consentimiento puede hacerse patente en virtud de la referencia expresa del legislador a la ausencia de consentimiento como elemento de la definición del delito. Esto es lo que sucede en el Código penal español a propósito del hurto (art. 234 CP español) o del allanamiento de morada (art. 202 CP español). Sin embargo, en otros tipos delictivos, para proceder a excluir la conducta del sujeto activo del ámbito significativo del tipo se hace necesario proceder a una interpretación gramatical y sistemática del respectivo precepto. En ocasiones, incluso es preciso el recurso a la interpretación teleológica.

En un segundo grupo de casos, a pesar de que concurra el consentimiento del sujeto pasivo, la conducta del agente tiene significado típico, es decir, realiza la descripción típica del hecho delictivo. Sin embargo, aunque se lesione el bien jurídico, cabe que se excluya la tipicidad de la conducta consentida. Esto debe entenderse correctamente. En efecto, la atipicidad no deriva aquí de que la conducta carezca del significado típico (primer nivel de la tipicidad), sino de que el Derecho penal no la desvalora (segundo nivel de la tipicidad).[30] Así pues, la acogida de esta segunda opción presupone la aceptación de la tesis de que en el marco del juicio de tipicidad tienen lugar valoraciones relativas a la coordinación de esferas de bienes —en este caso, regidas por un principio de libertad de disposición—. La consecuencia de ello es que la conducta consentida no constituye un comportamiento penalmente desaprobado. Esto es lo que ocurre en el delito de daños.[31] 23

Un problema particular es el que surge cuando se consiente en la realización de otras conductas lesivas de la intimidad —por ejemplo, en el caso de toma de imágenes— o del honor. En efecto, en estos casos quien consiente asume la afectación lesiva de un bien jurídico con el fin de optimizar otro. Es decir, resuelve una colisión interna de bienes a favor de uno de los bienes en conflicto. Así, quien dispone de su honor o de su intimidad a cambio de dinero asume que va a perder crédito o fama en determinados ambientes, o bien su privacidad. Sin embargo, acepta dicha lesión del honor o la intimidad a cambio de obtener un incremento patrimonial. En estos ámbitos caben tres soluciones sistemáticas. La primera es la que, aun admitiendo que la conducta es lesiva de los bienes del honor o de la intimidad, entiende que, en virtud de la configuración de un espacio de autoorganización del sujeto pasivo, habría que excluir ya la tipicidad de la conducta. De hecho, en ocasiones, el legislador resuelve expresamente este conflicto en la propia redacción del tipo legal.[32] La segunda, por su parte, procede a construir en ellos un supuesto de cancelación de la norma en virtud del ejercicio de una potestad del sujeto pasivo.[33] 24

---

[30] Relativamente próximo, *Luzón Peña*, LH Suárez Montes, 2013, 379 ss.

[31] *Kindhäuser* (2008), 37-38. La doctrina dominante alemana parte de que, en los daños, el consentimiento tiene un efecto justificante, pero la conducta es típica.

[32] Por ejemplo, en el art. 197.1 CP español. En este caso, el consentimiento debe ser entendido como un acto expreso, actual y concreto.

[33] En el original inglés, «*power*».

En fin, la tercera remite estos casos a una causa de justificación.[34] Esta última parece la solución más coherente con lo que se sostiene aquí.

3. LA EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD Y SUS LÍMITES

3.1. Generalidades

25 Los supuestos anteriores aluden al consentimiento sin añadirle otros requisitos adicionales. Sin embargo, como ya se ha indicado, existen situaciones en las que lo decisivo para la exclusión de la antijuridicidad de la conducta del sujeto activo es su adecuación a ciertos requisitos sustantivos y procedimentales establecidos por la legislación extrapenal o la *lex artis* profesional. Ahora bien, lo que sucede es que uno de los requisitos de tal procedimiento es el consentimiento expreso o, como mínimo, presunto del sujeto pasivo. Los ejemplos que se consideran aquí son el de las prácticas deportivas y, en particular, el de la actividad médico-quirúrgica.

3.2. El consentimiento en las prácticas deportivas de confrontación peligrosa o directamente lesiva

26 Como se ha anticipado, en la práctica de deportes peligrosos o directamente lesivos, el factor determinante no es el mero consentimiento. Sin embargo, sin este —expreso o presunto— tampoco podría calificarse aquella práctica como conforme a Derecho. Así pues, el consentimiento a la heteropuesta en peligro dolosa —en deportes violentos— e incluso el consentimiento a la propia lesión —en deportes directamente lesivos, como las diversas variantes del boxeo y la lucha— es condición necesaria, aunque no suficiente, de la licitud de la conducta. En efecto, en tales casos el consentimiento, sumado al respeto de la regulación de la correspondiente práctica deportiva, describe el marco del ejercicio legítimo de esta. En cuanto a los casos de prácticas deportivas informales, al consentimiento se le suma la adecuación social de aquellas, condicionada a que se respeten reglas *mutatis mutandis* análogas a las formales.[35]

27 Por lo demás, en estos casos, el consentimiento prestado a la práctica de la que se trate ampara también algunos excesos en ella. Así, por ejemplo, el boxeador que sube al ring no solo acepta ser golpeado reglamentariamente por el otro, sino también que ello tendrá lugar cometiendo algunas faltas en relación con el reglamento del combate. Estas no se convierten por ello en lícitas, así que son sancionables por las autoridades deportivas. Sin embargo, sí quedan al margen de la jurisdicción penal. Al respecto, cabe sostener que no están prohibidas bajo pena. Así pues, las infracciones previsibles del regla-

---

[34] Contra esta opción, *Kindhäuser* (2008), 25 ss.

[35] Parcialmente distintos, *Paredes Castañón*, ADPCP 1990, 633 ss.; *Modolell*, PolítCrim 16 (2021), 408 ss.

mento se mueven dentro de un «margen de tolerancia», pero únicamente jurídico-penal.[36]

3.3. El significado del consentimiento en la actividad médico-quirúrgica

3.3.1. Planteamiento

28 En la actividad médico-quirúrgica el factor excluyente de la antijuridicidad de la conducta es la observancia de la *lex artis*. Ahora bien, uno de los requisitos sustantivo-procedimentales de esta última es el otorgamiento de un «consentimiento informado», expreso y escrito, por parte del sujeto pasivo. El ejemplo más relevante es el de la actividad médica curativa, en la que la dimensión sustantiva de la *lex artis* se conoce como «indicación médica». Desde luego, en estos casos no es posible negar que la conducta constituye una lesión corporal.[37] Ciertamente, en ellos se produce una lesión concreta de un bien jurídico intrínseco —un corte, una mutilación—, así como el riesgo de otras lesiones mayores.[38] Sin embargo, igualmente se puede sostener la exclusión de la antijuridicidad general y, por tanto, la concurrencia de un permiso fuerte para la realización de tales conductas.[39] Así, por ejemplo, la extracción consentida de sangre a un donante en el marco del procedimiento legalmente establecido no es una conducta atípica, sino una conducta típica, pero conforme a Derecho. En cambio, si se realiza una extracción de sangre a otra persona al margen del procedimiento legal, aunque haya sido consentida, aquella es típicamente antijurídica, aunque puedan establecerse algunas excepciones (*cfr. supra* capítulo 20/80).

29 En tales supuestos no se da un riesgo permitido, ni tampoco un consentimiento en sentido estricto. En efecto, no se trata de un riesgo permitido, porque esta última figura no opera en el caso de los bienes intrínsecos, como son los que están en juego en la actividad médico-quirúrgica (*cfr. supra* capítulo 10/98).[40] Ahora bien, tampoco puede recurrirse en exclusiva al consentimiento como factor justificante, dado que este resulta insuficiente para la permisión de una conducta de lesiones dolosas. En definitiva, lo que excluye la antijuridicidad es el consentimiento del sujeto pasivo, siempre que este sea otorgado en el marco de un procedimiento legal, o en el de una actividad que se repute socialmente adecuada. Con tales condiciones de legitimidad, concurre el ejercicio de un derecho —o el cumplimiento de un deber— (art. 20.7.° CP español). Es decir, el sujeto activo no se mueve únicamente en un espacio

---

[36] En el ámbito angloamericano esta figura se denomina «*constructive consent*».

[37] Sin embargo, un amplio sector doctrinal excluye la tipicidad de la conducta: *Reyes Alvarado*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 846, 849.

[38] *Jakobs* (2012), 43.

[39] *de Vicente Remesal*, RECPC 23 (2021), 54. A esta polémica le subyace el problema de la relación entre integridad corporal y salud.

[40] *Silva Sánchez* (2022), 103 ss., 153 ss.

de libertad jurídico-penal, sino que ejerce una potestad de actuar conferida por el Estado. Esta, entre otros requisitos, exige que obre «por cuenta» y «en interés» del sujeto pasivo.

30 La legislación penal española contempla de modo explícito los supuestos específicos de consentimiento a la extracción de órganos para trasplantes, a la práctica de la esterilización y a la cirugía de cambio de apariencia sexual, siempre que estas intervenciones se realicen en los términos exigidos por la legislación sectorial (art. 156 CP español). En cambio, no menciona explícitamente la actividad médico-curativa general como conjunto de conductas cuya licitud depende de un consentimiento informado y libre. Ahora bien, la legislación médico-sanitaria española dispone que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso» (art. 8 de la Ley 41/2002).[41] Con todo, es importante subrayar que en este punto existen dos excepciones. Por un lado, el denominado «derecho a no saber», en cuya virtud el paciente puede renunciar a recibir información.[42] Por otro, el denominado «privilegio terapéutico» o «situación de necesidad terapéutica». Estas instituciones se concretan en la licitud de la ocultación de información, vulnerando el deber *prima facie* de informar al paciente, por entender que ello podría dar lugar a sufrimiento para este—.[43] La consecuencia de ello es el recurso a las clásicas «mentiras piadosas».[44] Todo ello describe una forma de resolver el conflicto de deberes derivado de la existencia de una colisión interna en el paciente.

3.3.2. La intervención curativa no consentida

31 Un primer supuesto en el que no concurren todos los elementos mencionados es el de la intervención conforme a la *lex artis* en todo lo demás, pero no consentida por el paciente. Al respecto existe una importante controversia. Así, una posición doctrinal constante ha sostenido que la actividad

---

[41] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente.

[42] Así, los arts. 4.1. y 9.1. de la Ley 41/2002: «La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención».

[43] Se establece en el artículo 5.4 de la Ley 41/2002, que lo regula en los términos siguientes: «El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho».

[44] En inglés: «*white lies*».

médica curativa, si es conforme a la *lex artis*, aunque no haya sido consentida por el paciente, no puede reputarse constitutiva de «lesión». En la base de esta concepción se halla una determinada comprensión del principio *salus aegroti suprema lex esto*.[45] Según ella, la actividad curativa sería ya atípica por razones significativas —ni siquiera significaría «lesionar»— y, en consecuencia, no procedería plantear aquí un problema de justificación. Sin embargo, ello no puede sostenerse de modo general por una razón decisiva. A saber, que la *lex artis* médico-sanitaria incorpora como elemento constitutivo el consentimiento informado de todo aquel paciente que está en condiciones de consentir.[46]

Ahora bien, la legislación médico-sanitaria, una vez sentado el criterio **32**
general del consentimiento informado y libre del paciente, añade que los facultativos pueden llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, aunque no cuenten con su consentimiento, «cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a aquel».[47] Así pues, en defecto de la adopción de una decisión favorable a la vida o salud del paciente por parte de las personas vinculadas a este, así como de una autorización judicial, atendiendo a razones de urgencia el personal sanitario puede realizar una intervención no consentida en beneficio de aquellos bienes jurídicos. Esta se halla amparada por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. En definitiva, existen algunos actos médico-sanitarios legítimos pese a no haber sido consentidos.

Más allá de estos casos límite de estado de necesidad, la tipificación en algu- **33**
nos países de un delito específico de «intervención curativa coactiva» pretende hacer frente a la dificultad de calificar como constitutiva de lesiones a una conducta no consentida que, sin embargo, ha tenido como efecto la curación de un enfermo, incluso la salvación de su vida. En efecto, la calificación de la conducta como constitutiva de coacciones es correcta, pero insuficiente. Ciertamente, se trata de una injerencia coactiva, pero además cualificada, en la medida en que tiene lugar sobre la esfera corporal, es decir, sobre el propio ser de la persona. Sin embargo, eso mismo pone de relieve que existe una lesión corporal, que no desaparece sencillamente con el efecto global curativo. En definitiva, los elementos de lesión corporal, de efecto curativo y de consentimiento o ausencia de este desempeñan papeles distintos en el conflicto y no pueden reconducirse el uno al otro.

---

[45] Es decir, que «la salud del enfermo es la ley suprema».

[46] *Maiwald* (1995), 125 ss.; *Corcoy Bidasolo*, LH Torío López, 1999, 261 ss.; *la misma*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 387; *Peñaranda Ramos*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 706; *de Vicente Remesal*, RECPC 23 (2021), 55.

[47] Art. 9.2.b) de la Ley 41/2002.

3.3.3. La intervención consentida al margen de los procedimientos legales o de la lex artis

34 El supuesto inverso al anterior es el de la intervención quirúrgica consentida, pero que no se atiene a la *lex artis*. En principio, tal conducta es penalmente antijurídica. Sin embargo, existe una posición doctrinal, ampliamente compartida en España, que señala que cualquier injerencia física en el cuerpo ajeno, si es consentida por el sujeto pasivo, no resulta típica en la medida en que da cuenta de la autoorganización libre de este último. Tal idea, aplicada al ámbito médico-quirúrgico, se concreta en la máxima *voluntas aegroti suprema lex.*[48] Con todo, el criterio pretende alcanzar vigencia general. Así, la idea es que el consentimiento del sujeto pasivo o, al menos, alguna forma cualificada de este que equivalga a una autopuesta en peligro por parte de quien lo otorga, puede excluir la antijuridicidad de cualquier conducta, aunque esta última sea peligrosa o incluso lesiva para bienes intrínsecos. Ahora bien, lo cierto es que en la *lex lata* española está claro que la mera prestación de consentimiento a unas lesiones dolosas no exime de responsabilidad al autor, sino que únicamente atenúa la pena (art. 155 CP). Por lo tanto, la polémica debe circunscribirse a la determinación de cuáles son esas «formas cualificadas» de consentimiento que equivalen a la autopuesta en peligro del sujeto pasivo. En concreto, por ejemplo, si lo son las relaciones sexuales aceptadas a sabiendas de que conllevan el riesgo de contagio de alguna enfermedad (*cfr. supra* capítulo 14/141).[49]

35 En términos interpretativos, quienes acogen esta premisa pretenden llegar a la exclusión de la tipicidad del delito mediante el recurso a una reducción teleológica del tipo de lesiones imprudentes o dolosas —o incluso de los tipos de delito del homicidio imprudente o doloso—. En efecto, la referida opinión parte de que el *telos* de protección de los delitos de lesiones es la salud, entendida como una dimensión del libre desarrollo de la personalidad en términos de bienestar. En consecuencia, concluye que las lesiones consentidas quedan fuera del alcance de la norma de conducta de las lesiones. Sin embargo, a esta posición cabe objetar, en primer lugar, el tenor literal de la regulación española del consentimiento en las lesiones, con respecto a la que aquella tiene que practicar una interpretación derogatoria —*interpretatio abrogans*—. Además, en segundo lugar, se le puede oponer que parte de una disponibilidad libre e incondicionada sobre la integridad corporal. Sin embargo, esta no se puede sostener ni con base en la Constitución ni a partir de una interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico. En tercer lugar, cabe añadir que toda la legislación médico-sanitaria parte de la exigencia de una doble legitimación de la conducta, con base en el consentimiento informado y el seguimiento de la *lex artis*. Incluso, en ocasiones, con el requisito adicional del seguimiento de un procedimiento administrativo que comprende las corres-

---

[48] Esto es, que «la voluntad del enfermo —o del paciente— es la ley suprema».

[49] En sentido afirmativo, *Cancio Meliá*, GA 2021, 355 ss.; *Gimbernat Ordeig*, LH Queralt Jiménez, 2021, 217 ss.

pondientes autorizaciones. Así, por ejemplo, en relación con los tratamientos experimentales y los ensayos clínicos de medicamentos, existen procedimientos específicos que rigen su mantenimiento en el marco de la *lex artis*.

Todo lo anterior exige una valoración cuidadosa de aquellos casos en los 36
que el médico, otro profesional sanitario o un particular sin cualificación médico-sanitaria —por ejemplo, un curandero— abandona la *lex artis* para llevar a cabo tratamientos (supuestamente) curativos no admitidos por la comunidad científica —o paramédicos—.[50] En este punto es preciso distinguir entre el consentimiento prestado a la conducta de lesión directa dolosa y el que se dé con respecto a los posibles efectos colaterales imprudentes. En efecto, el primer supuesto se debe someter al criterio general de las lesiones consentidas no amparadas por ninguna *lex artis* reconocida. Como se ha reiterado, este no posee efecto justificante, sino solo uno de atenuación de la pena (art. 155.1 CP español). En cambio, cabe discutir si el segundo puede quedar amparado por el «consentimiento al riesgo»,[51] cuya concurrencia puede plantearse en cualquier sector de actividad. Ahora bien, una interpretación sistemática de la legislación española parece poner de relieve que la eficacia solo atenuante del consentimiento en las lesiones alcanza también a las imprudentes (art. 155 en relación con el art. 152 CP español). *A fortiori*, no podría tener un efecto eximente si el riesgo colateral de la conducta es de muerte. Por lo tanto, aunque sin descartar que el consentimiento pueda llegar a eximir en algún caso de producción imprudente de lesiones, parece razonable optar por la solución de la atenuación de pena hasta dos grados.

Adicionalmente, la concurrencia de los requisitos del consentimiento del 37
sujeto pasivo a la conducta supuestamente curativa de un tercero, que se realiza al margen de cualquier procedimiento legal o de la *lex artis*, plantea numerosos problemas. Por un lado, en tal supuesto deben ser especialmente rígidas las exigencias en cuanto a la información que ha de preceder a su otorgamiento. Ahora bien, con frecuencia no se da tal información, que debe alcanzar a los límites reales del tratamiento, sus riesgos y sus alternativas. Ello impide que pueda hablarse de un consentimiento informado y libre. Por otro lado, en muchos de los casos no cabe excluir la concurrencia de dolo eventual en relación con los efectos colaterales.

3.3.4. Los problemas de la cirugía estética y del tratamiento de las disforias corporales

La enorme difusión social de las prácticas de cirugía no terapéutica con- 38
sentida hace difícil plantear siquiera el problema de los límites de su licitud. Desde luego, ciertas operaciones quirúrgicas de transformación corporal han sido progresivamente incluidas en el ámbito de la *lex artis* curativa, entendida

[50] *Silva Sánchez* (1999), 45 ss.

[51] Ya *Berdugo* (1982), 75 ss.

en sentido amplio, como contribución al bienestar psico-físico del paciente. Así, en primer lugar, lo ha sido —con claridad— la denominada «cirugía reparadora» de malformaciones naturales o derivadas de accidente.[52] En segundo lugar, también la «cirugía cosmética»:[53] la liposucción, la corrección de pabellones auriculares muy separados del cráneo, las intervenciones faciales, la implantación de prótesis de senos o glúteos y, con menos claridad, ciertas delicadas intervenciones estético-genitales. Por lo demás, otras prácticas, que ni siquiera reciben la calificación de médico-quirúrgicas, como los tatuajes, o la perforación del cuerpo para colocar pendientes o aretes,[54] se mueven —aunque cabe hacer distinciones cuantitativas— entre la adecuación social y la insignificancia.

39 Con todo, más allá de lo anterior, es preciso formular reservas en un doble sentido.[55] En primer lugar, hay que subrayar la imposibilidad de asumir un absoluto «relativismo» o «subjetivismo estético», que conduzca a la licitud de la práctica de cualesquiera mutilaciones consentidas. Por lo tanto, en los casos en los que no es razonable calificar la pretensión del sujeto pasivo como terapéutica, la respectiva intervención quirúrgica no debe considerarse integrada en la *lex artis*. En efecto, esta última no puede ir más allá de la racionalidad.[56] Desde luego, este criterio vale para cualesquiera transformaciones corporales. Sin embargo, *a fortiori* debe sostenerse para aquellos casos en los que la transformación implica no solo una lesión, sino incluso una auténtica mutilación. Por ejemplo, aquellos en los que el sujeto pasivo pretende —y obtiene— su «animalización», esto es, la transformación progresiva de su apariencia externa en la de un lagarto o un tigre. En segundo lugar, hay que formular reservas, no ya sobre el contenido de la intervención quirúrgica pretendida, sino sobre la relevancia del consentimiento prestado. Por un lado, este problema se plantea en el caso de los menores, a los que les puede faltar la madurez necesaria para consentir. Por otro lado, algunas pretensiones de transformación corporal pueden responder precisamente a psicopatologías subyacentes del sujeto.[57] En ambos casos, es preciso proceder con sumo cuidado. En definitiva, la conducta del médico que, de forma frívola, procede a la intervención quirúrgica, en lugar de derivar al paciente al correspondiente tratamiento psiquiátrico, puede incurrir en un delito de lesiones.

40 El problema más comentado en los últimos tiempos ha sido, sin duda, el de la «disforia de género» y su relación con las intervenciones quirúrgicas de cambio de la apariencia sexual. Sin embargo, más allá de dicho trastorno, existe una «disforia de integridad corporal», es decir aquella otra afección

---

[52] Ya *Romeo Casabona* (1981), 174 ss.

[53] *Jorge Barreiro* (1990), 22 ss.; *Guérez Tricarico* (2012), 65 ss.

[54] El denominado «pirsin», del inglés «*piercing*».

[55] Así, *Baker*, NCLR 17 (2014), 587 ss.

[56] *Frisch*, GA 2021, 65 ss.

[57] Al respecto, *Wagner* (2015), 216 ss., 238 ss.

psiquiátrica que conduce a que la persona afectada solicite la práctica de mutilaciones de todo tipo. Pues bien, existen razones de sentido común para sostener que la mutilación corporal no puede constituir la terapia de un trastorno psíquico. Así las cosas, si tal mutilación es dolosa, el consentimiento del paciente solo puede tener un efecto atenuante (art. 155 CP); en cuando a los imprudentemente generados, debe recurrirse a los criterios generales del consentimiento al riesgo. Con respecto a lo anterior, es cierto que el legislador puede ampliar el catálogo de los supuestos en los que entiende que unas determinadas mutilaciones son conformes con la *lex artis*. De hecho, ya lo hizo cuando, en su día, añadió a la legislación sectorial relativa a la extracción de órganos para trasplantes, la correspondiente a la práctica de la esterilización y a la cirugía de cambio de sexo (art. 156 CP español). Esa es su competencia —y su responsabilidad política, social y jurídica—.[58]

3.3.5. Los problemas de otras prácticas médicas consentidas

Existen muchos otros supuestos en los que la concurrencia de consentimien- 41
to por parte del sujeto pasivo no obsta a la ilicitud de la conducta del médico. Así, por ejemplo, la práctica médica de una mutilación o de cualquier otra lesión con el fin de que el paciente obtenga una pensión, o de practicar la mendicidad, es antijurídica y, por lo tanto, resulta irrelevante que sea consentida.[59] Esto significa que no solo puede ser constitutiva de favorecimiento de la correspondiente conducta fraudulenta, sino también de lesiones corporales. Un segundo ámbito al que es preciso aludir es el relativo a los tratamientos de reversión de la orientación sexual. Para identificar cuáles son estos es preciso acoger la distinción —que no tiene naturaleza médica, sino básicamente ideológica— entre las denominadas «terapias afirmativas» y las llamadas «terapias de conversión». En efecto, la legislación española prohíbe administrativamente las «terapias de conversión», aunque estas sean consentidas; sin embargo, no está claro que el consenso médico —la *lex artis*— vaya en la misma línea. Por lo tanto, dada la divergencia entre la reglamentación administrativa y el consenso médico, se plantea la cuestión de cómo integrar la legislación penal en materia de lesiones.

Un tercer ámbito de cuestiones polémicas, muy distinto de los anteriores, 42
es el relativo a las prácticas de «mejoramiento» transhumano. En efecto, las intervenciones de «neuromejora», que pasan por el implante de microchips en el cerebro, al igual que otras formas de «biomejora» mediante el recurso a diversas tecnologías, no son reconducibles al ámbito de lo terapéutico. En este ámbito, la «neuromejora» o «biomejora» coactivas pueden aparecer como forma de pena y de medida de seguridad, e igualmente como condición de la

---

[58] Además, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

[59] *Wagner* (2015), 218 ss.

obtención de beneficios penitenciarios.[60] Ahora bien, estos no son los únicos casos problemáticos. Por el contrario, también genera múltiples problemas jurídico-penales la prestación de servicios de neuromejora o biomejora por parte de las grandes compañías tecnológicas, con el (supuesto) consentimiento del sujeto pasivo. En efecto, surgen dudas acerca de que este sea un consentimiento plenamente informado y en relación con si tal injerencia en ámbitos intrínsecos de la identidad y la intimidad humana puede ser objeto de consentimiento. En este ámbito es en el que se ha abierto la discusión sobre los denominados «neuroderechos», todavía pendientes de concreción y desarrollo.[61]

3.4. Las lesiones sadomasoquistas

43 El consentimiento en las lesiones sadomasoquistas no solo afecta a la indisponibilidad de la integridad física, sino también a la indisponibilidad de la integridad moral de la persona que consiente —a la que, no en vano, se denomina «sub», «dominada» o «esclava»—. En efecto, tales lesiones, por consentidas que sean, no solo consisten en la causación de dolor, sino también en el sometimiento, la humillación y la tortura. Ello impide que sean lícitas.[62] Ciertamente, existe una patente diferencia entre estas prácticas y las de los deportes consustancialmente violentos, antes mencionados, que a veces se toman como término de comparación. En estos últimos se trata desde luego de dolor físico, pero no de humillación, es decir, de un atentado a la integridad moral de una de las partes. Por lo demás, la práctica de algunos de los deportes connaturalmente violentos, como, por ejemplo, el boxeo, se halla legalmente regulada. Este factor se suma al consentimiento prestado, que tiene por objeto tanto la actividad como su adecuación a las reglas establecidas. Una estructura análoga a esta es la que se da cuando el consentimiento tiene lugar en el marco del procedimiento informal propio de una actividad socialmente adecuada. En este caso, el consentimiento prestado, que por sí solo sería insuficiente, se complementa de nuevo con la adecuación social, que le dota de «racionalidad».

4. LA ATENUACIÓN DEL INJUSTO O DE LA CULPABILIDAD

44 En conclusión, en las situaciones que se relacionan con los denominados «bienes indisponibles», el consentimiento no excluye la antijuridicidad de la conducta del sujeto activo. Sin embargo, puede atenuar de modo muy relevante la pena. En la legislación española, ello no sucede solo a propósito de las lesiones comunes (art. 155 CP) sino también en relación con ciertos casos

---

[60] *Bomann-Larsen*, Neuroethics 6 (2013), 65 ss.

[61] *Bublitz/Merkel*, CL&Phil 8 (2014), 51 ss.

[62] Así, en la sentencia de la Cámara de los Lores de 11 de marzo de 1993 (en el caso conocido como «*Regina vs. Brown*»), confirmada por la STEDH de 19 de febrero de 1997 (Laskey, Jaggard y Brown c. Reino Unido); también STEDH de 17 de febrero de 2005 (K.A. y A.D. c. Bélgica).

de auxilio al suicidio, intermedios entre el denominado auxilio ejecutivo al suicidio y al homicidio consentido (art. 143 CP). Ahora bien, estos últimos requieren la concurrencia de padecimientos en el sujeto pasivo (art. 143.4 CP). Por ello es objeto de discusión cuál es la razón de esta atenuación; en concreto, puede debatirse si responde a un menor contenido de antijuridicidad, a una presunción de exigibilidad disminuida, o a ambas cosas. En todo caso, en los bienes indisponibles el consentimiento no excluye la antijuridicidad, ni siquiera si el sujeto contribuye a su propia autolesión; así pues, la conducta lesiva aun consentida no puede ser atípica ni estar justificada. Basta mencionar que, en la legislación española, no solo son punibles la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, sino que su contexto está dando lugar a la incriminación de delitos de peligro.[63]

Ciertamente, esta consideración se opone al punto de vista de quienes con- 45
sideran que todos los bienes jurídicos son disponibles. Es decir, que todos ellos deben ser reconstruidos procedimentalmente como espacios de libertad individual, sin que posean ninguna base sustancial. Frente a ello, hay que subrayar que existen bienes cuya sustancia impide su redefinición como dimensiones de la libertad de su titular. En efecto, los bienes jurídicos indisponibles reflejan algo distinto de la libertad: a saber, la identidad e integridad sustancial, física y moral, de la persona. Una excepción a todo esto viene dada por algunos casos de heteropuestas en peligro consentidas. Como se expuso en su momento, la doctrina debate sobre si ciertas heteropuestas en peligro consentidas por sujetos adultos pueden equivaler a las autopuestas en peligro, de modo que la conducta del sujeto activo se repute conforme a Derecho. Pues bien, parece consolidarse como posición dominante la de que ello tiene lugar si la intervención del sujeto pasivo en el hecho alcanza cierta esencialidad organizativa, adicional a la mera prestación del consentimiento. Como se ha indicado, se ha pronunciado también en este sentido la jurisprudencia española a propósito del contagio de enfermedades en el marco de relaciones sexuales consentidas.

IV. LA DOCTRINA DE LOS BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES E INDISPONIBLES

1. GENERALIDADES

Como se ha indicado, es usual clasificar los bienes jurídicos en disponibles 46
e indisponibles. Sin embargo, esta bipartición ha perdido capacidad expresiva. En realidad, es más útil distinguir entre bienes absolutamente indisponibles, bienes condicionadamente disponibles y bienes incondicionadamente disponibles. Ello permite afirmar, en primer lugar, que no existe ningún bien radical e incondicionadamente disponible, pues al sujeto que dispone se le exigen, como mínimo, ciertos requisitos de capacidad, conocimiento y volun-

[63] Además del art. 143.1. y 2., pueden consultarse los arts. 143 bis, 156 ter y 361 bis CP.

tad, cuya ausencia determina la imposibilidad de disposición. Además, en segundo lugar, da pie a advertir una cierta evolución en el sentido de exigir nuevas condiciones a la prestación del consentimiento del sujeto pasivo para que este sea válido —el caso de los delitos contra la libertad sexual es el más relevante—. En definitiva, la que ha experimentado un amplio crecimiento en las últimas décadas es la categoría de los bienes condicionadamente disponibles. Por un lado, porque bienes tradicionalmente disponibles han pasado a ver incrementadas las condiciones de su disponibilidad. Por otro, porque bienes tradicionalmente indisponibles, como la vida y la integridad física, han pasado a ser disponibles bajo determinadas condiciones formales. *De lege lata*, la categoría de los bienes radicalmente indisponibles queda entonces ceñida a la integridad moral y, paradójicamente, a ciertos derechos constitucionales no vitales que se reputan irrenunciables, en la que medida en que van asociados a un bien jurídico supraindividual.

2. LOS BIENES DISPONIBLES

47 Un bien es disponible cuando el Estado no pone límites a la relevancia de la decisión de su titular —o, en algunos casos, también a la de otro que obra en su nombre, o por cuenta de él— sobre su protección jurídico-estatal. En efecto, en tal caso, el consentimiento no solo excluye la protección jurídico-penal, sino también la civil y la administrativa. En definitiva, si el sujeto pasivo consiente, la conducta del sujeto activo no infringe el ordenamiento jurídico. Sin embargo, como se ha indicado, ningún bien es incondicionadamente disponible. Desde luego, para que su disposición sea jurídicamente vinculante, el titular del bien debe cumplir una serie de condiciones. Estas condiciones generales son, entonces, las que establecen los criterios para la desprotección jurídico-estatal del bien.

48 En las últimas décadas ha tenido lugar una creciente procedimentalización del consentimiento en relación con los bienes jurídicos disponibles. Tal formalización pretende, en primer lugar, contribuir a proporcionar seguridad jurídica en ámbitos tradicionalmente desformalizados, en los que ello ha sido fuente de conflictos. Por tanto, su pretensión es fundamentalmente probatoria, y no tanto la de dotar al consentimiento de una mayor base cognoscitiva. En esta línea, un primer ámbito vino dado por el consentimiento informado en las actividades médico-terapéuticas. Sin embargo, en los últimos años, el ámbito fundamental ha sido el de las relaciones sexuales y la difícil prueba, en casos límite, de si han sido consentidas o no. En la práctica, la formalización genera una tendencia a excluir la relevancia del consentimiento presunto, del concluyente, del consentimiento expreso gestual e incluso del consentimiento verbal oral. Así, tiende a configurarse un espacio en el que solo sería relevante el consentimiento escrito, susceptible de ser documentado. Por lo demás, va aparejada a una disección de los objetos del consentimiento. En este sentido, se tiende a negar la relevancia de un consentimiento genérico, que conlleva su carácter prospectivo con respecto a ciertos actos futuros concretos del sujeto

activo. A este respecto, se trata de que el consentimiento siempre sea simultáneo o sincrónico. El ejemplo más plástico de estas dos tendencias ha sido la difusión en los campus norteamericanos de ciertas aplicaciones tecnológicas para documentar los términos del consentimiento a una relación sexual.

3. EL CASO DE LOS BIENES INDISPONIBLES

3.1. Generalidades

Los bienes personales intrínsecos son indisponibles. En efecto, en el caso de **49**
la vida, la integridad física, la salud psico-física y la integridad moral, la comunidad política no puede ceder en ningún caso a la voluntad actual del titular la decisión sobre la protección jurídica del bien.[64] Esto es así porque tales bienes jurídicos no son disponibles ni siquiera por la propia comunidad política. Ciertamente, en algunos casos los Estados promulgan leyes de disponibilidad condicionada de dichos bienes. Por su parte, algunos autores sostienen que los casos de conductas lesivas consentidas se convierten en delitos sin víctima. Sin embargo, ello conlleva atribuir a la voluntad actual de un sujeto un peso de la que esta carece. Desde luego, la identidad personal de un sujeto no se puede reducir a su voluntad actual —a su espontaneidad—.

Por otro lado, los bienes denominados supraindividuales son solo dispo- **50**
nibles por su titular, que no es la persona individual.[65] En efecto, en ellos se trata básicamente de la vigencia de un orden estatal de protección, de modo que solo el Estado que establece dicho orden puede consentir en las excepciones a este. Ello tiene lugar mediante el establecimiento de modelos legales de accesoriedad administrativa del Derecho penal, que dan pie al dictado de disposiciones permisivas —autorizaciones, licencias—. Ahora bien, esto plantea el problema de ciertos derechos que derivan de dicho orden estatal, y que se reputan irrenunciables. Este es el caso, por ejemplo, de los derechos laborales, cuya renuncia parcial —por ejemplo, a una condición de trabajo—, no redunda necesariamente en una afectación a la integridad moral del sujeto. En estos casos se discute la relevancia jurídico-penal del consentimiento prestado, con independencia de que en general este pueda reputarse, en alguna medida, contractualmente viciado.

3.2. Los bienes intrínsecos como bienes indisponibles

3.2.1. Su naturaleza

Un ser humano no puede disponer sobre su corporeidad —vida e integri- **51**
dad física, que determinan su identidad física—, igual que tampoco puede

---

[64] Distinto, *Lascuraín Sánchez* (2021), 95 ss., aunque con matices. Radicalmente crítico, *Maniaci*, Diritto e Questione Pubblica 2014, 669 ss.

[65] *Íñigo Corroza*, ADPCP 2022, 174 n. 11.

hacerlo sobre su racionalidad, su capacidad de ser libre, ni sobre su identidad e integridad moral. Estos son elementos auto-constitutivos. La conducta de un tercero que suponga una lesión física, psíquica o moral siempre es ilícita, de modo que la mutilación, el enloquecimiento y la tortura de otra persona, aun consentidas por esta, son antijurídicas. En realidad, puede afirmarse que el «yo mismo» no le pertenece a la persona, igual que tampoco le pertenece el «yo ajeno». Por razones de entidad casi lógica, la relación de cada uno con su «yo corporal» —y espiritual— no es de propiedad, sino de administración leal.

3.2.2. La deficiente base antropológica de las posiciones dominantes: del dualismo cartesiano al voluntarismo emotivista

52 La posición contraria, ampliamente dominante, se basa en una antropología defectuosa. En efecto, esta se caracteriza, en primer lugar, por acoger las premisas del dualismo antropológico cartesiano, que distingue entre la mente —como *res cogitans*— y el cuerpo —como *res extensa*—.[66] A continuación, pasa a considerar que el cuerpo humano es un objeto externo, del que la mente humana es propietaria. En términos jurídicos, esta posición se caracteriza por la separación de la «persona» —como titular de derechos— y el «ser humano» —como objeto perteneciente al mundo empírico—. Es decir, por la ruptura de la unidad antropológica básica. Ahora bien, han existido dos concepciones fundamentales sobre qué dimensión de la «mente» debe ser considerada la dominante —en definitiva, qué concepto de persona debe acoger un Derecho que asuma las referidas premisas dualistas—. Al respecto, durante tres siglos (XVII-XIX) se consideró que la dimensión fundamental de la mente era la racional-reflexiva. Ciertamente, ello condujo a acoger la noción de autonomía del sujeto racional como idea central. En efecto, la autonomía racional aparece como fundamento de la autolegislación y fuente de exclusión de toda forma de heterolegislación, características de aquellos siglos. Sin embargo, es precisamente en tal contexto racionalista en el que pueden situarse algunas de las tesis filosóficas fundamentales relativas a la ilicitud moral o jurídica del suicidio. Su punto de partida es que, desde una perspectiva racional, ningún sujeto autónomo puede pretender su autodestrucción. En cambio, las últimas décadas del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI —la llamada modernidad tardía o postmodernidad— se ha caracterizado por el reduccionismo de la mente a su dimensión volitiva-desiderativa —la realización personal mediante la satisfacción de la pulsión, esto es, del deseo inmediato—.[67] Esta nueva variante del dualismo, aún más deficiente que la anterior, se expresa en la frase de que «tenemos un cuerpo» y que con él cada uno puede hacer lo que le viene en gana en cada momento.

---

[66] René Descartes —*Renatus Cartesius*— (1596-1650).

[67] La influencia filosófica de Nietzsche y, luego, la del «cocktail» ideológico marxista-freudiano-gramsciano que dio lugar a la llamada «revolución de mayo de 1968», han sido decisivas.

Lo anterior permite advertir que la inicial fragmentación antropológica 53
«cuerpo/mente» condujo luego a una segunda ruptura —entre inteligencia y voluntad— y esta última, todavía a una tercera —entre voluntad inmediata y voluntad a medio o largo plazo—. Eliminado cualquier residuo de racionalidad, lo prevalente es el deseo del «aquí y ahora». Sin embargo, lo cierto es que la autonomía —entendida correctamente como auto-normatividad— conduce a que el sujeto se vincule a sí mismo, es decir, a que se autolimite.[68] Tal autolimitación se produce mediante oponer a los deseos de primer orden las razones independientes del deseo. En todo caso, conlleva la definición de un bien que no coincide con el impulso momentáneo, y que permite una evaluación crítica de los deseos.[69] La identificación de tal *nomos*, que orienta el ejercicio de la autonomía, constituye —si se quiere— una forma de auto-paternalismo o de altruismo en relación con uno mismo —con el «yo del futuro»—.[70] Sin embargo, solo ello permite superar las fases episódicas de debilidad —más o menos frecuentes— en aras de ampliar la libertad de elegir el propio bien. Ahora bien, este autopaternalismo, que toda persona razonable ejerce —por ejemplo, limitando su pereza o su gula—, puede también delegarse en la comunidad política.

En el último medio siglo, la ideología de la emancipación, que se halla en la 54
base del programa político-jurídico de la modernidad, ha desvinculado el ejercicio de la autonomía de su sustrato en un *nomos* racional. Por lo tanto, se ha distanciado del argumento ilustrado que rechaza que la voluntad de un sujeto racional pueda negar su subjetividad o su racionalidad, transmutando la lógica de la autonomía en la del deseo contingente. En concreto, la tesis de la realización de la voluntad actual —del deseo contingente— ha conducido a la emancipación de este con respecto a cualquier límite externo. De modo consecuente, ha pasado a sostener que el Estado debe limitarse a crear el marco de las condiciones de un consentimiento formalmente libre, algo que la doctrina mayoritaria del Derecho penal tiende a asumir. En efecto, en esta última el paradigma cartesiano se impuso hace siglos y, además, se ha completado con la mencionada concepción volitiva de la autonomía personal. Así, es común sostener que la integridad corporal no es protegida como elemento aislado de la persona del portador, sino solo como posibilidad del propio desarrollo. De este modo, se añade que no puede existir ningún tipo de lesión del bien jurídico cuando un comportamiento se basa en el consentimiento del titular. El argumento que se ofrece es que, en tal caso, no se ve afectado el libre desarrollo, sino que se expresa.[71]

---

[68] El término «auto-nomía» no significa otra cosa que fijarse (*autós*) una propia ley (*nomos*), con base en la racionalidad personal, y seguirla. Por tanto, la autolegislación no significa que el individuo se dé la ley de su actuar en cada momento mediante un arbitrio cambiante. Esto es, claramente, una absoluta desorientación.

[69] *MacIntyre* (2001), 87 ss. 90-91; *Searle* (2000), 33: «la mayor parte del razonar práctico consiste normalmente en arbitrar entre deseos u otras clases de razones que están en conflicto, que son inconsistentes».

[70] *Searle* (2000),162-163.

[71] *Escudero García-Calderón* (2014), 129.

3.2.3. La posición realista

3.2.3.1. Las premisas

55 En realidad, no es que la vida, la integridad física, psíquica y moral sean «bienes», pero indisponibles. Lo que sucede es que el ser humano también es esencialmente «corpóreo».[72] Por tanto, la vida, la integridad física, psíquica y moral no son meros bienes para el ser humano.[73] Afirmarlo supone, de nuevo, incurrir en el error de considerar al ser humano un ente mental. Por el contrario, tales bienes —conforme a la tradición grecorromana y cristiana clásica— deben reputarse intrínsecos, en el sentido de que son el ser humano mismo. Por tanto, quien, aunque sea con el consentimiento del sujeto pasivo, lesiona «bienes» indisponibles, en realidad niega la personalidad del afectado. Ello es así porque nadie puede ser considerado dueño de sus miembros —*dominus membrorum suorum nemo videtur*—.[74] En efecto, no es lícito disponer del propio cuerpo, ni en su totalidad, ni de los órganos vitales que lo integran.[75]

3.2.3.2. La coherencia del ordenamiento jurídico

56 La tesis de que no existen bienes indisponibles es descriptivamente falsa, en cuanto a cualquier ordenamiento jurídico pasado y presente. En efecto, como se ha indicado, todos los Estados, por razones lógicas, paternalistas, utilitaristas o de psicología social, han establecido límites a la disponibilidad de los bienes.[76] La vigencia del principio de indisponibilidad de la vida, así como de la integridad física y moral,[77] no representa tampoco una excepción en el conjunto del ordenamiento jurídico. En efecto, el consentimiento del afectado es irrelevante en relación con conductas contrarias a la integridad moral que podrían reputarse menos graves. Por ejemplo, el denominado «lanzamiento de enanos»[78] o el espectáculo conocido tradicionalmente en España como «el bombero torero». Más aún, la disponibilidad está excluida también con respecto a otros derechos de rango constitucional inferior —o incluso de rango no constitucional—. Así, por ejemplo, una amplia doctrina sostiene que el consentimiento es irrelevante en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores.

---

[72] *MacIntyre* (2001), 20, 23.

[73] *Agacinski* (2020), 44.

[74] «Nadie puede ser reputado dueño de sus miembros» (Ulpiano, D. 9.2.13). Frente a ello, John Locke (1632-1704) afirmaba: «*Every man has a property in his own person*» (Second Treatise of Civil Government, 1690, Ch. 5).

[75] *García Manrique*, Revista de Bioética y Derecho 40 (2017), 49 ss.; *el mismo*, Doxa 42 (2019), 309 ss.

[76] *Kindhäuser*, FS Sancinetti, 2020, 510.

[77] *Jakobs* (1998), 15: un «contrato de esclavitud» es antijurídico.

[78] Este consiste en una competición entre varios contendientes, para ver quién lanza más lejos a una persona de poca estatura —con microsomia—. Normalmente se practica en bares o en locales de espectáculos. El Consejo de Estado francés, en su resolución de 27 de octubre de 1995, determinó que vulneraba el «orden público».

Como se advierte en todos estos casos, la dignidad humana establece el límite infranqueable del ejercicio de la autonomía, pues esta última es inferior a aquella.[79] Además, dicho límite adquiere especial intensidad cuando se trata de consecuencias irreversibles. Por eso resulta perfectamente inteligible que el suicidio y la prestación de consentimiento al propio homicidio se consideraran, por Kant[80] y por Hegel,[81] como expresiones —respectivamente— de la infracción de un deber, moral o jurídico frente a uno mismo. En efecto, ambos filósofos partieron de la lógica de una libertad que, por su racionalidad intrínseca, no puede conducir a la destrucción de la propia existencia racional. Frente a todo ello, ciertamente cabe que exista una errónea política estatal que se muestre favorable a la disponibilidad. Sin embargo, esta se tendrá que limitar a sostener la no punibilidad de determinadas conductas; lo que no puede hacer es afectar al orden de la juridicidad de las conductas relativas a delitos que son *mala in se*. Con respecto a estos, el orden de lo jurídico es indisponible tanto para la persona como para el Estado. Así pues, la declaración de licitud de conductas *mala in se* con base en el consentimiento del afectado es materialmente contraria a la justicia en su relación con el bien común. En cambio, en el ámbito de los delitos *mala in se* periféricos y de los *mala quia prohibita* el Estado sí puede definir y redefinir el orden de conductas en atención al consentimiento del sujeto pasivo, y de hecho lo hace de modo constante. 57

3.2.4. La disposición limitada sobre bienes indisponibles. Consentimiento y procedimiento en el trasplante de órganos

Como ya se ha indicado, el alcance del consentimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad se vincula de modo explícito[82] o implícito a la racionalidad práctica —o a la emocionalidad irracional— dominante en cada momento histórico. Expresado de otro modo, los límites de la relevancia del consentimiento requieren una *determinatio* —correcta o errada— acerca de cuál es el «bien común». Así pues, lo decisivo es la inserción del consentimiento del sujeto pasivo en un «esquema de racionalidad de acción» compartido por el conjunto de la sociedad o, sencillamente, mayoritario en el poder legislativo, que lo concreta en la legislación administrativa y penal. Pues bien, ciertamente en el plano teórico sería posible pensar en una sociedad en la que la concepción del bien (que ya no podría ser «común») fuera la total emancipación de 58

---

[79] *Köhler*, AT, 1997, 25 ss., 29; *Maatsch* (2001), 231-232; *Baker*, NCLR 12 (2009), 98 ss. En contra, *Feinberg* (1986), 68 ss.

[80] Dado que el concepto kantiano de dignidad se basa en la no-instrumentalización, no son indignos únicamente los actos de heteroinstrumentalización, sino también los de autoinstrumentalización. En particular, el suicidio.

[81] *Hegel* (1820), § 70. Así, en la actualidad, *Tadros* (2015), 200 ss., sobre la base de la existencia de obligaciones de autocuidado; esto es, de una variante de las incumbencias. A su juicio, estas tienen por objeto proteger la propia autonomía y, como consecuencia de ello, también la limitan. Así, por ejemplo, se infringen por el consumo de drogas o el suicidio.

[82] *Bergelson*, Rutgers L. R. 60 (2008), 723 ss.; *la misma*, Ohio S. J. C. L. 12 (2014), 171 ss.

la voluntad individual cambiante, en cualquiera de sus formas. Es más, incluso cabe afirmar que las sociedades occidentales de la postmodernidad avanzan por esta vía de irracionalismo individual y colectivo. Sin embargo, un análisis de los supuestos de relevancia absoluta, relevancia relativa e irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo —en el pasado y en el presente— permite concluir, de momento, lo contrario. En este contexto, la referencia a la racionalidad se vincula con una cierta noción de lo bueno, que trasciende a la mera expresión de su preferencia por un sujeto.[83] El mecanismo establecido para valorar si se dan las condiciones materiales establecidas es, normalmente, la adecuación a un procedimiento gestionado por expertos.

59 Al respecto, es gráfico el ejemplo de las extracciones de órganos para trasplantes de órganos, limitadamente autorizadas en el caso de donantes vivos.[84] En efecto, si la extracción y el trasplante se llevan a cabo al margen del procedimiento legal, entonces se comete el delito del art. 156 bis CP, cuyo tipo de injusto realiza también el sujeto que vende el órgano. Ahora bien, si se enmarcan en un procedimiento legal de trasplante, no existe el delito. En este último caso, el consentimiento del sujeto titular del órgano constituye uno de los requisitos del procedimiento. Además, no tiene que mostrar en todos los casos la misma intensidad. Así, en el caso de la donación *inter vivos* se requiere un consentimiento fuerte —expreso, escrito e informado—. En cambio, para la donación de órganos que sean extraídos *post mortem* basta con un consentimiento débil, admitiéndose incluso la vigencia de presunciones.

60 Una condición de la disposición sobre los órganos para el trasplante es la gratuidad.[85] Ello es absolutamente razonable, a pesar de la oposición de la doctrina liberal que sostiene que no existe ningún obstáculo jurídico para la existencia de un mercado de órganos. Lo cierto es que una primera razón contra dicho mercado deriva de las dudas en cuanto a que el consentimiento del donante sea libre y no se otorgue en contextos de abuso de una situación de necesidad económica. Ahora bien, una segunda razón, previa a la anterior, se desprende de la determinación de lo adecuado al bien común. Argumentos no solo deontológicos —derivados de la dignidad humana— sino también utilitaristas de la regla —relativos al efecto de la pendiente resbaladiza— determinan que no todo debe ser objeto de posible compraventa.[86] En efecto, una vez que los órganos del cuerpo humano entran en un mercado, no hay por qué pensar que su consideración de *res intra commercium* se circunscriba al negocio jurídico de compraventa. En coherencia, podrían también ser pignorados en garantía del cumplimiento de una deuda. Y, en consecuencia, ser sometidos a ejecución forzosa. Así, se daría la paradoja de que un ordenamiento jurídico que ha prescindido de las penas corporales por razones de humanidad pasaría

[83] *Birnbacher* (1991), 33.

[84] En España, el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre.

[85] Así, el art. 3.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

[86] *Sandel* (2013).

a admitir la ejecución forzosa sobre órganos del cuerpo. Es decir, que excluiría la prisión por deudas, pero admitiría la pérdida de órganos por deudas.

4. LAS CONDUCTAS DESPENALIZADAS DE HOMICIDIO A PETICIÓN

4.1. Generalidades

En las últimas décadas se ha intensificado el debate jurídico y político acer- 61
ca del derecho individual a que el Estado proporcione la muerte a petición. En algunas legislaciones positivas, entre ellas la española, se han introducido leyes de homicidio a petición, que reciben denominaciones diversas —en general, las eufemísticas de «eutanasia» o de «suicidio asistido»—. La primera denominación subraya la existencia de una dimensión emocional, de supuesta compasión («eu-tanasia» = buena muerte). Por su parte, la segunda hace hincapié en un elemento de autonomía individual («sui-cidio» = causación de la propia muerte). El método seguido es la introducción de una eximente procedimental (*cfr. supra* capítulo 18/85), que excluye la prohibición del homicidio activo doloso cuando se dan las condiciones que establece la ley.

4.2. Las clases de «eutanasia» admitidas tradicionalmente

4.2.1. La eutanasia pasiva

La variante de eutanasia admitida tradicionalmente como práctica conforme 62
a la *lex artis* médica ha sido la «eutanasia pasiva», consistente en la omisión de proseguir con un tratamiento médico que carece de expectativas de éxito razonable. Como se advierte, esta se identifica con el rechazo del denominado «encarnizamiento terapéutico». Ahora bien, el concepto de eutanasia pasiva se oscureció a partir de la utilización de aparatos mecanizados de reanimación. En efecto, una vez conectado el paciente a una de tales máquinas, la interrupción del tratamiento conlleva la realización de una conducta activa de desconexión. Ciertamente, cabe sostener que esta tiene un significado omisivo, pues constituye la interrupción de un curso salvador propio. Igualmente, que la acción de desconexión no es causante —en sentido eficiente— de la muerte. Sin embargo, tal desconexión —en tanto que privación de un apoyo vital— es un acto cargado de sentido simbólico que hace difícil negar que mediante él se ha matado al paciente. En este contexto, un caso extremo es el de la interrupción del suministro mecánico de agua y de alimento a un paciente en estado vegetativo que, sin embargo, respira autónomamente. Es cierto que algunos tribunales de diferentes países han autorizado esta práctica, incluso en situaciones en las que la familia del paciente pide que el tratamiento prosiga. En tales supuestos parece que, más que de evitar el encarnizamiento terapéutico, se trata de proveer a una utilización eficiente de los recursos sanitarios. Por lo tanto, estas últimas conductas deben ser consideradas homicidios típicos, con independencia de su calificación jurídica ulterior.

4.2.2. La eutanasia indirecta activa

63 La denominada «eutanasia indirecta activa» designa aquellos casos en los que la aplicación de analgesia o sedación al paciente, en la medida imprescindible para contener el dolor, produce como efecto colateral el adelantamiento del momento de su muerte. Tradicionalmente, se ha considerado que esta constituye un espacio de riesgo permitido con base en disposiciones legales o en una *lex artis* que la permitan. En efecto, estas lo hacen para casos límite, siempre y cuando exista el consentimiento expreso o presunto del paciente. En tales situaciones, la anticipación de la muerte se asume como resultado colateral necesario y proporcionado derivado de un «acto de doble efecto».[87] En los estados de inconsciencia, los denominados «documentos de instrucciones previas» pueden desempeñar un papel orientador, ya sea en el sentido de abonar precisamente la dispensación de analgésicos o sedantes, ya, por el contrario, en el de excluir tal dispensación por las razones que sean.[88]

4.3. La eutanasia directa activa y el homicidio a petición

4.3.1. Descripción general de las leyes de homicidio a petición

64 La «eutanasia activa» y el «homicidio a petición» se distancian radicalmente de las situaciones antes descritas. En efecto, en estos casos se trata de producir la muerte de otro de forma activa y directa. Sin embargo, ambas figuras también se distinguen entre sí. Así, la eutanasia directa activa se basa en motivos independientes de la petición del sujeto pasivo. En cambio, el homicidio a petición se basa exclusivamente en la petición de dicho sujeto, sin que este tenga que esgrimir ninguna razón objetiva. Así las cosas, cabe afirmar que las leyes introducidas en algunos ordenamientos en las últimas décadas mezclan ambos aspectos, de modo que no son exclusivamente de eutanasia ni tampoco de homicidio a petición. En realidad, tales leyes sí son estrictamente de eutanasia en la medida en que prevén la producción de la muerte de neonatos y de otros niños gravemente enfermos, cuyo consentimiento ni se expresa ni se puede presumir. Además, entre la producción de la muerte de neonatos o niños pequeños y los casos de homicidio a petición expresa de adultos capaces, se dan una serie de casos intermedios relativos a adultos que no pueden expresar su consentimiento. Para el resto de los supuestos, en cambio, muestran la mencionada dualidad. Por un lado, son de homicidio a petición, en la medida en que se basan en el consentimiento expreso y cualificado —la petición— del sujeto pasivo. Con todo, en ocasiones recurren a los documentos de instrucciones previas o al consentimiento presunto como criterio supuestamente equivalente a la petición. Por otro lado, añaden al requisito de la petición otras dos exigencias adicionales: (i) la imposibilidad de que dicho sujeto se cause la muerte a sí mismo; y (ii) una situación objetiva de padecimiento, más o menos intenso

---

[87] *Boyle*, Theoretical Medicine and Bioethics 25 (2004), 51 ss.

[88] *Romeo Casabona* (1994), 462-463.

según las legislaciones. La exigencia primera determina que en ocasiones estas leyes se denominen «de suicidio asistido»; en cambio, la segunda es la que determina que en ocasiones se denominen leyes «de eutanasia».

4.3.2. Crítica a las premisas de las leyes de homicidio a petición

Las mencionadas leyes son incoherentes con el marco legal y constitucional en el que se integran. En efecto, no se pueden basar en el libre ejercicio de la autonomía del sujeto pasivo. Como es patente, los sistemas constitucionales de los Estados sociales de Derecho prohíben conductas lesivas de derechos fundamentales, aunque el titular de estos efectúe un acto de renuncia. Por ejemplo, un contrato de esclavitud está prohibido bajo pena, aunque el trabajador lo otorgue libremente; igualmente está prohibida bajo pena la enajenación de un órgano. Ciertamente, las leyes de eutanasia exigen requisitos adicionales a la voluntad del sujeto, relativos al padecimiento de graves dolores. Sin embargo, esto genera la paradoja de que se niega relevancia a la petición de homicidio realizada por personas sanas, mientras que se otorga relevancia a la de quienes padecen un sufrimiento físico y psíquico extremo e insoportable. **65**

En fin, las leyes de homicidio a petición de personas sufrientes no respetan el principio de subsidiariedad, que rige con respecto a cualquier hecho típico que se pretenda legitimar. En efecto, este requiere la existencia de procedimientos institucionalizados de carácter asistencial preferentes al homicidio —una oferta de cuidados paliativos en el sistema sanitario público, así como medidas de apoyo psicológico y socioeconómico—. En cambio, en la situación actual de la mayoría de los países occidentales se da una reducción del presupuesto sanitario, una masiva ruptura de las unidades familiares y una generalización del fenómeno de las personas mayores que viven en soledad no buscada. Pues bien, en este contexto las leyes de homicidio a petición producen un claro efecto de desaliento en el ejercicio del derecho a la vida (art. 15 CE).[89] Como puede advertirse, el problema del sistema legal es, de nuevo, la acogida de una antropología defectuosa, ajena a la realidad. En efecto, el modelo legal describe un escenario de ejercicio de la autonomía individual por parte un ciudadano ideal, racional y libre. En cambio, lo que sucede es que abandona a los ciudadanos reales, que viven en soledad y abandono, son vulnerables y dependientes. Así, conduce a que los ancianos y los enfermos se vean a sí mismos como cargas, igual que se fomenta que los vean así sus familiares y vecinos. **66**

4.3.3. La pendiente resbaladiza

Resulta evidente que las legislaciones, una vez regulado el homicidio a petición, tienden a ampliar los supuestos de hecho a los que resulta aplicable. En **67**

[89] Sin embargo, la Ley Orgánica española 3/2021, de 24 de marzo, fue estimada conforme con la Constitución por la STC 19/2023, de 22 de marzo.

), la ideología de la emancipación se alía con otros dos fenómenos ...os, que operan en el trasfondo; a saber, el elevadísimo endeudamiento público-estatal y la ideología eugenésica. En cuanto a lo primero, sucede que las personas enfermas y discapacitadas crónicas son fuente de gasto público, tanto en lo estrictamente sanitario como en lo relativo al sostenimiento de su dependencia. De este modo, entran en competencia con los gastos en pensiones o en rentas mínimas —mucho más provechosos en términos electorales—. En cuanto a lo segundo, pese a lo que se declara en los textos constitucionales y convencionales relativos a los derechos de los discapacitados, es patente que la ideología eugenésica —visible también en las leyes de aborto— domina la cultura de los países más ricos de occidente. Todo lo anterior se advierte en la progresiva extensión de la práctica de la eutanasia a enfermos incapaces de prestar consentimiento y, además, con independencia de que se trate de situaciones próximas a la muerte. Ello tiene lugar, en concreto, con los neonatos y niños menores de doce años;[90] e igualmente, con pacientes psiquiátricos o que sufren enfermedades neurodegenerativas. De este modo, tal práctica, prohibida en los arts. 2, 3 y 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, e implícitamente en el art. 14 CEDH, se va asentando en países integrados respectivamente en la Unión Europea y en el Consejo de Europa.[91]

V. LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EFICAZ

1. GENERALIDADES

68 La relevancia jurídico-penal del consentimiento —su eficacia— requiere que quien lo otorga goce de capacidad cognitiva y volitiva-emocional.[92] Además, el otorgante tiene que haberse representado el significado de la conducta a la que consiente, deliberar sobre las razones favorables y contrarias a consentir, así como tomar con libertad la decisión pertinente. Sin embargo, la relevancia del consentimiento no requiere necesariamente una deliberación razonada, sino que puede ser otorgado de modo impulsivo, es decir, irreflexivo. Con todo,

---

[90] En Bélgica, la eutanasia, permitida desde 2002 para adultos, se aplica desde 2014 a niños, con el asentimiento de sus padres. En Holanda, por su parte, desde 2002 se ha venido aplicando progresivamente la eutanasia a los niños. Tanto a los neonatos (en los términos del denominado «protocolo de Groningen») como a los mayores de doce y menores de dieciséis, con la anuencia de sus padres. Desde el 1 de febrero de 2024 es posible aplicarla a los menores de doce años.

[91] Un tema distinto es la aplicación de la eutanasia a sujetos internos en prisiones y la colisión de ello con la pretensión punitiva del Estado o con el derecho al juicio oral de las víctimas. La resolución del Tribunal Constitucional alemán del 3 de noviembre de 2021 confirmó la denegación del «auxilio al suicidio» a un recluso por parte de la administración penitenciaria. En cambio, en España la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en su Auto 641/2022, de 4 de agosto, falló a favor de la aplicación de la eutanasia al denominado «pistolero de Tarragona», un sujeto en prisión preventiva. Por su parte, el Tribunal Constitucional —en una resolución que no se ha hecho pública— inadmitió el subsiguiente recurso de amparo por falta de relevancia constitucional.

[92] *Íñigo Corroza*, ADPCP 2022, 189.

es preciso distinguir entre un consentimiento irreflexivo y el que se produce en una situación de alteración emocional del otorgante, que produce una limitación de la cognición y de la volición. En el marco de esta tarea resulta imposible excluir la existencia de zonas grises.

2. EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD COGNITIVO-VOLITIVA DEL OTORGANTE

2.1. El consentimiento de los menores

La madurez del otorgante constituye un requisito determinante de la legiti- 69
midad del consentimiento. Al respecto, es especialmente relevante la cuestión de la suficiencia del consentimiento de los menores de dieciocho años. En efecto, en la doctrina jurídico-penal la premisa de partida es que la capacidad para consentir no debe asociarse ni a la imputabilidad penal, ni a la capacidad de obrar jurídico-civil, ni a la mayoría de edad política. Por el contrario, requiere que concurra la capacidad material —intelectual y volitiva-emocional—[93] necesaria para comprender el alcance del acto que consiente —una decisión patrimonial, una intervención quirúrgica, una relación sexual— y las alternativas que existen frente a ella. En este punto ha sido común esgrimir la doctrina angloamericana del «menor maduro». Sin embargo, a ella hay que oponer que la psicología y la neurobiología han aportado amplísima información empírica sobre la inmadurez volitiva de los adolescentes hasta una edad relativamente avanzada. A este respecto, es preciso tener presente que la madurez no solo tiene una dimensión de conocimiento del significado del hecho, sino también otra dimensión volitiva. Pues bien, según los datos experimentales de los que se dispone, tal madurez no se alcanza hasta pasados los veinte años. Partiendo de ahí, resulta razonable la adopción de medidas destinadas a proteger al propio menor otorgante del consentimiento, dada su especial vulnerabilidad. En efecto, la tesis de la «autonomía» infanto-juvenil —la extensión de la mencionada doctrina del menor maduro—[94] es una mera construcción ideológica de finales del siglo XX e inicios del siglo XXI y no una doctrina que se corresponda con la realidad psico-física del adolescente.[95] A este respecto es notable que la doctrina dominante niegue la responsabilidad jurídica de los adolescentes y jóvenes adultos con base en la ausencia de madurez. En efecto, no cabe sostener que estos carecen de capacidad de autocontrol y, simultáneamente, atribuirles plena capacidad de decisión sobre aspectos centrales de sus vidas, que pueden incidir de modo dramático en su futuro.

---

[93] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 13/55.

[94] En el inglés original: «*doctrine of the mature minor*». La asumen *Corcoy Bidasolo*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 394; *Mendoza Buergo*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 644 ss. Más matizada, *Rueda Martín*, InDret 4/2013, 22 ss., haciendo hincapié en la vulnerabilidad y falta de madurez de los menores.

[95] Con base en investigaciones neurobiológicas, *Barina/Bishop*, J. Med. & Phil 38 (2013), 300 ss.; *Drobac/Hulvershorn*, NCLR 17 (2014), 502 ss.

70 En particular, el problema se plantea de modo drástico en el caso de las mutilaciones derivadas de la cirugía de cambio de apariencia sexual. En estas —igual que en determinadas intervenciones estéticas— cabe pensar razonablemente que el consentimiento del menor responda a una psicopatología, a un déficit de autocontrol, a la influencia del medio o de ciertas «modas» o, en fin, a otros factores propios de la edad. Esta cuestión —dejando aparte las razones esgrimidas desde la *lex artis* médico-psiquiátrica que se oponen a la práctica de intervenciones de cambio de apariencia sexual durante la adolescencia— debe conducir a restringir la capacidad de consentir en intervenciones irreversibles hasta el momento de la mayoría de edad. Ello responde además a mínimas razones de coherencia, si se tiene en cuenta que el propio Estado prohíbe a los menores de edad el consumo de alcohol y de tabaco.

71 En materia de consentimiento a las intervenciones médico-terapéuticas rige en España la Ley de autonomía del paciente, en la que los padres o los representantes legales son llamados a prestar el consentimiento para intervenciones sobre sus hijos hasta que éstos hayan alcanzado los dieciséis años.[96] El hecho de que la capacidad de los menores para consentir de modo independiente se admita a partir de esa edad, y no de los dieciocho años,[97] responde seguramente a que existe otro mecanismo de control de la corrección jurídica del acto médico, a saber, su correspondencia objetiva con la *lex artis*.[98] Sin embargo, a medida que se extiende la capacidad de consentir por debajo de esa edad, el modelo va resultando más cuestionable y autocontradictorio.[99] A este respecto, es preciso no olvidar el art. 155.2 CP español señala que «no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

---

[96] Por lo demás, para el caso del menor de dieciséis años, el art. 9.3. c) de la Ley 41/2002 señala que «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención», el consentimiento «lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos». La regla de los dieciséis años rige asimismo la práctica del aborto, que, sin embargo, no se puede equiparar ni en términos psicológicos ni ético-jurídicos a una intervención quirúrgica. Así, el art. 13 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

[97] Con todo, «cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo» (art. 9.4 in fine de la Ley 41/2002).

[98] La regla de los dieciséis años rige asimismo la práctica del aborto, que, sin embargo, no se puede equiparar ni en términos psicológicos ni ético-jurídicos a una intervención quirúrgica. Así, el art. 13 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

[99] Las disposiciones legales relativas a los delitos sexuales tienden a fijar una edad mínima, por debajo de la cual el consentimiento emitido se considera irrelevante. En términos generales, esta suele oscilar entre los catorce y los dieciséis años. En España es esta última, con la excepción del art. 183 quater CP: «El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

2.2. El consentimiento de los discapacitados

72 Otro problema de difícil resolución es el relativo al consentimiento de los discapacitados[100] —cuando estos no se hallan incapacitados legalmente—. Este se extiende desde los casos de consentimiento patrimonial, pasando por los relativos a relaciones sexuales e intervenciones quirúrgicas, hasta el propio homicidio a petición. También a este respecto procede subrayar que el art. 155.2 CP español dispone que «no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

2.3. El consentimiento prestado por representante, la autorización judicial y la decisión médica subsidiaria

73 En el caso de los sujetos menores de edad, discapacitados o, en todo caso, incapaces de consentir —entre los que se incluyen los adultos inconscientes o con déficit neurológico— es común que la legislación médico-sanitaria prevea que el consentimiento sea otorgado por su representante o por personas estrechamente vinculadas.[101] En realidad, esta situación de consentimiento por representante se da tanto para la toma de decisiones patrimoniales como para las relativas a bienes jurídicos intrínsecos, en el ámbito hospitalario. Sin embargo, el caso de las decisiones patrimoniales es comparativamente menos

---

[100] La definición legal se contiene en el art. 25 CP español: «A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

[101] Art. 9 de la Ley española 41/2002: «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo».

problemático por dos razones. La primera de ellas es que su adopción por representantes voluntarios — mandatarios, o administradores— resulta muy usual en el mundo económico-patrimonial, más allá de los casos de incapacidad, mediante el apoderamiento entre sujetos capaces. La segunda radica en que el control de la juridicidad del consentimiento prestado por un representante —legal o voluntario— es comparativamente más sencillo. Por un lado, no se trata de las situaciones vitales delicadas —en ocasiones, irreversibles— del otro grupo de casos. Por otro, el mundo patrimonial permite una mayor objetivación del criterio rector —el beneficio económico—. Así, el consentimiento otorgado por un representante y de modo formalmente correcto puede constituir un delito. Ello sucede cuando es otorgado en perjuicio del titular del bien jurídico, dando lugar a una administración desleal (art. 252 CP español).

74 En el caso de los bienes intrínsecos, el criterio rector del consentimiento otorgado por un familiar o un representante ha de ser el «mayor beneficio para la vida o salud del paciente» representado.[102] Ahora bien, la legislación española añade que, en la medida de lo posible, debe tener en cuenta también la opinión de este.[103] Así las cosas, la doctrina se plantea el dilema de si lo decisivo ha de ser el «interés» del paciente o la «voluntad» hipotética de este.[104] A este respecto, no es fácil sentar criterios que sean directamente aplicables a la pluralidad de casos que se pueden plantear. Con todo, cabe esbozar tres líneas rectoras que pueden proporcionar alguna orientación. En primer lugar (i), el representante no puede inclinarse por decisiones de encarnizamiento terapéutico. En segundo lugar (ii), debe tomar decisiones favorables del mantenimiento de la vida del representado —por ejemplo, a favor de la reanimación, de la alimentación e hidratación—, salvo en el caso de que concurra un dato biográfico en la persona del representado manifiestamente contrario a tal opción.[105] En tercer lugar (iii), allí donde no existe un riesgo vital, el elemento biográfico —orientado a determinar la voluntad hipotética—, si se dispone de él, debe ser el decisivo.[106] El criterio que asigna absoluta prioridad a lo «objetivamente razonable», aislado de cualesquiera otras consideraciones,[107] resulta demasiado indiferenciado y, por lo tanto, no

---

[102] Art. 9.6 de la Ley 41/2002.

[103] Art. 9.7: «La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

[104] Un análisis de la fenomenología en *Dopico Gómez-Aller*, ADPCP 2011, 39 ss.

[105] En esto se incluye la vacunación, atendido al mayor bien de la persona vacunada: *Corcoy Bidasolo*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 391-392; STC 38/2023, de 20 de abril.

[106] Amplia, pero no totalmente coincidente, *Dopico Gómez-Aller*, ADPCP 2011, 45 ss.

[107] Sobre todo, si, además, pretende desplazar cualesquiera consideraciones religiosas como «irrazonables».

es admisible. Sobre todo, cuando, adicionalmente, sucede que tiende a coincidir con consideraciones presupuestarias. Sin embargo, en la práctica tiende lamentablemente a imponerse. Así ha sucedido en casos recientes en los que los padres de niños enfermos solicitan la prosecución de un tratamiento y los médicos, con el apoyo de una decisión judicial, lo interrumpen.

75 En el caso de que los representantes pretendan adoptar una decisión contraria al criterio del beneficio del representado, el texto legal español prevé dos métodos subsidiarios: (i) el de ponerla «en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente»; y (ii), si esta autorización no fuera posible por razones de urgencia, «los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».[108] Como se observa, de nuevo se plantea la cuestión del criterio rector de la autorización judicial y de la decisión médica de urgencia. Pues bien, con respecto a ambos casos procede reiterar lo señalado a propósito del representante. Sin embargo, no cabe negar que pueden darse situaciones muy complejas, en las que concurran tesis contrapuestas con base respectiva en los documentos de instrucciones previas, el estado actual del paciente, la opinión de los familiares, etc. En este punto se señala que no cabe que un tratamiento médico se establezca de modo coactivo con base exclusiva en un supuesto interés público.[109] Con todo, no cabe excluir la posibilidad de que el tratamiento coactivo fuera inevitable para cumplir con el deber de protección de la vida o la salud de terceros y, en consecuencia, debiera reputarse legítimo desde la perspectiva de la colisión de deberes.

3. EL CONOCIMIENTO —CONSENTIMIENTO INFORMADO— Y EL ERROR

3.1. La pretensión razonable de recibir información y comprenderla

76 La eficacia del consentimiento de un sujeto capaz requiere, en primer lugar, que este conozca el significado típico de la conducta que consiente. Por lo tanto, desaparece cuando aquel se encuentra en una situación de error —déficit cognitivo—. Tal error puede haber sido generado por un engaño —del sujeto

---

[108] Así, el art. 9.6 de la Ley 41/2002. Además, el art. 9.2: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».

[109] El art. 9.2 a) de la Ley 41/2002 carece de desarrollo legislativo; STC 38/2023, de 20 de abril.

beneficiario del consentimiento o de otro—, o bien ser atribuible directamente al propio sujeto pasivo. Por su parte, el engaño en cuestión puede ser activo —expreso o concluyente— u omisivo. Este último se produce cuando un tercero, que tiene un deber de información con respecto al sujeto que consiente, lo infringe. A su vez, los deberes de información pueden surgir de posiciones de garantía de características diversas. Por un lado, de la injerencia; por otro, de la asunción expresa; en fin, de la asunción de posiciones jurídicas que llevan consigo —por razones legales o dogmáticas— tales deberes (*cfr. supra* capítulo 11).

77 La relevancia del consentimiento requiere que quien lo presta conozca las características de la situación y, en el contexto de esta, de la conducta que va a llevar a cabo el sujeto activo. Así las cosas, cabe que el conocimiento sea suficiente o insuficiente; es decir, que se dé en mayor o menor medida, una situación de error del sujeto pasivo de la conducta. Ciertamente, no es posible establecer de modo general —para todas las relaciones jurídicas— la entidad de los deberes de información. En concreto, no puede generalizarse el paradigma del consentimiento informado que rige como exigencia procedimental cualificada en el ámbito médico-terapéutico.[110] Sin embargo, parece claro que un consentimiento prestado en situación de error sobre las circunstancias relevantes para la toma de la decisión no puede tener efectos jurídicos. Así pues, quien advierte la concurrencia de un error del sujeto pasivo tiene que optar entre corregirlo o abstenerse de la relación jurídica consentida.[111]

3.2. El error sobre el significado típico de la conducta consentida

78 Existe discusión sobre los aspectos de la relación jurídica a los que tiene que extenderse el conocimiento del sujeto pasivo para poder excluir su déficit cognitivo. Es decir, cuánta información es precisa para concluir la relevancia del consentimiento prestado sobre aquella. Un sector de la doctrina ha sostenido que la eficacia del consentimiento solo se excluye por la concurrencia en quien lo otorga de un error sobre el estricto significado típico de la conducta

---

[110] Así, el art. 8 de la Ley española 41/2002, relativo al consentimiento informado: «1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud. 5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento».

[111] Para la estafa, *Izquierdo Sánchez* (2018), 189 ss.

consentida —una relación sexual, una transferencia patrimonial—. Así, por ejemplo, considera que es ineficaz el consentimiento a una conducta que se cree que es de exploración médica, cuando tiene un contenido sexual; o el relativo a una enajenación, creyendo que se trata de una cesión de uso. La acogida de esta premisa ha dado lugar a la amplia difusión de la distinción entre «errores relativos al bien jurídico», con efecto excluyente de la relevancia del consentimiento, y otros errores, supuestamente no relevantes.[112]

79 Al respecto hay que señalar, en primer lugar, que puede haber errores sobre el significado típico de la conducta que no tengan que ver con el bien jurídico, sino con las características de la conducta, los medios comisivos u otros elementos del tipo. Además, los problemas no desaparecen tampoco así, pues el significado típico de una conducta muestra zonas grises. Por ejemplo, no está claro lo que caracteriza una relación precisamente como «sexual»; esto tiene una dimensión empírica (corporal-genital), pero también otra significativa, mucho menos precisa. En segundo lugar, cabe la posibilidad que el error que padece un sujeto que consiente le sea imputable a él mismo, lo que no debería dar lugar automáticamente a negar relevancia a su consentimiento. En fin, en tercer lugar, algunos errores cuyo objeto no verse sobre el significado típico de la conducta del sujeto activo, sino sobre ciertas circunstancias extratípicas, pueden ser asimismo relevantes. Así, por ejemplo, en una relación sexual puede ser relevante el que se realice en circunstancias que hacen posible, o no, la concepción de un hijo. Igualmente, en algunos casos, puede ser decisivo el *error in persona* al revés, es decir, el relativo a la identidad del sujeto activo cuya conducta se consiente.

3.3. Los errores sobre las circunstancias extratípicas de la conducta consentida

80 El difícil problema planteado obliga a distinguir entre tres modelos. El primero (i) consiste en atribuir un efecto excluyente de la eficacia del consentimiento únicamente a los errores del sujeto pasivo sobre el significado típico de la conducta. Por su parte, el segundo (ii) admite adicionalmente tal efecto excluyente en el caso de los errores relativos a cuestiones que, aunque irrelevantes típicamente, se vinculan racionalmente —de modo estandarizado— al acto de prestación del consentimiento del que se trate. En fin, el tercero (iii) asigna dicho efecto excluyente a cualquier error relativo a circunstancias cuya supuesta concurrencia ha motivado al sujeto pasivo a prestar consentimiento. El primer grupo de errores debe estimarse relevante siempre, con los matices establecidos. Por su parte, la última posición —relativa a las preferencias subjetivas— no puede admitirse, aunque es cierto que algunos sectores doctrinales

[112] *Arzt* (1970), 17 ss. Crítico, con matizaciones casuísticas, *Roxin*, GS Noll, 1984, 283 ss.; *Segura García* (2000), 145. En contra, *Amelung* (1998), 29 ss., 40 ss.; *Escudero García-Calderón* (2014), 169; *Wachter*, GA 2023, 398 ss.

asignan efecto excluyente de la relevancia del consentimiento a cualquier error sobre los motivos o, al menos, a algunos de ellos.[113] Así pues, la frontera debe discurrir por algún lugar del modelo segundo.[114]

81 En efecto, no cabe afirmar que cualquier error sobre circunstancias extratípicas del hecho —que frustre parcialmente la motivación concreta de quien consiente— deba tener siempre una virtualidad excluyente de la relevancia jurídico-penal del consentimiento. Ahora bien, aquí resulta imposible generalizar, de modo que es preciso atender a las peculiaridades de cada clase de relación jurídica. Así, por ejemplo, ciertas cualidades personales extratípicas —sin más, el sexo del sujeto activo, o su estado civil— pueden ser determinantes para quien presta consentimiento a una relación sexual. En cambio, es más discutible que lo sean en el contexto del consentimiento patrimonial. Por lo tanto, en las relaciones que comprometen bienes intrínsecos de la persona —singularmente, el cuerpo, que es ella misma— debe aceptarse un nivel de personalización superior al que se admite en relaciones que afectan a bienes extrínsecos —así, la propiedad—. Con todo, ni siquiera esto significa que deba atribuirse un efecto excluyente de la relevancia el consentimiento a cualquier error de quien consiente sobre una cualidad de la persona del sujeto activo. De hecho, incluso la doctrina del consentimiento matrimonial canónico limita tal efecto a los errores que recaen sobre una «cualidad esencial de la persona». Ahora bien, la determinación de qué es lo esencial se hace muy difícil cuando la relación entablada no responde a ningún estándar claro. Esto es lo que sucede con aquellas relaciones sexuales en las que los sujetos carecen de toda pretensión de establecimiento de una relación personal dotada de continuidad en el tiempo.

82 En fin, no puede aceptarse que cualquier error sobre circunstancias extratípicas —con la consiguiente frustración de los motivos del sujeto que consiente— deba dar lugar a apreciar la ineficacia del consentimiento y, por tanto, a concluir la antijuridicidad del hecho como delito sexual.[115] En realidad, lo que se produce en estos casos es una lesión de la libertad genérica de acción, que *de lege lata* no puede reputarse típica. En efecto, resulta irrazonable el recurso a delitos especialmente graves, como son los sexuales, para afrontar formas de afectación a la libertad que ni siquiera son *per se* típicas en la *lex lata*. Por lo tanto, a este respecto, lo razonable es considerar la posibilidad de una tipificación de las lesiones de la libertad genérica de acción mediante engaño u otros medios abusivos.

3.4. El error en cuanto al cumplimiento de las condiciones pactadas

83 Una de las discusiones clásicas, reproducida en los últimos tiempos, ha tenido por objeto el caso del error del sujeto pasivo en cuanto al cumpli-

---

[113] Ya, *de la Gándara Vallejo*, 1995, 127 ss.

[114] Próximo, *Coca Vila*, InDret 2/2023, 454 ss., en relación con las informaciones relevantes para prestar consentimiento sexual.

[115] Sin embargo, *Rönnau* (2001), 432.

miento por parte del sujeto activo de ciertas condiciones asociadas al proceso de motivación de aquel. Por ejemplo, de nuevo en el contexto de relaciones sexuales, el error que deriva de la promesa de efectuar un regalo, o de contraer matrimonio o, en fin, del pago de una cantidad. En efecto, estas conductas habían recibido históricamente la calificación de estupro o, en el caso de la prostituta, de estafa, aunque de forma no exenta de discusión. Sin embargo, en el contexto actual, la pregunta es si el cliente que no paga a la prostituta incumple un contrato de prestación de servicios, comete una estafa —si desde el principio tenía el dolo de no hacerlo— o, en fin, es autor de una violación. Esta última solución no parece admisible, en la medida en que está presente el consentimiento a una relación sexual de características dadas y con un sujeto determinado. Por tanto, lo que cabe discutir es si se trata de una estafa o de un incumplimiento de contrato, en función de si existió un dolo antecedente o, en cambio, únicamente un *dolus subsequens.*

4. LA VOLUNTAD LIBRE

4.1. La concurrencia de violencia o de intimidación

84 No existe un consentimiento relevante cuando quien consiente, en el momento de formar o de declarar su consentimiento, se encuentra en una situación de déficit volitivo relevante. Ello sucede desde luego en los casos de *vis physica absoluta,* en los que no llega a haber siquiera una manifestación de consentimiento. Por lo que hace a los supuestos de *vis physica compulsiva* o de *vis moralis,* el problema es distinto. En este contexto el Derecho civil clásico se servía de la expresión *coactus tamen voluit.*[116] Ciertamente, en tales casos, en primer lugar, el sujeto manifiesta externamente un consentimiento. En segundo lugar, ello responde a una realidad interna, a saber, que el sujeto constreñido consiente, aunque bajo coacción. Expresado de otro modo, quien consiente en un contexto así tiene una preferencia real por aceptar la interacción antes que sufrir la realización de la amenaza. Sin embargo, ello impide, de entrada, apreciar un consentimiento relevante. Con todo, la cuestión admite matices. En efecto, la amenaza puede referirse a males constitutivos de delito o no, tanto físicos como morales, y resulta irrelevante que la haya ejercido el sujeto que realiza la conducta consentida o que este se aproveche de la violencia o intimidación ejercidas por otro. Ahora bien, la cuestión problemática es la relativa a la entidad que debe alcanzar la amenaza para excluir la relevancia jurídico-penal del consentimiento prestado bajo ella.

85 Esta cuestión ha sido especialmente discutida de los delitos sexuales. En concreto, ha dado lugar al enfrentamiento de los criterios radicalmente objetivos y los radicalmente subjetivos en cuanto a la violación intimidatoria.[117] Pues bien, para determinar la entidad intersubjetiva de una intimidación es

[116] «Coaccionado, pero consintió».

[117] *González Guerra* (2015), 37 ss.

preciso efectuar un juicio de probabilidad *ex ante* que tenga en cuenta las circunstancias concretas del sujeto que presta consentimiento, en la medida en que aquellas sean conocidas intersubjetivamente. Por lo demás, los conocimientos especiales de quien lleva a cabo la intimidación en cuanto a las peculiaridades —por ejemplo, la labilidad superior a la normal— del sujeto pasivo, asimismo co-determinan el significado de la conducta coactiva. Sentado esto, la cuestión de la entidad de la amenaza debería ser objeto de la mayor generalización posible, sin dejar de considerar la gravedad relativa del delito imputado en cada caso.

86 En este contexto, y sobre todo a propósito de relaciones que se prolongan en el tiempo, se plantean problemas complejos. Así, por ejemplo, la denominada «coacción moral» —la amenaza con la autolesión o con el suicidio, si no se consiente en una relación sexual— es igualmente una forma de intimidación. Otra variante viene dada por los casos de contexto intimidatorio —o de «intimidación ambiental»—, en los que alguien aprovecha una situación de dependencia de la persona que consiente, o una situación de superioridad propia o ajena sobre ella. En los casos en los que la coacción es ejercida por un tercero, la repercusión de esta sobre la calificación jurídica de quien realiza la conducta es asimismo problemática. Así, por ejemplo, si, en el caso de los matrimonios forzados —por imposición paterna—, el cónyuge no coaccionado comete, en cada relación íntima con el otro —que se halla bajo la coacción—, una violación sexual. Otro tanto sucede en el caso de la prostitución. En concreto, si cada uno de los clientes de una prostituta comete, en cada relación sexual, una violación, si tenía conocimiento *ex ante* de que podía tratarse de un caso de prostitución forzada.

4.2. Las situaciones de consentimiento imperfecto

87 Lo anterior pone de relieve la existencia de un buen número de situaciones difusas. En efecto, cierto nivel de influencia sobre las decisiones de las demás personas —por ejemplo, de *vis moralis*— se considera socialmente adecuado en la interacción humana. Por su parte, la doctrina, aunque con matices, sostiene que la situación de cierta coactividad ambiental no obsta a que concurran los requisitos de relevancia del consentimiento.[118] Además, también forman parte de la interacción humana las situaciones de cierta imperfección del consentimiento —por ejemplo, el otorgado en virtud de impulsos o emociones pasajeras—. A este respecto, se debate incluso si la racionalidad de lo consentido es condición de la validez de aquel, o no.[119] Así pues, la relevancia del consentimiento no siempre puede asociarse al acto de disposición de un sujeto racional autónomo carente de emociones, sino que la

---

[118] Escéptico, *Amelung*, ZStW 95 (1983), 18.

[119] A favor de exigir la racionalidad de la decisión, *Frisch*, GA 2021, 65 ss. En contra, *Amelung*, ZStW 95 (1983), 21; *el mismo* (1998), 41.

realidad suele alejarse de la situación ideal de consentimiento. En definitiva, es posible que quien consiente y aquel cuya conducta es consentida no se encuentren en una plena situación de simetría cognitiva-volitiva-emocional y que, sin embargo, el consentimiento sea válido y eficaz. De este modo, su relevancia es compatible con el hecho de hallarse sometido a ciertas formas de dominación moral o emocional; en concreto, de persuasión, de seducción, de «abducción» o de inducción. El problema es establecer la frontera entre la persuasión lícita y la manipulación ilícita, sobre todo si se tienen en cuenta no solo las situaciones transitorias de trastorno más o menos intenso, sino también la vulnerabilidad prolongada del enfermo crónico, del anciano, de las personas en situación económica grave o, en general, de quienes está expuestos a la manipulación digital.[120]

88 Ciertamente existen casos de irrelevancia absoluta del consentimiento prestado. Por ejemplo, los de padecimiento de violencia en general o de grave intimidación —a la que no es exigible resistirse—, de inconsciencia o de grave trastorno mental —por sueño o bien intoxicación de alcohol u otras drogas—. Sin embargo, entre esta situación y la de consentimiento perfecto, cabe apreciar supuestos muy distintos entre sí, que tienen en común la concurrencia de un «consentimiento imperfecto» o viciado. En ellos, aunque no quepa afirmar que concurra un error claro o una total ausencia de libertad, la incidencia de los condicionantes que hace asimismo problemático apreciar un consentimiento plenamente consciente y libre. Esto es lo que sucede en situaciones en las que concurren diversos grados de capacidad disminuida del sujeto que lo presta —imputabilidad disminuida—; diversas variantes de error —por el objeto en el que recaen y por su mayor o menor vencibilidad—, fruto o no de engaños de terceros; o, en fin, diversas situaciones de déficit volitivo —por intimidaciones de diversa entidad, o bien por múltiples impulsos o emociones—. Al igual que la propia autonomía individual es graduable, también el consentimiento existe en términos graduables y no binarios (0-1).[121] En este punto, el problema jurídico-penal fundamental es que algunas legislaciones —entre ellas, la española— no dan cuenta de la variabilidad de las diversas situaciones en las que se presta el consentimiento. Por el contrario, la abordan en términos de binariedad —consentimiento eficaz e ineficaz—.

4.3. El consentimiento de las personas privadas de libertad o sometidas a otras formas de coerción estatal

89 Un caso particular es el relativo al consentimiento de las personas sobre las que se ejerce alguna forma de coerción jurídico-estatal. Lo problemático de esta peculiar situación puede plantearse ya a propósito del consentimien-

[120] *Susser/Roessler/Nissenbaum*, Georgetown Law & Technology Review 4 (2019), 15.

[121] *Pawlik*, FS Kargl, 2015, 413.

to a la entrada de agentes estatales en el propio domicilio, o del acceso de aquellos a las propias comunicaciones electrónicas. Igualmente, en el consentimiento que se expresa en los acuerdos negociados o sentencias de conformidad, que constituyen manifestación de la renuncia del acusado a su derecho al juicio oral, que forma parte de las garantías del proceso debido (art. 24 CE). En efecto, en estos últimos casos es común que se dé una acusación con petición de una pena grave y se alcance la conformidad con una pena inferior. Con todo, el tema más discutido se refiere al caso de los reclusos en centros penitenciarios, caracterizados por la relación de dependencia y control propia de la prisión como «institución total».[122] En todos estos casos parece que la relevancia del consentimiento excluyente de la antijuridicidad de la privación de determinados bienes precisa menos requisitos de los que es común exigir en los casos convencionalmente discutidos. En concreto, que la coerción estatal, que puede manifestarse de modos diversos, no obsta a dicha relevancia. Así pues, un consentimiento «estratégico», racional en términos instrumentales dadas las circunstancias, puede ser relevante.

90 Los casos de autolesión y de huelga de hambre plantean problemas adicionales. En este sentido, no son especialmente problemáticos los casos de «cambio de opinión» del interno. En efecto, si este reclama asistencia, existe el deber de atender a su requerimiento. En cambio, es distinto el caso en el que un interno, habiéndose autolesionado o iniciado una huelga de hambre, entra en una fase de inconsciencia. En este punto, se debate sobre la concurrencia de un deber de actuar de los funcionarios penitenciarios.[123] Pues bien, aquí es preciso advertir que el deber del funcionario no es personal, sino que deriva de la posición que asume en el seno de la administración penitenciaria. A su vez, esta, como el Estado en su conjunto, ostenta una posición de garante. En el caso de la administración penitenciaria tal posición es especialmente intensa, dado el carácter de institución total. En la historia de España el tema alcanzó uno de sus momentos cumbre con la huelga de hambre de los reclusos pertenecientes a la banda terrorista GRAPO, que dio lugar al dictado de las SSTC 120/1990, de 26 de junio, 136/1990, de 19 de julio, y 11/1991, de 17 de enero. Estas coincidieron en afirmar que el Estado tiene deberes cualificados con respecto a los reclusos. Entre ellos, se encuentra el deber de proporcionar coactivamente alimentación o asistencia médica cuando ello es necesario a fin de evitar riesgos para su vida. Este último prevalece sobre su decisión de afrontar la muerte como forma de protesta, al menos desde el preciso momento en que pierden la conciencia.[124]

---

[122] *Amelung*, ZStW 95 (1983), 5.

[123] *Díez Ripollés*, CPC 30 (1986), 657-658.

[124] La STEDH de 8 de diciembre de 2022 (Yakovlyev c. Ucrania) ha reiterado que el CEDH no resuelve expresamente esta colisión de deberes. Con todo, y siempre que se cumplan las correspondientes garantías procedimentales, se inclina por la prevalencia del deber positivo de salvar la vida sobre el deber de respetar la autodeterminación del recluso.

VI. LAS FORMAS DE EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL ACTO DE DISPOSICIÓN

1. LAS REGLAS DE ADSCRIPCIÓN DE CONSENTIMIENTO A UN SUJETO

Como se ha indicado, el consentimiento es un fenómeno volitivo —interno—. A este fenómeno se le debe denominar «consentimiento real», por oposición a la situación de «consentimiento hipotético», en la que no existe efectivamente ningún fenómeno volitivo. Ahora bien, el consentimiento real no se puede constatar directamente, sino que se adscribe. A su vez, tal adscripción, en la que se procede de modo próximo al seguido en la imputación subjetiva y en la culpabilidad de los sujetos activos,[125] tiene lugar con base en indicadores. Un indicador fundamental de consentimiento es la manifestación externa del agente en un determinado sentido. Así, la realización de una manifestación expresa, ya sea verbal —oral o escrita— o bien gestual, de aceptación de la conducta del sujeto activo determina que al sujeto pasivo se le adscriba un consentimiento jurídicamente relevante. Ello vale asimismo para la realización de actos concluyentes. A este respecto, hay que concluir que las reglas jurídicas de atribución de relevancia al consentimiento coinciden con las sociales, salvo en aquellos casos en los que la relevancia jurídica se asocia a una manifestación de consentimiento expresa, e incluso por escrito. **91**

Por lo demás, la atribución de relevancia jurídica a los actos mencionados —como expresivos de consentimiento—, aunque realmente el sujeto pasivo no consienta, tiene consecuencias. Entre estas, la de que el sujeto activo puede basarse en ellos para esgrimir la concurrencia en él de un error intersubjetivamente invencible sobre la existencia de consentimiento real. Esto rige, naturalmente, salvo que se disponga de un conocimiento general o especial acerca de que dicha expresión manifiesta un consentimiento formado mediante engaño, o de que no refleja consentimiento real alguno, sino que ella misma ha sido provocada mediante coacción —o por un engaño acerca de las reglas jurídicas de expresión de consentimiento—. **92**

Lo anterior significa que la manifestación externa de consentimiento no es suficiente para apreciar un consentimiento real. Ahora bien, cabe que tampoco sea necesaria. En efecto, es posible adscribir un consentimiento real al sujeto pasivo, a pesar de que este no lo haya manifestado externamente. Esto es lo que sucede en el denominado «consentimiento presunto». Es más, cabe incluso que el sujeto pasivo manifieste que no consiente —por ejemplo, de nuevo, por la existencia de presiones— cuando en realidad sí lo hace. Como se advierte, todo ello pone de relieve la posibilidad de que existan divergencias entre el consentimiento real y su manifestación externa —la clásica divergencia entre voluntad y declaración, que es propia de la simulación negocial—. Cier- **93**

[125] *Íñigo Corroza*, ADPCP 2022, 190 ss.

tamente, estas pueden redundar en suposiciones erróneas del sujeto activo y, asimismo, en errores de este; en ambos casos, vencibles o invencibles.

94 En algunos supuestos la manifestación externa de consentimiento del sujeto pasivo adopta una forma cualificada, especialmente fuerte. Así, por ejemplo, la forma de una inducción, como en el caso de la petición expresa de que se realice la conducta consentida o incluso en el de la exigencia de que esta se lleve a cabo. La máxima cualificación del consentimiento viene dada por aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo coorganiza la propia ejecución del hecho. En este segundo grupo de casos, en los que se da una cooperación material del sujeto pasivo, cabe que se llegue a conformar una cuasi-coautoría (de auto- y heterolesión, o bien de auto- y heteropuesta en peligro) (*cfr. supra* capítulo 14/141). En cambio, la mera negativa a defenderse de la conducta del sujeto activo no se puede identificar con la prestación de consentimiento a esta. Con todo, cabe que sea difícil distinguirla de casos de resignación, en los que se dé un «consentimiento débil».

2. EL CONSENTIMIENTO REAL

2.1. Directo o indirecto

95 El consentimiento puede ser intencional o directo, o bien indirecto. El primero puede incluso complementarse con una emoción adicional de complacencia. El segundo, por su parte, da cuenta de una voluntad referida a otro efecto de la conducta del sujeto activo, con conocimiento de la probabilidad rayana en la seguridad o de la mera probabilidad de que va a producirse el resultado típico. Este último comprende supuestos paralelos a otros propios de la teoría de la imputación subjetiva. En concreto a aquellos que, en la doctrina de la imputación subjetiva de la conducta desaprobada, se conocen como casos de dolo de consecuencias necesarias o eventual.

2.2. Expreso o tácito —concluyente—

96 El consentimiento puede ser expreso o tácito. A su vez, el primero puede adoptar una forma verbal —oral o escrita— o gestual, sin que sea necesario que la comunicación mediante la que se exterioriza el consentimiento tenga que ser precisamente dirigida al sujeto activo. Ahora bien, es preciso reiterar que la manifestación del consentimiento puede ser divergente de la voluntad de quien lo expresa, ya sea debido a un error o a una simulación de este último. Una declaración de consentimiento es simulada cuando no coincide con la voluntad efectiva del sujeto pasivo y este, no obstante, realiza aquella manifestación a sabiendas. Como ya se ha indicado, en estos y otros casos cabe que el sujeto activo se represente erróneamente el consentimiento del sujeto pasivo, con diversos efectos en función de cuál sea la ubicación sistemática de la figura, que depende de la clase de delito de que se trate. Así, puede que

se trate de un error de tipo o bien de un error sobre los presupuestos de una causa de justificación.[126]

En cambio, un consentimiento tácito o concluyente es el que se advierte en **97**
los supuestos de mero asentimiento pasivo, caracterizados por la ausencia de oposición o de resistencia.[127] Ciertamente, buena parte de estas conductas pueden tener un significado equívoco. En efecto, si ya el consentimiento expreso gestual puede dar lugar a errores, mucho más se pueden suscitar estos últimos en casos de consentimiento concluyente, derivado del contexto o de otros indicios. En particular, el silencio del sujeto pasivo ha sido entendido como una forma de actuar concluyente. Así, el silencio absoluto ante una injerencia ajena en la propia esfera de bienes se ha vinculado históricamente a una presunción —o ficción— de consentimiento: *qui tacet consentire videtur.*[128] Sin embargo, el mero silencio del sujeto pasivo, cuando no va acompañado de otros elementos contextuales, no implica necesariamente que aquel consienta; el caso de la paralización por puro miedo es claro a este respecto.[129] Por lo demás, ya se ha indicado que la decisión de soportar una injerencia sin reaccionar activamente contra ella tampoco coincide exactamente con la de consentirla, aunque pueda conducir al error del sujeto activo. En todo caso, es preciso distinguir entre el consentimiento concluyente y el presunto. En efecto, en el primero se da alguna forma actual de exteriorización, cuyo contenido de sentido expresivo de voluntad es preciso discernir. En cambio, en el consentimiento presunto no existe tal exteriorización actual, de modo que se trata de acceder a la voluntad real del sujeto —la que expresaría si pudiera— mediante otros medios.

La exigencia de un «consentimiento afirmativo», requerido en algunas legis- **98**
laciones para excluir el carácter delictivo de las relaciones sexuales consentidas, excluye la relevancia del consentimiento tácito o concluyente, así como del consentimiento presunto.[130] Es decir, establece una presunción de signo contrario a la antes mencionada, de modo que en los casos de silencio del sujeto pasivo se presume la ausencia de consentimiento. La consecuencia es que tal modelo, en lugar de obligar al sujeto pasivo a manifestar su oposición, impone al sujeto activo recabar la manifestación positiva del consentimiento antes de actuar. Ahora bien, lo anterior determina que el requisito de que el consentimiento sea afirmativo aparezca, sobre todo, como una regla de prueba tasada del consentimiento efectivo, contraria a los principios generales de la prueba en el proceso penal; o como una presunción contra reo.[131] Todo ello lo hace cuestionable.

---

[126] *de Vicente Remesal,* LH Berdugo, II, 2022, 137 ss.

[127] A este género pertenece la regla «Si no se hace X, se entenderá Y», muy frecuente *on line.*

[128] «El que calla, se entiende que consiente» o, en la forma más cotidiana, «el que calla, otorga».

[129] *Tuerkheimer,* Ohio S. J. C. L. 13 (2016), 468.

[130] *Tuerkheimer,* Ohio S. J. C. L. 13 (2016), 441 ss. Es la formula conocida como «solo sí es sí».

[131] Así, en el art. 178.1 *in fine* CP español: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen

2.3. Puro y condicionado

99 El consentimiento puede ser puro, esto es, incondicionado, o bien estar sometido a condiciones. En efecto, el sujeto pasivo puede prestar su consentimiento condicionándolo a la realización de determinados actos por parte del sujeto activo —o de terceros— o a la producción de determinados acontecimientos. En términos históricos este fue uno de los problemas del clásico delito de estupro, a saber, el consentimiento femenino a una relación sexual, prestado bajo la condición de contraer matrimonio en el futuro, posteriormente incumplida por el varón. En la actualidad se debaten sobre todo los casos en los que la condición del consentimiento a la relación sexual es el uso de un preservativo; sin embargo, también es objeto de discusión el supuesto del impago del precio en la relación sexual con una prostituta. A este respecto, podría entenderse que, consentida una conducta bajo determinadas condiciones, el incumplimiento de cualquiera de estas debe dar lugar a entender que se ha producido la revocación automática —tácita o implícita— del consentimiento. Sin embargo, ello parece excesivo; mucho más si con ello se pretende comprender no solo las condiciones formuladas de modo expreso, sino también las implícitas. De entrada, procede distinguir: (i) entre los casos de engaño previo o simultáneo relativo al cumplimiento de las condiciones fijadas y aquel en el que se trata sencillamente del posterior incumplimiento de lo prometido; y (ii) entre condiciones que se proyectan sobre la realización del acto mismo y las que se refieren a otros extremos. Así, por ejemplo, en el caso del pago a la prostituta, no merecen igual consideración los supuestos de engaño previo —que podrían dar lugar a estafas— y los de impago sobrevenido, que más bien constituyen incumplimientos contractuales. Ahora bien, esto no resulta aplicable sin más a los casos de omisión de uso de un preservativo. En efecto, en estos últimos, tanto el engaño como el incumplimiento de la condición dan lugar a un error del sujeto pasivo acerca del alcance colateral de la relación sexual que entabla. La cuestión es si ello determina precisamente la irrelevancia del consentimiento sexual prestado o, por el contrario, debería dar lugar únicamente a la comisión de otro delito contra la libertad general o contra alguna de sus concreciones.[132] Al respecto, todavía no se ha alcanzado la necesaria claridad.

3. EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

3.1. Generalidades

100 El consentimiento presunto constituye una «presunción de consentimiento» real, pues el sujeto pasivo no ha manifestado su voluntad de forma verbal, ni gestual, ni concluyente.[133] Así, esta figura resulta operativa en casos de

---

de manera clara la voluntad de la persona».

[132] *Frisch*, GA 2021, 72.

[133] Así, el art. 39 CP portugués: «*1 — Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2 — Há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o*

inconsciencia o de ausencia de capacidad del sujeto pasivo, pero también en algunos de perfecta consciencia y ausencia de consentimiento expreso. Como se indicó en su momento, el consentimiento real se adscribe en virtud de la regla de que «quien expresa que consiente, consiente salvo que haya indicios de lo contrario». En cambio, en el consentimiento presunto la adscripción tiene lugar sobre la base de apreciar criterios de coincidencia entre la conducta del sujeto activo y una voluntad del sujeto pasivo, no expresada por este último. Ahora bien, a su vez, tal voluntad no expresada se le adscribe al mismo sujeto por dos vías: (i) la de haber sido expresada en momentos anteriores, a propósito de conductas análogas a la del sujeto activo actual; o bien (ii) la de identificarla con un «interés objetivo» actual del sujeto pasivo. Como se advierte, ambas vías son muy distintas.[134]

3.2. Las dos reglas de adscripción

La primera regla descansa sobre la existencia de indicadores personales de **101**
la voluntad actual del sujeto pasivo. Así, un indicador es que se trate de una conducta a la que dicho sujeto ha dado su asentimiento de forma reiterada en tiempos precedentes. Por ejemplo, en el caso de un tocamiento con connotación sexual entre personas con una relación duradera de afectividad íntima. Ahora bien, otros indicadores muestran un carácter parcialmente distinto, más o menos intenso. Ello sucede, por ejemplo, en los casos en los que existe un «consentimiento prospectivo», como el que se expresa en los documentos de instrucciones previas o de voluntades anticipadas. Ciertamente, una expresión de consentimiento que no es simultánea a la conducta del sujeto activo no resulta relevante en sí misma, a los efectos de la regla de adscripción del consentimiento expreso. Sin embargo, puede constituir un indicador para atribuirle un consentimiento presunto en el momento en el que el sujeto activo realiza su conducta. Por su parte, la expresión de un «consentimiento sobrevenido» puede cumplir igualmente una función de indicador retrospectivo, reforzando el indicador representado por el consentimiento prestado en múltiples ocasiones anteriores, análogas a la que es objeto de discusión. Ciertamente, un consentimiento sobrevenido expreso podría ser reputado también indicador de un consentimiento no expresado con anterioridad. Sin embargo, en ausencia de otros indicadores no tiene capacidad suficiente para soportar la regla de adscripción.

La segunda regla que subyace a la apreciación de un consentimiento pre- **102**
sunto se construye de un modo muy distinto a la anterior. Así, en primer lugar, en ella debe determinarse, desde una perspectiva externa-objetiva, en qué consiste el bien o el interés actual del sujeto pasivo. Una vez hecho esto, en segundo lugar, se adscribe al sujeto pasivo aquella voluntad actual correspon-

---

titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado». En este sentido, *Casas Barquero* (1987), 103; *Morillas Cueva*, LH Rodríguez Ramos, 2013, 154; *Escudero García-Calderón* (2014), 212 ss.

[134] *de Vicente Remesal*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 401 ss.

diente con tal «bien» o «interés». El problema de esta forma de operar es que conduce sin solución de continuidad de lo cognitivo-valorativo a lo volitivo, lo que obliga a centrarse en cuál es el procedimiento seguido para determinar el interés del sujeto pasivo. En efecto, este puede ser más personalizado o, por el contrario, más estandarizado. Aquí se advierte con especial claridad cómo la relevancia jurídica del consentimiento puede venir determinada por su congruencia con la racionalidad dominante en una determinada sociedad. En efecto, si la ponderación de los diversos elementos fácticos se realiza con parámetros de preferencia racionales-intersubjetivos,[135] ello puede conducir a una adscripción injusta para el sujeto pasivo que se sustrae a la lógica. Si se quiere, parámetros así pueden ser razonables en el contexto de bienes patrimoniales,[136] pero no en el de los personales. Por lo tanto, la personalización de los indicadores del juicio acerca de lo bueno parece decisiva en aquellos casos en los que está en juego la vida o, en todo caso, el cuerpo del sujeto pasivo.

3.3. Los conflictos internos

103 El problema del consentimiento presunto puede suscitarse de modo general. Sin embargo, resulta especialmente frecuente que se plantee para la resolución de los denominados «conflictos internos». Ciertamente, en principio tales conflictos deben resolverse acudiendo al consentimiento expreso de un sujeto consciente. Sin embargo, en algunas de tales situaciones el sujeto pasivo no se halla consciente y tampoco expresó con anterioridad su voluntad de forma clara. Así las cosas, se hace preciso recurrir a la figura del consentimiento presunto.[137] Ello sucede también cuando la conducta objeto de consentimiento se suscita en unas circunstancias sobrevenidas, antes imprevisibles —por ejemplo, la prosecución o no una intervención quirúrgica mientras el paciente está bajo anestesia—.[138] En fin, pueden darse situaciones de urgencia vital. En estas lo razonable es presumir un consentimiento a favor de la conservación de la vida y la salud, salvo que aparezcan indicadores claros de que el sujeto pasivo —el paciente del tratamiento médico— se habría inclinado por la opción contraria.

4. LAS SITUACIONES CRECIENTEMENTE PROBLEMÁTICAS EN CONTEXTOS TECNOLÓGICOS

4.1. El consentimiento específico y amplio

104 En algunos ámbitos, como singularmente en el de los ensayos vinculados a la investigación biomédica, el modelo de consentimiento informado «especí-

---

[135] *Jakobs* (1998), 26-27, 32-33.

[136] *de la Mata Barranco*, LH Roxin, 1997, 403-404, que sostiene el carácter excluyente de la tipicidad del consentimiento presunto en delitos patrimoniales.

[137] *Joerden* (2008), 399 ss.

[138] *de Vicente Remesal*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 402 ss.

fico» —ceñido a un estudio singular— no parece ser operativo. Así, frente a este modelo, ideal en términos de autonomía, se plantean alternativas. Una de ellas es la de un consentimiento «lato», amplio, o general,[139] que no entra en detalles sobre aspectos concretos de los estudios que se van a llevar a cabo. Ahora bien, en realidad, en el caso de que la investigación se alejara de los objetivos iniciales, debería solicitarse la prestación de un nuevo consentimiento. Por ello, en este mismo ámbito, en parte como alternativa al consentimiento amplio, se alude a un consentimiento específico «dinámico». Es decir, en constante adaptación —a través de plataformas digitales— a medida que cambia el entorno de la investigación.[140] Sin embargo, lo cierto es que este tipo de modelos puede conducir a la fatiga y, en fin, a la prestación mecánica o superficial del consentimiento.

La flexibilización del consentimiento informado clásico en atención a las **105** aportaciones, características y necesidades de la moderna investigación biomédica permite advertir cómo el régimen jurídico del consentimiento no se basa simplemente en dar relevancia a la autonomía individual. Por el contrario, es el resultado de una «especificación» entre la lógica de la autonomía y consideraciones acerca de las necesidades del bien común. Por lo demás, permite advertir que el consentimiento relativo a aspectos de la propia intimidad y, en particular, en materia de protección de datos es, seguramente, el que está experimentando mayores cambios. En realidad, en esta materia es imposible mantener la imagen clásica de un consentimiento rígido cuyo objeto viene dado por un acto concreto.

4.2. El consentimiento ficticio —precipitado—

La obtención de datos personales de los usuarios de determinadas páginas **106** de internet, o de los consumidores de productos a través del comercio electrónico, se rige teóricamente por un principio de consentimiento informado del titular que los cede. Sin embargo, resulta discutible que tal consentimiento a la cesión de datos personales para su procesamiento masivo reúna los requisitos de información necesarios para admitir su relevancia.[141] En la Unión Europea se adopta a este respecto un sistema de consentimiento «afirmativo» —expreso—, aunque basado en la noción de «confirmación única».[142] Ahora

---

[139] En inglés, «*broad consent*». La forma más amplia de este consentimiento general sería un «consentimiento en blanco».

[140] En inglés, «*dynamic consent*», que también opera como forma de consentimiento digital en relación con datos genéticos.

[141] *Presno Linera* (2022), 37 ss.

[142] En inglés: «*opt-in*». A este respecto, *cfr.* el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: «1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del

bien, es bastante obvio que el consumidor o usuario medio no lee la política de datos de la entidad con la que se relaciona. Por el contrario, consiente de forma precipitada, prácticamente sin pensar, ante la alternativa de quedarse excluido del acceso que pretende a una comunicación o a un acto de consumo inmediato. Es más, aunque alguien hiciera el esfuerzo de leer aquella política de datos, lo cierto es que la mayoría de los consumidores no pueden entenderla. Todavía más, aunque las leyera y las entendiera, es difícil que estuviera en condiciones de ponderar el alcance futuro de la cesión de datos en relación con el acceso inmediato al mundo virtual de bienes y servicios. A todo ello se añade el problema de cómo revocar el consentimiento para el manejo de los propios datos, de modo que no sea indefinidamente vinculante.[143]

4.3. Un balance

107 En vista de todo lo anterior, cabe concluir que, si bien los requisitos del consentimiento del sujeto pasivo se incrementan en determinados ámbitos, en otros la evolución es justo la contraria. Así, en materia de intimidad y de datos personales existe la tendencia a considerar suficiente un consentimiento prospectivo ampliamente formalizado o tecnificado. Sin embargo, lo cierto es que este último debe considerarse insuficiente, dada la entidad de los bienes jurídicos implicados. Por lo tanto, la figura del consentimiento en entornos tecnológicos debe ser objeto de una seria reconsideración.

5. LAS CLASES DE CONSENTIMIENTO EN EL TIEMPO

5.1. Generalidades

108 La divergencia temporal entre el momento de la prestación del consentimiento y el de la realización de la conducta consentida es fuente de numerosos problemas. Así, es común partir de que el consentimiento debe tener lugar de modo actual o simultáneo. Esto significa que, de modo general, no se admite la relevancia de un consentimiento prospectivo —o anticipado—, ni tampoco retrospectivo —o subsiguiente—. En efecto, tanto uno como otro parecen tener únicamente un valor indiciario en cuanto al conocimiento de la voluntad actual, que es lo relevante de cara a la figura jurídica del consenti-

---

afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual». Asimismo, el art. 7: «1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela».

[143] STC 27/2020, de 24 de febrero.

miento. Expresado de otro modo, son indicadores fácticos que se integran en la regla de adscripción de un consentimiento actual presunto. Sin embargo, ya se ha podido comprobar que, en este como en otros puntos, la práctica está desbordando la teoría.

5.2. El consentimiento prospectivo

El consentimiento prospectivo irrevocable debe resultar, por regla general, 109
irrelevante en la medida en que existe experiencia sobre la volubilidad de la voluntad humana ante circunstancias cambiantes. Ciertamente, el juicio sobre esta cuestión depende de la medida de la anticipación con la que se preste, pues no es lo mismo que el lapso sea de segundos, minutos, horas, días, semanas o años. Como se advierte, en última instancia, en esta cuestión incide el problema del mantenimiento de la identidad personal en el tiempo (*cfr. infra* capítulo 27/94).[144] En efecto, la persistencia de la identidad metafísica de la persona no obsta a que se produzcan cambios de cierta relevancia en la propia identidad moral. Es más, no resulta infrecuente que esto tenga lugar como consecuencia del transcurso de períodos largos de tiempo, o bien de experiencias concretas de gran intensidad.[145] Así pues, es razonable mostrar reservas frente a todo consentimiento anticipado. Sin embargo, también se ha indicado que en algunos contextos resulta asimismo razonable dar relevancia al consentimiento prospectivo como potente indicador de un consentimiento actual. Concretamente, cuando se da la posibilidad de que, en el momento de prestar un consentimiento actual, concurran circunstancias que impidan prestarlo con libertad. En la vida cotidiana no resulta del todo infrecuente el fenómeno del consentimiento prospectivo con respecto a la realización de unas conductas de coacciones posteriores; por ejemplo, cuando el sujeto pasivo se encuentre en un estado de ebriedad, o bajo alguna otra alteración conductual. De hecho, en la cultura angloamericana es común aludir a tal consentimiento prospectivo con la expresión de «contratos de Ulises».[146] Esta denominación se refiere al conocido navegante de la Odisea de Homero y, en concreto, al episodio del canto de las sirenas. En él, Ulises ordena a su tripulación que le ate al palo mayor de su nave y que luego no le desate, bajo ningún concepto, aunque se lo exija a gritos. Con ello se trata de asignar relevancia a un consentimiento de signo contrario a la voluntad que el sujeto expresará más tarde, en situación de trastorno —en el caso de Ulises, en un estado de obnubilación por el canto de las sirenas—.

Lo anterior, que parece razonable con respecto a conductas genérica- 110
mente lesivas de la libertad, plantea más dificultades en uno de los ámbitos

---

[144] *Buchanan*, Philosophy & Public Affairs 17 (1988), 277 ss.

[145] Es paradigmática la caída del caballo en el camino de Damasco, que determinó que el fariseo Saulo, perseguidor de los cristianos, se convirtiera al cristianismo y fuera bautizado como Pablo, llegando a ser San Pablo (Hch. 9, 1-18).

[146] En el original inglés: «*Ulysses pacts*» o «*contracts*».

más difíciles, a saber, el de las relaciones sexuales. En efecto, este supuesto se refiere a la prestación de un consentimiento prospectivo por un sujeto pasivo con respecto a conductas sexuales que realice el sujeto activo horas después, cuando aquel se halle con la consciencia y la voluntad alteradas —por ejemplo, ebrio, drogado o dormido—. En este caso, el problema es que, si no se atribuye relevancia al consentimiento en la *actio praecedens* —que sería prospectivo— y tampoco al de la *actio posterior* —viciado por la intoxicación—, parece que todo conduce a concluir la responsabilidad del sujeto activo. Sin embargo, puede advertirse la existencia de ciertas similitudes entre esta estructura y la de la *actio libera in causa* del autor de un delito.[147] Así las cosas, parece razonable, en primer lugar, que puedan existir casos de consentimiento prospectivo. Además, en segundo lugar, que la decisión de provocarse voluntariamente una situación de trastorno mental previendo que, en ese estado, consentirá, pueda tomarse, como mínimo, como un indicador de consentimiento relevante.

5.3. La legislación en materia de voluntades anticipadas

111 El escepticismo con respecto al consentimiento prospectivo no obsta a que la legislación vigente en muchos países —entre ellos, España— le atribuya gran relevancia en relación con conductas especialmente trascendentes. Este es el caso de los «testamentos vitales», declaraciones de «voluntades anticipadas» o, en la terminología de Ley española de autonomía del paciente, «documentos de instrucciones previas» de los pacientes. Ciertamente, tal consentimiento prospectivo debe haberse prestado siguiendo un procedimiento legalmente establecido. En concreto, de modo expreso, escrito, informado y ante testigos.[148] Ahora bien, lo cierto es que dicho consentimiento expreso prospectivo puede entrar en colisión con el consentimiento presunto actual. Seguramente el caso más discutido es el de la persona que años atrás otorgó un documento de instrucciones previas en el sentido de no ser reanimado si, padeciendo una enfermedad degenerativa, sufriera un accidente. Pues bien, en la actualidad, padeciendo alzhéimer, tiene un accidente; pero al valorar la cuestión de su reanimación o no, los testigos afirman que en su vida cotidiana el enfermo parece feliz y contento. En este dilema, un sector doctrinal entiende que la aparente contradicción de dos voluntades del paciente debe

---

[147] *Wertheimer* (2003), 233. La terminología angloamericana alude la doctrina del «*tracing*».

[148] Así el art. 11.1 de la Ley 41/2002: Estos son escritos mediante los que «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo». Por lo demás, se establece que les corresponde a los servicios de salud regular los procedimientos para garantizar, llegado el caso, el cumplimiento de las instrucciones previas (art. 11.2). Ahora bien, el art. 11.3 de la Ley añade que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "*lex artis*", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas».

conducir a resolver el conflicto salvando su vida;[149] otro, por el contrario, cede a los parientes del enfermo la toma de decisión;[150] en fin, una tercera posición atribuye plena validez y eficacia al contenido del documento de instrucciones previas.[151] Como ya se ha señalado, en este texto se acoge de modo general el principio *in dubio pro vita.*

5.4. El consentimiento retrospectivo

Un consentimiento es «subsiguiente» o «retrospectivo» cuando se otorga con posterioridad a la realización del acto que es consentido. Al respecto, existe una relevante discusión filosófica, relativa sobre todo al consentimiento retrospectivo en relación con conductas paternalistas.[152] Sin embargo, resulta difícil trasladarla al ámbito jurídico. En realidad, el consentimiento expreso retrospectivo es, ante todo, un indicio para la atribución de un consentimiento presunto en el momento de la realización de la conducta cuestionada. Lo que ocurre es que a ese indicio cabe oponer la posibilidad de que el sujeto haya tenido un «cambio de opinión» inverso al que determina la revocación de un consentimiento preexistente. En Derecho penal, además, el consentimiento retrospectivo plantea la duda de que se otorgue bajo la presión de terceros. De ahí que exista una tendencia a considerarlo jurídicamente irrelevante. Sin embargo, ello se debe a que el debate se ha centrado casi siempre en contextos de delitos sexuales. En concreto, sobre la base de la antigua doctrina relativa a la *vis grata puellae.*[153] En cambio, en el contexto de relaciones patrimoniales, el consentimiento retrospectivo puede ser mucho menos problemático. 112

En realidad, incluso en contextos sexuales el consentimiento retrospectivo plantea situaciones que es preciso examinar con cautela. Así, aquella en la que la conducta sexual inicialmente no es consentida y, a partir de un segundo momento, pasa a serlo. Un ejemplo es el de quien, estando dormido, se despierta a raíz de los primeros actos de contenido sexual realizados por otro, pasando a consentirlos.[154] Ciertamente, el consentimiento otorgado a partir de ese momento no legitima retrospectivamente los actos anteriores, o no de modo necesario. Ahora bien, en este caso, el consentimiento posterior constituye de nuevo un indicador de consentimiento presunto con respecto a la fase anterior de conductas. Por lo demás, adicionalmente cabe la posibilidad de que los actos anteriores hayan sido realizados con la expectativa fundada 113

---

[149] Así, *Joerden* (2018), 179.

[150] *Barzun*, Journal of Medicine and Philosophy 48 (2023), 50 ss.

[151] *Demarco/Lipuma*, Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 25 (2016), 674 ss.

[152] *Chwang*, Journal of Social Philosophy 40 (2009), 1 ss.

[153] Tal doctrina aludía a la realización de una cierta violencia supuestamente grata a la mujer, que expresaría su consentimiento de modo retrospectivo. En este contexto se han solido citar unos versos de la obra *Ars amatoria*, del poeta Ovidio (Publio Ovidio Nasón, 43 a.C-17 d.C.-): «*vim licet appelles: grata est vis ista puellis;/quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt*».

[154] En la terminología angloamericana, este es el supuesto del «*awakened lover*»: *Westen* (2004), 254.

de ser consentidos y de su ratificación posterior. En el caso de no otorgarse el consentimiento, podrían calificarse como casos de suposición errónea e invencible de su concurrencia. En cambio, en el supuesto de ser otorgado con posterioridad tal consentimiento, podría sostenerse que se ha dado una continuidad de actos amparados primero por consentimiento presunto y, luego, por consentimiento expreso.

114 Más allá de situaciones como las comentadas, los actos expresivos de un consentimiento retrospectivo solo pueden alcanzar relevancia jurídica a través del perdón. Sin embargo, esta institución es sustancialmente distinta del consentimiento. En efecto, una cosa es que el Estado haga depender de la voluntad del titular del bien jurídico la concurrencia o no los elementos de la infracción de la norma de conducta. En cambio, otra muy distinta es que delegue en el titular del bien jurídico la decisión sobre la aplicación de la norma de sanción tras la infracción de la norma de conducta. Lo primero se refiere a la cuestión de la constitución del injusto; lo segundo a la reacción del Estado.

5.5. La revocación del consentimiento

115 El consentimiento es revocable. En efecto, el titular del bien jurídico puede revocar el consentimiento, prestado antes del comienzo del hecho, en cualquier momento. Sin embargo, es fundamental que el cambio de voluntad trascienda al exterior, lo que requiere un acto externo que lo manifieste de modo expreso.[155] En tal caso, la revocación conlleva que la conducta ya no puede considerarse amparada por el consentimiento del sujeto pasivo. En este contexto pueden darse de nuevo situaciones de suposición errónea de la prosecución del consentimiento. En efecto, dada una revocación, cabe que el sujeto activo lo ignore y prosiga su acción, convencido de obrar amparado por aquel.

6. EL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

6.1. Generalidades

116 La expresión relativa a un «consentimiento hipotético» del sujeto pasivo trasciende al Derecho, puesto que es utilizada con frecuencia en la argumentación de filosofía política y moral.[156] Con todo, procede subrayar que tal expresión designa con frecuencia también —o exclusivamente— aquellas situaciones que denominamos «consentimiento presunto», y que ya han sido tratadas. En

---

[155] Artículo 94 (derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: «1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes».

[156] *Wennberg*, Journal of Libertarian Studies 17 (2003), 17 ss.

cambio, en la tradición jurídica de cuño alemán, tal expresión significa otra cosa. En concreto, hace referencia al contenido de una discusión muy precisa de la doctrina y la jurisprudencia jurídico-civiles, a la que más tarde se sumó la doctrina jurídico-penal. Se trata del caso en el que un sujeto pasivo consciente y capaz de consentir no presta un consentimiento informado relevante, debido a que no se le ha proporcionado correctamente la información necesaria para ello. Sin embargo, *a posteriori* se determina que, si se le hubiera proporcionado correctamente tal información, también habría consentido. El punto de partida del debate se halla en una doctrina jurisprudencial civil que eximía de responsabilidad a los médicos y que fue luego consolidada en una disposición del Código civil alemán.[157] En la actualidad, este largo debate —crecientemente conocido en los países de habla hispana—[158] da señales de cierto agotamiento.

6.2. La discusión del problema

La estructura de los supuestos de hecho de consentimiento hipotético vie- 117
ne determinada, como se ha indicado, por los siguientes tres parámetros. En primer lugar, (i) la prestación de un consentimiento que se reputa ineficaz, debido a que el sujeto activo no proporcionó formalmente al otorgante toda la información legalmente debida. En segundo lugar, (ii) la realización de una conducta, por lo demás correctamente llevada a cabo, que sin embargo causa el resultado lesivo propio de la intervención o, en su caso, otro colateral. En fin (iii), la consideración hipotética de que, si se hubiera proporcionado al afectado la información omitida, este también habría otorgado su consentimiento. Desde la perspectiva jurídico-civil, en estos casos no existe una «causalidad de la infracción del deber» entre la conducta y el resultado, de modo que no procede imponer una obligación de reparación del daño. En cambio, en Derecho penal la doctrina mayoritaria ha rechazado la relevancia de estas situaciones.[159] Sin embargo, lo ha hecho desde dos puntos de vista distintos: por un lado, (i) el de que el consentimiento hipotético es rechazable por irrelevante; por otro (ii), el de que es rechazable por redundante. Esto último es lo que sostienen quienes afirman que, en los casos contemplados, o en muchos de ellos,[160] realmente no puede afirmarse que falten los presupues-

---

[157] § 630 (2) Código civil alemán: «El profesional tiene que demostrar que ha obtenido el consentimiento de acuerdo con el § 630 d y que ha proporcionado información de acuerdo con los requisitos del § 630 e. Si la información facilitada no cumple los requisitos del § 630e, aquel puede alegar que el paciente habría consentido la medida también en el caso de que la información se hubiera facilitado correctamente».

[158] *Schlack Muñoz*, Revista de Derecho 19 (2012), 275 ss.; *Escudero García-Calderón* (2014); *L. Dias*, ADPCP 2022, 729 ss.; *Luzón Peña*, FICP 2 (2023), 6 ss.

[159] Contrarios a toda relevancia de la figura, *Schlack Muñoz*, Revista de Derecho 19 (2012), 284 ss.; *Sturm* (2016); *Puppe*, EnL 5 (2017), 172; *Pantaleón Díaz*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 695 ss.; *la misma* (2022), 281 ss.; *Siqueira* (2019), 311-312,

[160] En todos, *El-Ghazi*, GA 2022, 449 ss.; solo en los casos de infracciones leves de los deberes de información, *Luzón Peña*, FICP 2 (2023), 6 ss.

tos de un consentimiento penalmente relevante. En efecto, para esta posición los defectos formales de información no deben ser lo decisivo. Por su parte, una posición minoritaria sí se ha mostrado favorable a acoger la doctrina del consentimiento hipotético, lo que conduce a que proponga para estos casos la solución de la tentativa, excluyendo la imputación del resultado.[161]

118 Si se analiza la situación propia del consentimiento hipotético desde la perspectiva de la doctrina del comportamiento desaprobado, desde luego resulta que en tales supuestos existe *ex ante* una conducta desaprobada y no justificada. Ciertamente, se advierte el incumplimiento de un requisito formal de la validez del consentimiento del sujeto pasivo que tendría que avalar la correspondiente intervención.[162] Así pues, en ellos cabe apreciar una conducta desaprobada de lesiones —de entrada, una tentativa— que, a su vez, no puede reputarse «amparada» por una justificación material *ex ante*. La ausencia de justificación de la conducta se debe a la imposibilidad de establecer, desde tal perspectiva, una correspondencia entre la conducta del sujeto activo y una voluntad real del sujeto pasivo en el momento de la acción. Por lo tanto, el análisis del consentimiento hipotético conduce a contemplar los hechos desde la perspectiva *ex post*. Desde esta última, se afirma que, si el sujeto activo hubiera informado *ex ante* de lo que sería exactamente su conducta, se supone que el sujeto pasivo también lo habría aceptado formalmente. Así las cosas, tal concepto suscita una particular (y compleja) variante de la doctrina acerca de la relevancia de los juicios hipotéticos en el ámbito de la antijuridicidad. En concreto, de la doctrina del comportamiento alternativo conforme a Derecho, tanto en el ámbito de la tipicidad como en el de la justificación (*cfr. supra* capítulos 14/79; 18/99). Sin embargo, el consentimiento hipotético del sujeto pasivo no coincide exactamente ni con la no producción del resultado típico, ni con la aparición de un «valor real del resultado». Es algo distinto.

119 El consentimiento hipotético plantea el problema de que se asienta en un doble contrafáctico: (i) el conformado por una hipotética conducta informativa del sujeto activo; y (ii) el relativo a la subsiguiente conducta hipotética de consentimiento del sujeto pasivo. Esto permite diferenciarlo de estructuras próximas, como por ejemplo el de las autorizaciones administrativas denegadas por defectos formales de la solicitud que, sin embargo, se habrían otorgado si la información omitida se hubiera proporcionado. En efecto, el otorgamiento de la autorización a partir de la aportación de la información requerida puede ser objeto de una predicción. En cambio, el consentimiento de una persona en un determinado contexto hipotético sigue siendo otra hipótesis no susceptible de predicción. En realidad, el paralelismo del consentimiento hipotético es mayor en relación con otros supuestos jurídico-penales tradicionales, como el de la llamada «estafa del mendigo». En ella, un mendigo sentado a la puerta

---

[161] *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, 401 ss.; parcialmente, *Silva Sánchez*, DPC 52 (2015), 173 ss.; con matices, *L. Dias*, ADPCP 2022, 729 ss.

[162] *Böse*, REJ 29 (2018), 1 ss.

de la iglesia simula estar ciego, o afirma falsamente que tiene cuatro hijos a los que dar de comer. Entonces un feligrés le da una cantidad de dinero. Sin embargo, *ex post* se determina que se la habría dado aun en el caso de saber que las afirmaciones del pordiosero eran mentira o de que este hubiera dicho la verdad.

6.3. Un balance

120 La relevancia jurídico-penal del consentimiento hipotético tiende a descartarse por razones tanto conceptuales como prácticas-procesales. En el primer plano, se esgrime el argumento de que incentiva una desconsideración con respecto al deber de proporcionar la información debida, que constituye un presupuesto de la prestación del consentimiento relevante por parte de pacientes capaces. Así las cosas, se concluye que resulta contrario al principio de autonomía del paciente, básico en el Derecho médico.[163] Asimismo, se subraya que es imposible reconstruir la voluntad hipotética del paciente en el momento de la acción, en el caso de que hubiera recibido la información. En el segundo plano, se esgrimen la incidencia del sesgo retrospectivo en el paciente, la dificultad o incluso imposibilidad de probar los términos de su consentimiento en escenarios hipotéticos, los problemas de venalidad en el marco del proceso, etcétera.[164]

121 El sector doctrinal que, frente a ello, apela a una correspondencia material entre la conducta del sujeto activo y una voluntad coetánea del sujeto pasivo, no expresada por este, lo que hace es partir el nudo gordiano en lugar de desatarlo. En concreto, reconstruye los casos de consentimiento hipotético como supuestos de «consentimiento presunto» *ex ante*. Sin embargo, para ello es preciso, en primer lugar, efectuar una modificación de los supuestos de aplicación de la doctrina del consentimiento presunto. En efecto, en el estado actual de esta doctrina, la apreciación de un consentimiento presunto *ex ante* requiere la imposibilidad de prestación de un consentimiento real y expreso. En cambio, en los casos de consentimiento hipotético el sujeto pasivo ha manifestado *ex ante* un consentimiento expreso, precisamente uno ceñido a los términos correspondientes a la información recibida. En todo caso, si el juicio intersubjetivo *ex ante* permite advertir, además de tal consentimiento expreso, un consentimiento presunto adicional del paciente —en relación con aquellas dimensiones del obrar del médico, de las que este no ha informado—, el caso adquiere una dimensión absolutamente distinta. Con base en una posible ampliación de la doctrina del consentimiento presunto, cabría que la solución correcta fuera la impunidad. Ahora bien, estas no son las premisas de la doctrina del consentimiento hipotético, cuyo punto de partida no afecta al juicio *ex ante*. En definitiva, sentado lo anterior, resulta ineludible afirmar

---

[163] Una crítica metodológica de las críticas es ensayada por *L. Dias*, ADPCP 2022, 733 ss.

[164] *Gropp*, FS Schroeder, 2006, 197 ss.; *Schlack Muñoz*, Revista de Derecho 19 (2012), 285 ss.

que en los casos de consentimiento hipotético *ex ante* existe una infracción de la norma de conducta, que puede ser más o menos grave en función de la entidad de la información omitida.

122 Por su parte, el juicio *ex post* no desmiente el juicio intersubjetivo *ex ante*. Esto distingue los casos de consentimiento hipotético de aquellos otros en los que, por ejemplo, el juicio *ex ante* conduce a afirmar una ausencia de consentimiento del sujeto pasivo —cosa que además cree el sujeto activo—, mientras que el juicio *ex post* pone de relieve que este efectivamente consentía. En estos últimos la apreciación de una situación relativamente análoga a la tentativa no es, en principio, problemática. En cambio, en los casos de consentimiento hipotético lo que pone de relieve el juicio *ex post* no es que el sujeto pasivo consentía, sino que este «habría consentido» si el sujeto activo le hubiera proporcionado la información correcta. Así, la cuestión es por qué debería beneficiar al sujeto activo un «valor hipotético de resultado» que es puro fruto de la coincidencia. Ciertamente, cabe que ello tenga relevancia en Derecho civil, donde los juicios sobre los cursos causales hipotéticos relativos a la producción del daño tienen mayor incidencia. Pero no parece que deba tenerlo en Derecho penal. En suma, salvo que el caso pueda reconducirse al marco del consentimiento presunto, si las omisiones de información son relevantes, la conducta del médico debe reputarse constitutiva de lesiones consumadas, con independencia de que el juicio hipotético pueda conducir a alguna atenuación de responsabilidad (*cfr. supra* capítulo 14/80).[165]

VII. OTRAS CUESTIONES

1. LAS INCONGRUENCIAS ENTRE LAS PERSPECTIVAS ACERCA DEL CONSENTIMIENTO

1.1. La perspectiva intersubjetiva ex ante y la perspectiva *ex post*

123 La infracción de la norma de conducta por parte del sujeto activo se establece en virtud de un juicio intersubjetivo *ex ante* acerca de la no concurrencia de consentimiento del sujeto pasivo. En cambio, si dicho juicio *ex ante* permite afirmar la existencia de consentimiento, no es posible constatar la infracción de la norma de conducta. Ahora bien, como se ha venido indicando, una característica del consentimiento es que cabe que se den divergencias entre la realidad de este y su manifestación por el propio sujeto pasivo. Así, existen (i) casos en los que el sujeto pasivo manifiesta su consentimiento y efectivamente consiente; otros (ii) en los que sujeto pasivo manifiesta su consentimiento sin consentir realmente; y, en fin, otros (iii), en los que no manifiesta su consentimiento —o incluso manifiesta que no consiente—, pero realmente sí lo hace. Estas tres variantes, unidas a la (iv), en la que el sujeto pasivo ni manifiesta su consentimiento, ni consiente efectivamente, añaden una complejidad adicio-

[165] Otras soluciones pueden ser de signo procesal: *Puppe*, EnL 5 (2017), 172 ss.

nal a la cuestión general de los juicios intersubjetivos *ex ante*. En todo caso, para integrar el juicio intersubjetivo *ex ante* es preciso considerar un conocimiento especial del sujeto activo acerca de que el sujeto pasivo consiente, pese a la apariencia de que no lo hace; o acerca de que el sujeto pasivo no consiente, pese a la apariencia de que sí lo hace. En fin, si el juicio intersubjetivo *ex ante* permite concluir la existencia de consentimiento, el hecho de que el juicio *ex post* ponga de relieve lo contrario es irrelevante a efectos de punición. Viceversa, un juicio *ex ante* que pone de relieve la infracción de la norma de conducta, en el caso de que el juicio *ex post* permita concluir la presencia de consentimiento describe un supuesto relativamente análogo al de la tentativa. La magnitud de la analogía tiene que ver con la ubicación sistemática del consentimiento, en el tipo o entre las causas de justificación.

1.2. La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos del consentimiento —el consentimiento putativo—

El juicio subjetivo *ex ante* puede poner de relieve que el sujeto activo se 124
equivoca sobre la prestación de un consentimiento eficaz por parte del sujeto pasivo. Es decir, que supone erróneamente la existencia de tal consentimiento, lo que puede ser denominado «consentimiento putativo». A su vez, tal error puede mostrar una naturaleza de *error facti*, relativo al hecho en sí de la prestación de consentimiento, o a las convenciones sociales que lo asocian a una determinada expresión. Sin embargo, también puede versar sobre las condiciones de la relevancia de un consentimiento existente y efectivamente expresado. Es decir, cabe que el sujeto activo se equivoque en cuanto a que el consentimiento haya sido otorgado por parte de una persona madura, informada y libre. En cuanto a esto último, son posibles, en primer lugar, *errores facti*. Por ejemplo, que se suponga una edad superior a la que el sujeto pasivo tiene realmente; o se considere que este se encuentra en una situación de capacidad mental, cuando no es así. Sin embargo, también es posible que se incurra en *errores iuris*. En este punto, lo más común es la suposición errónea acerca de que la edad del sujeto pasivo supera el límite para el consentimiento relevante en una determinada legislación —singularmente, para las relaciones sexuales—. En relación con el carácter informado y libre del consentimiento es importante tener presente la posibilidad de que se den estructuras triangulares. Así, cabe que quien proporciona al sujeto pasivo la información errónea —de forma dolosa o imprudente— sea un tercero distinto del sujeto activo. Por lo tanto, es posible que el sujeto pasivo se encuentre en un error y que el sujeto activo, por su parte, desconozca tal extremo. Igualmente, puede que el sujeto pasivo se encuentre sometido a intimidación o violencia por parte de un tercero y que el sujeto activo se lo represente como libre.

La suposición errónea de la concurrencia de consentimiento debe calificarse, 125
en función de donde se ubique la figura en cada supuesto delictivo, como un error de tipo, un error sobre los presupuestos de una causa de justificación (art.

14 CP español) o, en fin, un error sobre un elemento de un tipo privilegiado o una atenuante. En el caso de que se trate de un error de tipo, su invencibilidad conduce a la impunidad. Por su parte, los casos de vencibilidad plantean el problema de que en buena parte de los delitos en cuestión no está legalmente prevista la forma comisiva imprudente —por el sistema de *numerus clausus*—. En efecto, el régimen del art. 14.1, II CP español plantea el problema de que en buena parte de los delitos en los que el consentimiento del sujeto pasivo tiene efecto excluyente de la tipicidad, o justificante, no es delictiva la forma imprudente de comisión. A este respecto, cabe pensar en errores sobre el consentimiento del propietario —en delitos como el hurto o la administración desleal—, o de la pareja sexual —en delitos de esta última naturaleza—.

126 En la legislación española el problema de los casos de suposición errónea y vencible de un consentimiento excluyente de la tipicidad solo puede afrontarse razonablemente, aunque de modo no exento de polémica, por la vía del art. 14.3 CP. Esto es, mediante el recurso al régimen del error no excluyente del dolo, pero sí del conocimiento de la ilicitud del propio actuar. En este punto, la previsión legal expresa o bien la introducción de una regla general de error *sui generis* podría contribuir a una resolución más justa de situaciones que, en la actualidad, conducen probablemente a la apreciación de un conocimiento eventual. Si se califica como error indirecto de prohibición, debe operar la regla del art. 14.3 CP español (*cfr. infra* capítulo 25/18). En el caso del consentimiento atenuante, la representación errada del sujeto activo carece de todo efecto (art. 65.2 CP).

1.3. El desconocimiento de un consentimiento efectivamente otorgado

127 El fenómeno inverso al anterior se configura en casos en los que existe realmente el consentimiento, prestado por una persona madura, informada y libre; sin embargo, el sujeto activo desconoce que concurra. En estos casos cabe apreciar: (i) un error sobre un elemento del tipo descrito negativamente —si el consentimiento excluye la tipicidad—; (ii) la ausencia del elemento subjetivo de justificación si se trata de un consentimiento justificante; o bien (iii) la ausencia de conocimiento del elemento de un tipo privilegiado, si el consentimiento tiene este último efecto —o bien el desconocimiento de una atenuante—. De nuevo, el abordaje de estos casos es problemático. En el caso de un consentimiento excluyente de la tipicidad, el tratamiento más razonable puede ser el de la tentativa inidónea o, alternativamente, irreal. Sin embargo, esta solución no es aplicable a los casos de consentimiento excluyente de la antijuridicidad —y, por cierto, tampoco a los casos de realización de una conducta de tentativa—. Por eso, lo preferible sería una remisión a una pena análoga a la de la tentativa, con rebaja de la pena en uno o dos grados.[166] En

[166] Art. 38.4 CP portugués: «*Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa*».

efecto, la solución doctrinal de la eximente incompleta, pensada para los casos de las causas de justificación previstas en el art. 20 CP español, no es aplicable aquí, porque no existe legalmente una eximente completa de consentimiento a la que pudiera referirse tal eximente incompleta. Por su parte, la solución de la atenuante analógica, que aquí se ha presentado como la preferible en otros supuestos, tampoco es de fácil aplicación por la misma razón, pues no está claro a qué eximente incompleta podría referirse tal atenuante del art. 21.7.ª CP español.

2. EL CONSENTIMIENTO EN LOS DELITOS DE OMISIÓN Y EN LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES

128 La concurrencia de consentimiento tiene un efecto distinto en los delitos de comisión activa y en los delitos de omisión. En efecto, la indisponibilidad de la vida, así como de la integridad física y moral, determina que las conductas activas lesivas de estos bienes jurídicos no puedan ser amparadas por el mero consentimiento. En cambio, sí es posible consentir las omisiones o, expresado de otro modo, oponerse a intervenciones salvadoras. Así, el consentimiento del sujeto pasivo en cuanto a su situación de desamparo impide que el sujeto activo incurra en un delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP español). Igualmente, el consentimiento del sujeto pasivo cancela al menos algunas de las posiciones de garante a los efectos de la comisión por omisión.[167] Cuestión distinta es que tal injerencia no consentida respondiera al cumplimiento de un deber de garante en relación con otras personas. En efecto, así se dibujaría una situación de colisión de deberes, en la que la intervención no consentida —infracción de un deber *prima facie* de abstención— puede quedar justificada por el cumplimiento de un deber *prima facie* de acción.

129 La inexistencia de una oposición real actual del sujeto pasivo cambia las cosas. Ciertamente, el consentimiento prospectivo tiene por objeto, en no pocos casos, la manifestación de la oposición del sujeto a intervenciones activas posteriores. Así ocurre, en concreto, en muchos documentos de instrucciones previas de los pacientes.[168] Además, en los casos de «conflicto interno», la

---

[167] *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, 451 ss.

[168] Un ejemplo antiguo de esta cuestión se encuentra en la STS de 27 de marzo de 1990. En el caso, una señora —miembro de la confesión de los Testigos de Jehová— había sufrido un apuñalamiento masivo a manos de su esposo. Trasladada a un hospital, se le suturaron las heridas y, constatada su gravedad, fue sometida a una transfusión de sangre. Encontrándose inconsciente en la habitación y sujeta a dicho tratamiento, apareció en la habitación un hombre «buscando la tarjeta que acreditaba que Josefa, como Testigo de Jehová, no quería que se le hiciesen transfusiones de sangre, manifestando que por ello no se le podían hacer tales transfusiones, lo que motivó una situación de tensión». En efecto, la acompañante de la enferma se enfrentó al hombre y salió de la habitación a buscar a la enfermera. Cuando ambas regresaron, «encontraron que el catéter había sido quitado por el procesado y que este presionaba con su mano el brazo de la hospitalizada impidiendo la hemorragia que se había producido». Posteriormente, cuando el médico de guardia ordenó que se repusiera la cánula y que continuase la transfusión, el procesado se opuso a ello. La pregunta que aquí interesa plantear

doctrina suele acudir al consentimiento presunto del sujeto pasivo como fundamento de la exención. Sin embargo, los documentos de instrucciones previas solo son un indicador de la presunta voluntad actual del paciente, que puede ser contradicho por otros indicadores. Así las cosas, cuando lo presumible es que el accidentado inconsciente prefiera morir a que se le amputen las dos piernas, lo determinante debería ser esto, de modo que la omisión de intervención sería lícita. Sin embargo, como se ha indicado, también aquí debe regir el principio *in dubio pro vita.* Sentado esto, en los casos en los que, para salvar un bien indisponible, es preciso lesionar otro bien asimismo indisponible —por ejemplo, hay que cortar las piernas para salvar la vida del paciente— lo que debe concurrir es una combinación de estado de necesidad —integrado en la *lex artis*— y consentimiento presunto, de modo que la instrumentalización propia de la intervención necesaria se neutraliza mediante tal consentimiento.

130 En definitiva, si bien el consentimiento por sí solo no justifica la injerencia en bienes indisponibles, la oposición impide justificar aquellas intervenciones que serían necesarias para la curación, de modo que, indirectamente, establece la licitud de su omisión. Cuestión distinta es la relativa a si, además de no tener el deber de actuar, el sujeto activo carece incluso del derecho a actuar —esto es, tiene el «deber de no actuar»—. Es decir, si en casos así una intervención activa no consentida podría ser constitutiva de coacciones o de otras conductas típicas. Pues bien, esta es, en efecto, la posición que parece más difundida en la actualidad en la doctrina. El argumento fundamental en el que se apoya es el de que las situaciones de «auxilio necesario» constituyen variantes de estado de necesidad por delegación del sujeto necesitado. De este modo, si el «necesitado» —el titular del bien jurídico en peligro— no accede a ello, el auxiliador no podría esgrimir que su conducta de injerencia física está amparada por un estado de necesidad justificante a favor de aquel.

---

es si tal interrupción de cursos salvadores de la vida puede considerarse lícita en la medida en que se halla abarcada por el consentimiento prospectivo —actual presunto— de la paciente. El tribunal estimó probado que existía consentimiento con respecto a tal interrupción, pero entiende que tal consentimiento, en la medida en que afecta a la «vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz».

Capítulo 23

LA DOCTRINA GENERAL DE LA CULPABILIDAD LA MINORÍA DE EDAD PENAL

Bibliografía seleccionada: *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo*, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen, 1984, 135 (=Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad, en: Schünemann (ed.), El sistema, 1991, 135); *Alcácer Guirao*, Prevención y garantías: conflicto y síntesis, Doxa 25 (2002), 139; *Alexander*, Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability, California L. R. 88 (2000), 931; *Alonso Álamo*, Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad, LH Rodríguez Devesa, 1989, 59; *la misma*, Bases para una fundamentación material de la culpabilidad, LH Bajo Fernández, 2016, 3; *la misma*, Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones, RP 38 (2016), 5; *la misma*, Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad, CPC 124 (2018), 5; *la misma*, Culpabilidad en cabeza propia y juicios de valor, LH Morillas Cueva, 1, 2018, 3; *la misma*, La culpabilidad en la encrucijada, LH Quintero Olivares, 2018, 299; *la misma*, Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético, LH Luzón Peña, 1, 2020, 503; *la misma*, De la culpabilidad trágica a la tragedia de la culpabilidad jurídica, LH Lorenzo Salgado, 2021, 73; *la misma*, ¿Hacia el reconocimiento legislativo de una atenuante de obrar por motivos «culturales»?, LH Díez Ripollés, 2023, 749; *Álvarez Cora*, La definición del delito entre los siglos XVI y XVIII, Ivs Fvgit 19 (2016), 35; *Andrés Santos/Amezua Amezua*, La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispanoamericano de los siglos XVI y XVII, Revista de Historia del Derecho 45 (2013), 245; *J.L. Austin*, A Plea for Excuses (1956-1957), en: White (ed.), The Philosophy of Action, 1968, 19; *Basile*, Immigrazione e reati culturalmente motivati, 2010; *Baurmann*, Schuldlose Dogmatik?, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, 204; *el mismo*, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *el mismo*, Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987; *Bazelon*, The Morality of the Criminal Law, Southern California L. R. 49 (1976), 385, 1269; *Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 9.ª, 1925; *Bernardi*, Società multiculturale e reati culturali. Spunti per una riflessione, LH Marinucci, I, 2006, 45; *el mismo*, Il fattore culturale nel sistema penale, 2010; *Bierbrauer/Haffke*, Schuld und Schuldunfähigkeit, en: Hassemer/Lüderssen (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, III, 1978, 121; *Borja Jiménez*, El fundamento intercultural del Derecho penal, ADPCP 2009, 283; *Brink*, The Nature and Significance of Culpability, CL&Phil 13 (2019), 347; *Brink/Nelkin*, Fairness and the Architecture of Responsibility, en: Schoemaker (ed.), Oxford Studies in Agency and Responsibility, 1, (2013), 284; *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015; *Bung*, Rekonstruktion der Schuld, FS Kargl, 2015, 65; *Buonicuore*, Freiheit und Schuld als Anerkennung, 2020; *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018; *Burkhardt*, Charaktermängel und Charakterschuld, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, 1980, 87; *el mismo*, Wie ist es, ein Mensch zu sein?, FS Eser, 2005, 77; *el mismo*, La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el Derecho penal, en: Alcácer Guirao (ed.), El problema de la libertad de acción en el derecho penal, 2007, 29; *el mismo*, Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff, FS Maiwald, 2010, 79; *el mismo*, Schuld. Perspectivas jurídicas, reflexiones jurídico-teóricas y práctico-empíricas, RDP 2013-2, 67;

Cancio Meliá, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, LH Bacigalupo, I, 2004, 57; *Caruso*, Free Will Skepticism and Criminal Behavior: A Public Health-Quarantine Model, Southwest Phil. R. 32 (2016), 25; *el mismo*, Free Will Skepticism and Its Implications, en: Shaw (ed.), Free Will Skepticism in Law and Society, 2019, 43; *el mismo*, Rejecting Retributivism, 2021; *Cathrein*, Principios fundamentales del Derecho penal, 1911; *Cerezo Mir*, Culpabilidad y pena, ADPCP 1980, 347; *el mismo*, El delito como acción culpable, ADPCP 1996, 9; *Cigüela Sola*, La culpabilidad colectiva en Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa, 2016; *el mismo*, Aproximación a una dogmática de la exclusión social, RDPC 17 (2017), 13; *el mismo*, Injusticia social y Derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo, Doxa 42 (2019), 389; *Córdoba Roda*, Culpabilidad y pena, 1977; *F. Córdoba*, De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad, EnL 4 (2017), 43; *Corrado*, Criminal Quarantine and the Burden of Proof, Philosophia 47 (2019),1095; *Couso Salas*, Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad, 2006; *Cuello Contreras*, La influencia de la teología en el Derecho penal de la culpabilidad, LH Beristain, 1989, 483; *Cuerda Riezu*, El legislador y el Derecho penal, 1991; *de la Cuesta Aguado*, Culpabilidad: Exigibilidad y razones para la exculpación, 2003; *Delgado*, Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?, Law and Inequality 3 (1985), 9; *el mismo*, The Wretched of the Earth, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 1; *Darley/Latané*, Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility, Journal of Personality and Social Psychology 8 (1968), 377; *Demetrio Crespo*, Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal, InDret 2/2011, 1; *el mismo*, Fragmentos sobre neurociencias y Derecho penal, 2017; *el mismo* (ed.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, 2013; *el mismo* (ed.), Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, 2022; *de Figueiredo Días*, Liberdade — Culpa — Direito Penal, 1976 (3.ª, 1995); *el mismo*, Culpa y personalidad, CPC 31 (1987), 5; *Díaz Arana*, Las mentes libres en el Derecho penal, InDret 1/2016, 1; *el mismo*, Del papel de las neurociencias en la dogmática penal, InDret 4/2020, 535; *Díaz Chunga*, Libre albedrío y constitucionalidad de la responsabilidad penal, Gaceta penal & procesal penal 130 (2020), 219; *Díez Ripollés*, Los elementos subjetivos del delito, 1990; *Donini*, Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche, RIDPP 2020, 1699; *Duff*, Choice, Character, and Criminal Liability, L&Ph 12 (1993), 345; *el mismo*, Virtue, Vice, and Criminal Liability, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 147; *el mismo*, Who is Responsible, for What, to Whom?, Ohio St. J. C. L. 2 (2005), 441; *Duttge*, Über die Brücke der Willensfreiheit zur Schuld — Eine thematische Einführung, en: *el mismo* (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, 2009, 13; *Ehrhardt*, Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität, 2014; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, 266; *Engisch*, Interessenjurisprudenz und Strafrecht, MschrKrim XXV, 1934, 65; *el mismo*, Die Lehre von der Willensfreiheit, 2.ª, 1965 (=La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal, 2006); *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Fauconnet*, La responsabilité. Etude de sociologie, 1.ª, 1921; *Feijóo Sánchez*, Derecho penal y neurociencias, InDret 2/2011, 1; *el mismo*, La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho, ADPCP 2012, 99; *el mismo*, Culpabilidad jurídico-penal y neurociencias, en: Demetrio Crespo (ed.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, 2013, 269; *el mismo*, El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 601; *el mismo*, Culpabilidad, libre albedrío y perspectiva de primera persona, LH Díez Ripollés, 2023, 597; *G. Fernández*, Culpabilidad y teoría del delito, 1995; *Fischer*, Initial Design, Manipulation, and Moral Responsibility, CL&Phil 15 (2021), 255; *Fischer/Ravizza*, Responsibility and Control: a Theory of Moral Responsibility, 1999; *Fischer/Kane/Pereboom/Vargas*, Cuatro perspectivas sobre la libertad, 2014; *Fischer/Hoven* (Hrsg.), Schuld, 2017; *Fletcher*, The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War. The Problem of Collective Guilt, Yale L. J. 111 (2002), 1499; *el mismo*, Collective Guilt and Collective Punishment, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), 163; *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907 (=Sobre

la estructura del concepto de culpabilidad, 2002); *H. Frankfurt*, Freedom of the Will and the Concept of a Person, en: el mismo, The Importance of What We Care About, 1988, 12; *Freudentahl*, Culpabilidad y reproche en el Derecho penal (1922), 2003; *Frías Caballero*, Imputabilidad penal, 1981; *Frisch*, Sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad, en: Feijóo (ed.), Neurociencias, 2012, 19; *Frister*, Die Struktur des voluntativen Schuldelements, 1993; *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; ; *Gärditz*, Schuld und Postmoderne, Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, 2017, 269; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, 1959; *Gephart*, Symbol und Sanktion. Zur Theorie der kollektiven Zurechnung von Paul Fauconnet, 1997; *Gimbernat Ordeig*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en: el mismo, Estudios, 1981, 105; *el mismo*, El sistema del Derecho penal en la actualidad, en: el mismo, Estudios, 1990, 171; *Fernandes Godinho*, Wissenschaftliche Erkenntnistheorie und strafrechtliche Methodologie, RPhZ 3/2017, 266; *Goldschmidt*, Notstand als Schuldproblem, ÖZStr 1913, 129 ss., 224 ss.; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, FG Frank, I, 1930, 428 (=La concepción normativa de la culpabilidad, 2002); *Gómez Benítez*, Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad, LH Roxin, 1997, 269; *el mismo*, Culpabilidad y pecado. Reflexiones sobre los límites al poder de la voluntad, en: AA.VV., Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, 2002, 249; *Gómez Lanz*, Mejoramiento humano y responsabilidad penal, PolítCrim 16 (2021), 557; *Grandi*, Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?, 2016; *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *Greco, ¿Qué pueden aprender los penalistas de los neurocientíficos?, en: Demetrio Crespo (ed.), Derecho penal y comportamiento humano, 2022, 161; el mismo*, A culpabilidade penal diante das neurociências, LH Díez Ripollés, 2023, 629; *el mismo*, Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los viejos nazis, ADPCP 2023, 9; *Greene/Cohen*, For the Law, the New Neuroscience Changes Nothing and Everything, en: Zeki/Goodenough (eds.), Law and the Brain, 2006, 207; *K. Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005; *el mismo*, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff, KritJ 2006, 116; *el mismo*, Die naturalistische Herausforderung des Schuldstrafrechts, en: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, 71; *Günther/Prittwitz*, Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, FS Hassemer, 2010, 331; *Habermas*, Freiheit und Determinismus, DZPhil 52 (2004), 871; *el mismo*, Das Sprachspiel verantwortlicher Urheberschaft und das Problem der Willensfreiheit, DZPhil 54 (2006), 669; *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33; *Haft*, Der Schulddialog, 1978; *Hallmann*, Gebundene Freiheit und strafrechtliche Schuld, 2017; *Hassemer*, Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal, InDret 2/2011, 1; *Hauser*, Moral Minds. How Nature Designed Our Universal Sense of Right and Wrong, 2006; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010; *el mismo*, Überlegungen zum ethischen und strafrechtlichen Schuldbegriff, FS Achenbach, 2011, 157; *el mismo*, Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert, GA 2015, 250; *el mismo*, Das Anderskönnen in der strafrechtlichen Schuldlehre, FS Merkel, I, 2020, 371; *von der Heydt*, Perspektivität von Freiheit und Determinismus, 2017; *Hierro*, Libertad y responsabilidad penal, ADPCP 1989, 561; *Hilgendorf*, Strafrecht und Interkulturalität, JZ 2009, 139; *Hillenkamp*, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, ZStW 127 (2015), 10; *Hirstein/Sifferd/Fagan*, Responsible Brains, 2018; *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013; *la misma*, Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen, FS Schünemann, 2014, 93; *la misma*, Guilt and Choice in Criminal Law Theory — A Critical Assessment, Bergen J. C. L. 4 (2016), 1; *la misma*, Criminalización, castigo y dilemas morales, 2022; *Honderich*, ¿Hasta qué punto somos libres?, 1995; *Horder*, Criminal Culpability: the Possibility of a General Theory, L&Ph 12 (1993), 193; *el mismo*, Pleading Involuntary Lack of Capacity, Cambridge L. J. 52 (1993), 298; *Hoven*, Schuld in Kollektiven I. Eine systemkriminologische Betrachtung, en: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, 2017, 329; *Husak*, Broad Culpability and the Retributivist Dream, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 449; *Íñigo Corroza*, Relevancia jurídico-penal de la pluralidad de intervinientes en el delito, LH Silva Sánchez, 2019, 439; *Jäger*, Strafrecht und psychoanalytische

Theorie, FS Henkel, 1974, 125; *el mismo*, Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, 107; *el mismo*, Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen, MschrKrim 63 (1980), 358; *el mismo*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985; *el mismo*, Versuch über Makrokriminalität, StV 1988, 172; *el mismo*, Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, El principio de culpabilidad, en: el mismo, Estudios, 1997, 365; *el mismo*, La culpabilidad de los foráneos, en: Jakobs/Cancio/Feijóo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008, 89; *el mismo*, Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica, en: Jakobs/Cancio/Feijóo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008, 169; *el mismo*, Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff, FS Kühl 2014, 281; *Kane*, A Contemporary Introduction to Free Will, 2005; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; *Arth. Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1961 (2.ª, 1976); *el mismo*, Schuld und Verhältnismässigkeitsgrundsatz, FS Lange, 1976, 27; *el mismo*, Schuld und Prävention, FS Wassermann, 1985, 889; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Probleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1924; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007; *Kelsen*, Teoría pura del Derecho, 1993; *Kindhäuser*, Rechtstreue als Schuldkategorie, ZStW 107 (1995), 718 (=La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad, en: Luzón/Mir -eds.-, Cuestiones, 1999, 185); *Kindhäuser/Mañalich*, Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho, 2011; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *Kohlrausch*, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, FS Güterbock, 1910, 3; *Kolber*, Will There Be a Neurolaw Revolution?, Indiana L. J. 89 (2014), 807; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Krause Muñoz*, Responsabilidad: lo unitario en los sistemas civil y penal, 2015; *Künsemüller*, Culpabilidad y pena, 2001; *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre, 1935; *Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada, 2021; *Lampe*, Injusto del sistema y sistemas de injusto, en: el mismo, La dogmática, 2003, 97; *Landecho*, La tipificación lombrosiana de delincuentes, I, 2004; II, 2006; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision, 1999; *Levin/Farina/Lavazza*, Dealing with Criminal Behavior: The Inaccuracy of the Quarantine Analogy, CL&Phil 17 (2023), 135; *Lücke*, Die (Un-)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers, 1973; *Lüderssen*, Kollektive Zurechnung. Individualisierende Haftung, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der sozialwissenschaften für das Strafrecht, II, 1980, 737; *el mismo*, Gebotene Zuschreibung?, FS Sack, 1996, 113; *Luzón Peña*, Prevención general, sociedad y psicoanálisis, CPC 16 (1982), 93; *el mismo*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, InDret 3/2012, 1; *el mismo*, Exculpación por inexigibilidad penal individual, Revista Justiça e Sistema Criminal 8 (2016), 9; *MacIntyre*, Animales racionales y dependientes, 2001; *el mismo*, Tras la virtud, 2013; *de Maglie*, Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense, LH Marinucci, I, 2006, 215; *la misma*, Los delitos culturalmente motivados, 2012; *Maihold*, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, 2005; *el mismo*, El castigo del pecado y la reprobación ética. La evolución del Derecho penal moderno en la doctrina española del Derecho natural, en: Cruz Cruz, (ed.), Razón práctica y derecho. Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español, 2011, 125; *Mañalich*, La pena como retribución, Estudios Públicos 108 (2007), 117; *el mismo*, Pena y ciudadanía, en: Kindhäuser/Mañalich, Pena y culpabilidad, 2011, 116; *el mismo*, Determinismo, autonomía y responsabilidad penal, en: Kindhäuser/Mañalich, Pena y culpabilidad, 2011, 181; *el mismo*, Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva, InDret 2/2015, 1; *el mismo*, Culpabilidad, compatibilismo y suerte penal, LH Künsemüller, 2023, 625; *Maraver/Pozuelo* (eds.), La culpabilidad, 2019; *Marín de Espinosa Ceballos*, La problemática de los delitos culturales en el Código Penal español, LH Jorge Barreiro, II, 2019, 1129; *Martín Lorenzo*, La exculpación penal, 2009; *Martínez-Buján*, El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad, RP 50 (2022),

162; *el mismo*, El principio de culpabilidad y su fundamento, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 713; *Martínez Garay*, Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPC 8 (2001), 34; *la misma*, La imputabilidad penal, 2005; *la misma*, La relación entre culpabilidad y peligrosidad, en: Maraver/Pozuelo (eds.), La culpabilidad, 2019, 115; *Martínez Sánchez*, La inimputabilidad por trastorno mental, 2019; *Mele*, Libres. Por qué la ciencia no ha rebatido la existencia del libre albedrío, 2017; *el mismo*, Manipulated Agents: a Window to Moral Responsibility, 2019; *Melendo Pardos*, El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, 2002; *el mismo*, Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad, LH Cerezo Mir, 2002, 865; *de Sousa Mendes*, Causalidade complexa e prova penal, 2019; *G. Merkel/Roth*, Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, en: Grün *et al.* (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, 2008, 77; *R. Merkel*, Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld, FS Philipps, 2005, 411; *el mismo*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008; *Mezger*, Tratado de Derecho penal, II, 1957; *Milgram*, Behavioral Study of Obedience, Journal of Abnormal and Social Psychology 67 (1963), 371; *el mismo*, Obedience to Authority, 1974; *Mir Puig*, Sobre el principio de culpabilidad, LH Hilde Kaufmann, 1985, 365; *el mismo*, Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de pena sin culpabilidad, en: el mismo *et al.* (eds.), Responsabilidad de la empresa y compliance, 2014, 3; *Mohr*, Präsuppositionen strafrechtlicher Zurechnung im demokratischen Rechtsstaat, en: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung, 2004, 225; *Molina Fernández*, Presupuestos de la responsabilidad jurídica, ADPCP 2000, 169; *el mismo*, ¿Culpabilidad sin libertad?, en: Cancio/Feijóo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008, 207; *Mongillo*, Colpevolezza collettiva e colpevolezza individuale nell'universo interculturale fletcheriano, en: Stile *et al.* (eds.), Civil Law e Common Law: quale grammatica per il diritto penale?, 2018, 209; *Moore*, The Neuroscience of Volitional Excuses, en: Pardo/Paterson (eds.), Philosophical Foundations of Law and Neuroscience, 2016, 179; *el mismo*, Mechanical Choices, 2020; *Morales Prats*, Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora, LH Torío López, 1999, 171; *Morris*, George Fletcher and Collective Guilt, Notre Dame L. R. 78 (2003), 731; *Morse*, The Twilight of Welfare Criminology, Southern California L. R. 49 (1976), 1247; *el mismo*, The Non-Problem of Free-Will in Forensic Psychiatry and Psychology, Behavioral Science and Law 25 (2007), 203; *el mismo*, Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility, en: Rosen/Witters (eds.), Constitution 3.0: Freedom and Technological Change, 2011, 113; *el mismo*, Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience, en: Freeman (ed.), Law and Neuroscience, 2011, 529; *el mismo*, Severe Environmental Deprivation, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 147; *el mismo*, Neuroscience, Free Will, and Criminal Responsibility, en: Glannon (ed.), Free Will and the Brain, 2015, 251; *Mosch*, Schuld, Verantwortung und Determinismus im Strafrecht, 2018; *Muñoz Conde*, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, CPC 12 (1980), 41; *el mismo*, Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención, 1981; *Nadelhoffer/Nahmias*, Free Will, Neuroscience, and the Criminal Law, Thurgood Marshall L. R. 36 (2011), 157; *Naucke*, Negatives Strafrecht, 2015; *Nelkin*, Desert, Free Will, and Our Moral Responsibility Practices, Journal of Ethics 23 (2019), 265; *Neumann*, Vom normativen zum funktionalen Strafrechtsverständnis, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Perspektiven der Strafrechtsentwicklung, 1996, 57; *el mismo*, Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips, en: Lüderssern (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, I, 1998, 391; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *Nida-Rümelin*, Humanistische Reflexionen, 2016; *el mismo*, The Reasons Account of Free Will, ARSP 105 (2019), 3; *Otero González*, Culpabilidad y delincuentes peligrosos, 2021; *Pardo/Patterson*, Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia, InDret 2/2011, 1; *Parfit*, On What Matters, II, 2011; *Peralta*, Motivos reprochables, 2012; *Pereboom*, Living Without Free Will, 2001; *el mismo*, Free Will, Agency, and Meaning in Life, 2014; *Pereboom/Caruso*, Hard Incompatibilism Existentialism: Neuroscience, Punishment, and Meaning in Life, en: Caruso/Flanagan (eds.), Neuroexistentialism: Meaning, Morals, and Purpose in the Age of Neuroscience,

2018, 193; *Pereira Garmendia*, Responsabilidad por los delitos atroces, 2016; *Pérez Manzano*, Culpabilidad y prevención, 1989; *la misma*, Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia, InDret 2/2011, 1; *la misma*, El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión, Doxa 35 (2012), 471; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *M. Planck*, Vom Wesen der Willensfreiheit, 1937; *Porciúncula*, Diachroner Retributivismus, ZIS 2021, 351; *Presno Linera*, Derechos fundamentales e inteligencia artificial, 2022; *Puente Rodríguez*, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, 2021; *Quintero Olivares*, Locos y culpables, 1999; *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, FG Frank, I, 1930, 158; *Ramos Vázquez*, Ciencia, libertad y Derecho penal, 2013; *el mismo*, La pregunta por la libertad de acción (y una respuesta desde la filosofía del lenguaje), en: Demetrio/Maroto (eds.), Neurociencias, 2013, 137; *Rath*, Aufweis der Realität der Willensfreiheit, 2009; *Renzikowski*, Der Begriff der „Zurechnung" in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens, en Alexy/Meyer/Paulson/Sprenger (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, 2002, 253; *Ricoeur*, Lo justo, 1995; *Robinson*, Are We Responsible for Who We Are?, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 53; *Rodríguez*, Livre arbítrio e Direito penal, 2018; *Romeo Casabona*, Principio de culpabilidad, prevención delictiva y herencia genética, LH Roxin, 2001, 193; *el mismo*, Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en el derecho penal, RGDP 2007, 1; *el mismo*, Presupuestos biológicos y culpabilidad penal, en: Demetrio Crespo (ed.), Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, 2013, 425; *Ronco*, Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale, 2023; *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998; *Roxin*, Política criminal y sistema del Derecho penal, 1972; *el mismo*, Problemas básicos del Derecho penal, 1976; *el mismo*, Culpabilidad y prevención, 1981; *el mismo*, ¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?, CPC 30 (1986), 671; *el mismo*, La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad, ADPCP 2017, 9; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008; *Sáinz Cantero*, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, 1965; *Sánchez Dafauce*, Infracción e inimputabilidad en el sistema del delito, RDPP 52 (2018), 49; *Sánchez Lázaro*, Deconstruyendo la culpabilidad, RP 26 (2010), 164; *Sánchez-Ostiz*, Imputación y teoría del delito, 2008; *el mismo*, La libertad del Derecho penal, 2014; *el mismo*, Víctimas e infractores, cumplidores y héroes, 2018; *el mismo*, Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal, PyD 81 (2019/2),185; *el mismo*, Tomarnos en serio a nosotros mismos, en: Maraver/Pozuelo (eds.), La culpabilidad, 2019, 49; *el mismo*, Delito y libertad, LH Künsemüller, 2023, 469; *Sánchez Vilanova*, Culpabilidad: ¿deconstrucción o reconstrucción?, RGDP 23 (2015), 1; *Sandel*, La tiranía del mérito, 2020; *Sanz Morán*, Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena, LH Cerezo Mir, 2002, 147; *el mismo*, El concepto material de culpabilidad: Un balance, LH Luzón Peña, I, 2020, 1087; *Schiemann*, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, 2012; *la misma*, Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht — eine überflüssige Debatte?, ZJS 2012, 774; *Schild*, Hirnforschung und Strafrecht. Die Schwierigkeit, keine Satire schreiben zu müssen, en: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, 2017, 11; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *el mismo*, La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 1991, 147; *el mismo*, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después milenio, 2002; *Searle*, Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío, 2000; *Seelmann*, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, 2002; *el mismo*, Ebenen der Zurechnung, en: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, 85; *el mismo*, Verantwortungsstreuung als Strafbegrenzung, en: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, 2006, 138 (=La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena, en: Robles -ed.-, Límites, 2013, 213); *Seiters*, Das strafrechtliche Schuldprinzip, 2020; *Shaw* (ed.), Free Will Skepticism in Law and Society. Challenging Retributive Justice, 2019; *Silva Sánchez*, Identidad en el tiempo y responsabilidad penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 661; *el mismo*, Presupuestos sociopolíticos de la atribución de responsabilidad penal, LH Suárez Montes, 2013, 715; *el mismo*, En busca

del Derecho penal, 2015; *el mismo*, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, 2018; *Silva/Varela*, Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo, en: Silva (ed.), Criminalidad de empresa y compliance, 2013, 279; *Steenbreker*, Identität und Freiheit. Studien zur Zeitlichkeit der Person im Strafrecht, 2020; *Stratenwerth*, El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad, 1980; *el mismo*, Über die Freiheit des Willens, 2012; *Strawson*, Libertad y resentimiento, 1995; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; *el mismo*, Vergleichende Betrachtungen zu den Potentialen verschiedener Schuldverständnisse, FS Hruschka, 2005, 697; *el mismo*, Schuldbegriff und Hirnforschung, FS Jakobs, 2007, 675; *Stübinger*, Schuld, Strafrecht und Geschichte, 2000; *Stuckenberg*, Strafe und Zurechnung bei Paul Fauconnet, GA 2017, 174; *Tadros*, Poverty and Criminal Responsibility, Journal of Value Inquiry 43 (2009), 391; *Tangerino*, Culpabilidade, 2.ª, 2014; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012; *Toepel*, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, 2002; *Torío López*, El concepto individual de culpabilidad, ADPCP 1985, 285; *el mismo*, Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad, CPC 36 (1988), 759; *Urruela Mora*, Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, 2004; *Vest*, Humanitätsverbrechen — Herausforderung für das Individualstrafrecht, ZStW 113 (2001), 457; *Vives Antón*, El principio de culpabilidad, LH Cerezo Mir, 2002, 211; *el mismo*, Fundamentos del sistema penal, 2.ª, 2011; *el mismo*, Neurociencia y reduccionismo determinista, en: Demetrio/Maroto (eds.), Neurociencias y Derecho penal, 2013, 219; *Walter*, Die Freiheit der Person und die Psychiatrie, GA 2014, 317; *van Weezel*, Neuroderecho y finalismo jurídico-penal, LH Cury, 2013, 495 (=RDPC 7, 2013, 3); *Weichhold*, Strafrecht als gefährliches Spiel: Wie man Täter schafft, RphZ 1/2019, 35; *Welzel*, El nuevo sistema del Derecho penal (1964), 2001; *Westen*, An Attitudinal Theory of Excuse, L&Ph 25 (2006), 289; *Whitman*, The Case for Penal Modernism: Beyond Utility and Desert, Critical Analysis of Law 1 (2014), 143; *Yacobucci*, La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual, 2018; *Yankah*, Good Guys and Bad Guys: Punishing Character, Equality, and the Irrelevance of Moral Character to Criminal Punishment, Cardozo L. R. 25 (2004), 1019; *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007; *el mismo*, Schuld und Gefährlichkeit. Über Freiheitsängste und Täterhybride, en: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, 2017, 201; *el mismo*, ¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de la culpabilidad, InDret 1/2018, 1; *Zaczyk*, Schuld als Rechtsbegriff, en: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74 (2000), 103; *el mismo*, Reinhard Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, GA 2009, 371; *Zaffaroni*, En busca de las penas perdidas, 1989; *el mismo*, Colpevolezza e vulnerabilità, RIDPP 2003, 341; *Zugaldía Espinar*, Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad, LH Antón Oneca, 1982, 565.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

1.1. Precisiones conceptuales

La expresión «responsabilidad» (lat. *respondeo*), en su sentido amplio, alude a 1
la capacidad de un sujeto de atender al interrogante que otro le formula acerca del porqué de un acontecimiento.[1] En lo que aquí precisamente interesa, aquello cuya producción exige una respuesta es un hecho penalmente antijurídico y, para poder hablar de responsabilidad, es preciso que el suceso no resulte

[1] *Cathrein* (1911), 105-106; *Ricoeur* (1995), 39 ss.; *Molina Fernández*, ADPCP 2000, 169 ss.; *Krause Muñoz* (2015), 15 ss.; *de Sousa Mendes* (2019), 41 ss. La raíz se halla en todas las lenguas: «*Ver-antwortung*», «*answerability*».

plenamente explicable en términos empíricos. Así pues, la responsabilización —la imputación— y la explicación (causal) definen espacios que se excluyen recíprocamente. Si algo se puede explicar de modo pleno, es decir, si cabe atribuírselo por completo a la naturaleza, entonces no es preciso imputárselo a nadie. Por el contrario, si no hay explicación o esta no es plena, para contestar a la pregunta hay que imputar el acontecimiento a alguien, ya sea a personas individuales —al sujeto activo, al pasivo, a otros—, a la sociedad en su conjunto o al Estado. En este punto, el pensamiento autodenominado moderno, surgido en torno al siglo XVII, constituyó un intento de reducción de los espacios de responsabilidad a favor de las explicaciones causales-empíricas.[2] Sin embargo, cuatro siglos después está claro que el empirismo no ha sido capaz de dar cuenta de la totalidad de lo real. Su dominio —como materialismo— en el siglo XIX y en buena parte del siglo XX lo ha puesto de relieve de modo claro. En cambio, el comienzo de la llamada modernidad tardía —convencionalmente ubicado a finales del siglo XX— ha tenido como consecuencia una expansión de la imputación cuyas razones todavía no han sido reconstruidas en su totalidad.

2 En los diversos órdenes normativos existen reglas que establecen quién y por qué responde, ante quién debe hacerlo, cuáles son los presupuestos de la atribución de responsabilidad y en qué consiste esa atribución.[3] En todo ello se advierte una importante relatividad histórico-cultural. Así, en el caso concreto de la respuesta por la producción de un hecho antijurídico, la responsabilidad no se ha vinculado siempre ni a una actuación propia de quien responde, ni a una actuación libre, ni siquiera a una actuación humana. Por el contrario, con frecuencia se ha construido sobre la base de la necesidad de dar respuesta de una forma determinada a la producción de un hecho socialmente lesivo. Ello se advierte, por ejemplo, en los sacrificios de personas inocentes —aunque simbólicamente reputadas «responsables»— en las sociedades primitivas, pero también en la responsabilidad del conjunto de la familia del autor, o en la sanción a animales o cosas.[4] Como ya se ha indicado, esta última tradición es la que recogen las llamadas teorías funcionalistas de la responsabilidad, que la entienden como expresión de una auto-representación social (*cfr. supra* capítulo 2/2 ss.).[5] Desde esta perspectiva, lo decisivo es que la imputación de responsabilidad sirve para restaurar el orden social-emocional conmovido por el delito.

1.2. Las clases de responsabilidad

3 En función del sistema normativo del que se trate, la responsabilidad puede ser extrajurídica o jurídica. Por su parte, la primera tiene distintas variantes: así, la responsabilidad moral, la social —en el seno de cada uno de los diversos grupos sociales, empezando por la familia— o la política. A su vez, la res-

---

[2] *Renzikowski* (2002), 258-259.

[3] *Duff*, Ohio St. J. C. L. 2 (2005), 444-445; *Husak*, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 465.

[4] *Gephart* (1997), 75 ss.

[5] *Fauconnet* (1921). Sobre su obra, *Gephart* (1997), 69 ss.; *Stuckenberg*, GA 2017, 174 ss.

ponsabilidad jurídica también cuenta con diversas modalidades: en términos generales, la civil, la administrativa y la penal. En todo caso, hay que distinguir entre responsabilidad en sentido débil y en sentido fuerte. En efecto, una cosa es afirmar la responsabilidad de alguien en el sentido de que debe cargar con las consecuencias de un hecho lesivo. En cambio, cuestión distinta es atribuir a alguien una responsabilidad por la infracción de un deber personal en relación con la producción de aquel acontecimiento.[6]

Así pues, en su sentido amplio —y débil— la responsabilidad no requiere siquiera que el sujeto calificado como responsable sea quien realizó el hecho. Efectivamente, admite una responsabilidad por el hecho de otro: por ejemplo, la de los familiares del agente o la de otros terceros. En realidad, esa atribución de responsabilidad es compatible incluso con la afirmación de que las personas actúan sometidas a la determinación de factores causales. Pues bien, al igual que sucede en la vida social, la responsabilidad jurídica puede entenderse en el mencionado sentido débil. Así sucede cuando se funda en criterios distributivos de eficiencia, más o menos matizados por consideraciones de equidad. Por ejemplo, en muchas concepciones de la responsabilidad civil, en la responsabilidad por infracciones administrativas, o en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 4

Todo ello determina que sea ineludible una reconstrucción teleológica de la noción de responsabilidad. En efecto, en primer lugar, este concepto puede tener un contenido distinto en función de cuál sea la consecuencia que se le asocie. En segundo lugar, también puede modificar su contenido en función del modo concreto en que se conciba la consecuencia jurídica de que se trate. Así, por ejemplo, si la pena se construye sobre la base teórica de la prevención general intimidatoria, de la prevención especial o de una concepción funcional —estabilizadora— de la prevención general positiva, el vínculo de responsabilidad puede (y suele) ser entendido en términos débiles. Ahora bien, como se ha indicado, la atribución de responsabilidad penal puede tener un sentido fuerte. En efecto, si se considera que la pena tiene una fundamentación retributiva-restaurativa y es expresión de justicia conmutativa —sometida luego a limitaciones—, la responsabilidad penal tiene que presuponer un vínculo personal entre el agente y su hecho. En tal caso, el juicio de responsabilidad tiene como contenido la manifestación de la infracción de un deber del agente —adquiere un perfil moral deontológico— y en él no se trata de un enunciado de naturaleza consecuencialista. Por el contrario, esto requiere una fundamentación intrínseca. 5

2. RESPONSABILIDAD, IMPUTACIÓN Y CULPABILIDAD

Los términos responsabilidad o imputación, como se ha indicado, tienen ciertamente una acepción moral, pero asimismo admiten un significado más 6

[6] *Molina Fernández*, ADPCP 2000, 169 ss.

neutro. Así, en este último se comprenden tanto tesis fuertes como débiles acerca de su contenido. En cambio, el término culpabilidad muestra una clara connotación moral.[7] Pues bien, una vez liberada de sus formas débiles —como la responsabilidad familiar o la del sucesor—, la responsabilidad penal en sentido propio requiere una imputación precisamente a título de culpabilidad. Ahora bien, es cierto que el sistema del Derecho penal ha ido acogiendo nuevas formas impropias de responsabilidad. Entre estas variantes impropias, que no deben ser integradas en el ámbito de la culpabilidad, se encuentra desde luego la imposición de medidas de seguridad. En efecto, tales medidas responden a una lógica de eficiencia preventiva matizada en su caso por algún límite de equidad. Con respecto a ellas los legisladores, por regla general, se abstienen razonablemente de utilizar el propio lenguaje de la responsabilidad. Sin embargo, también constituye una forma impropia de responsabilidad la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta no cabe una imputación a título de culpabilidad que no sea ficticia. Por último, tiene asimismo una naturaleza singular la responsabilidad de los menores de edad, en la que pueden darse supuestos de concurrencia de culpabilidad y de ausencia de ella. Como luego se verá, los mayores de catorce y menores de dieciocho años no son responsables con arreglo al Código penal común, aunque sí lo sean conforme a la Ley de responsabilidad penal del menor (art. 19 CP español).

7 Es preciso distinguir entre el principio de culpabilidad y la categoría sistemática de la culpabilidad.[8] Como se indicó, el principio de culpabilidad comprende garantías diversas —la presunción de inocencia, el principio de responsabilidad por el hecho propio y la exigencia de dolo o culpa— que son ajenas a la categoría de la culpabilidad en sentido estricto (*cfr. supra* capítulo 5/39). Además, las garantías del principio de culpabilidad pueden ser entendidas desde dos puntos de vista. Por un lado, como meros límites colaterales —psicológicos o de equidad— de una responsabilidad penal cuyo fundamento se construye en términos preventivos. Por otro lado, como fundamento de una responsabilidad penal fundada en términos retributivos y que, por tanto, no puede ir más allá del merecimiento del agente.

3. LA CULPABILIDAD EN EL CONTEXTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA

3.1. La libertad de voluntad

8 El primer presupuesto de la imposición de una pena a un agente es la libertad de voluntad. Esta es aquella potencia del sujeto que, a los efectos que aquí interesan, puede caracterizarse como «capacidad de culpabilidad». En efecto, si el hecho antijurídico da cuenta de un mal ejercicio de la libertad de voluntad

---

[7] Las expresiones angloamericanas de «*blameworthiness*» y «*culpability*» tienen asimismo una connotación moral más intensa que «*responsibility*» y, por supuesto, mucho más que «*liability*» o «*accountability*».

[8] *Martínez-Buján*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 713 ss.

del agente, entonces aquel es calificado como culpable. Ahora bien, el mal uso de la libertad del agente —el injusto culpable— es condición necesaria, pero no suficiente, del hecho punible. Es cierto que algunos conceptos de culpabilidad la reconstruyen integrando en ella todos los presupuestos de la imposición legítima de la pena. Así sucede en los que entienden la culpabilidad en términos pragmático-deliberativos —o discursivos—; e igualmente en los conceptos funcionales-sistémicos de culpabilidad. Sin embargo, el resultado de ello es que unos y otros integran elementos demasiado distintos en el juicio de culpabilidad. Por poner solo un ejemplo, incluyen en el ámbito sistemático de la culpabilidad tanto el estado mental del sujeto, como su posibilidad de haber participado en el discurso político o, en fin, la realización por su parte de un comportamiento postdelictivo positivo —esto último, para atenuarla—. Pues bien, cuestiones como estas últimas no pertenecen al ámbito sistemático de la culpabilidad. En efecto, la categoría sistemática de la culpabilidad tiene un contenido básicamente ético-jurídico, de modo que debe ser depurada de algunos elementos que se han pretendido introducir en los últimos tiempos y que solo poseen relevancia jurídico-política.

Tales elementos no tienen que ver con el juicio sobre el hecho, ni siquiera **9**
con el juicio dirigido al agente por su hecho, sino solo con la legitimidad relacional del Estado para formular tales juicios frente a una persona determinada (*cfr. infra* capítulo 27/104). Desde luego, el castigo público no solo tiene un alcance ético-jurídico, sino también político. Por lo tanto, para su imposición no basta con que el agente realice un injusto culpable, sino que también son precisos otros elementos adicionales. En concreto, la imposición de una pena estatal merecida no es aceptable cuando —por distintas razones— resulta inequitativa o cuando falta algún otro requisito de su legitimación política.[9] Como se indicó, la legitimación política de la imposición de pena por conductas pertenecientes al núcleo de los delitos *mala in se* trae causa de consideraciones prepolíticas. En cambio, para el resto de los delitos —periferia de los delitos *mala in se*, y *mala quia prohibita*— requiere la existencia de un vínculo político entre el agente y el Estado (*cfr. supra* capítulos 1/65 ss.; 2/87 ss.). Ahora bien, las consideraciones relativas a la ausencia de legitimación político-instrumental y político-relacional del castigo estatal no pertenecen al ámbito sistemático de la culpabilidad. Por el contrario, se integran en la punibilidad en sentido amplio, que pertenece a la teoría de la pena como castigo estatal legítimo en un Estado de Derecho (*cfr. infra* capítulo 27/22).

3.2. La identidad en el tiempo de la persona delincuente

Es preciso distinguir entre la capacidad de culpabilidad —que se refiere al **10**
delito como hecho histórico— y la capacidad procesal y de pena por el injusto

[9] Por un lado, *Kindhäuser* (1999), 185 ss.; *K. Günther* (2005), 245 ss.; *Mañalich* (2011), 116 ss. Por otro, *Pawlik* (2012), 120 ss.; *Silva Sánchez*, LH Suárez Montes, 2013, 715 ss.; *el mismo* (2018), 67 ss.; *Cigüela Sola*, RDPC 17 (2017), 13 ss.; *el mismo*, Doxa 42 (2019), 389 ss.; *Buonicuore* (2020).

culpable cometido en su día.[10] En efecto, estas últimas deben valorarse en el momento del proceso, en el de la sentencia y, luego, a lo largo del proceso de ejecución de la condena. Su criterio rector deriva igualmente del sentido de la punibilidad como presupuesto del ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado en relación con un hecho punible y un sujeto concreto. De conformidad con esto, un presupuesto de la imposición de la pena jurídica es la realización de un juicio de identidad entre el sujeto agente del hecho histórico y el sujeto que comparece en el proceso como acusado.[11] Al igual que en el caso de la libertad de voluntad, se suscita aquí la disyuntiva de entender este vínculo en términos reales-metafísicos, pragmático-deliberativos o, en fin, funcionales. Ahora bien, la identidad entre el sujeto histórico y el sujeto procesal tampoco es un requisito de la culpabilidad,[12] sino solo de la punibilidad. En concreto, tiene que ver con el concepto de punibilidad en sentido amplio, que trasciende a la categoría sistemática de la punibilidad del hecho para integrarse en la teoría de la imposición legítima de una pena al agente por su hecho. En efecto, uno de los elementos de esta última es el respeto a las garantías del debido proceso. Pues bien, el debido proceso requiere que la identidad personal entre el agente del hecho y el sujeto del proceso no se haya roto drásticamente. Si se produce esa ruptura, la imposición de la pena, aunque esta sea merecida en términos metafísicos, no es equitativa.

11 En realidad, sucede lo mismo con la exigencia de identidad entre la ley vigente al tiempo de la comisión del hecho y la vigente en el momento en el que se atribuye responsabilidad al agente en el marco del proceso. En términos conmutativos, el sujeto que cometió el hecho bajo la vigencia de una ley más gravosa merece la pena correspondiente. Pero no es equitativo imponérsela. En efecto, el Estado que, con posterioridad a la producción del hecho, ha dictado una disposición más benigna, no está legitimado en términos de equidad para imponer la ley más gravosa, ya derogada o modificada favorablemente. Por eso, la cuestión de la retroactividad favorable de las leyes no se ubica sistemáticamente en el juicio de sobre el injusto culpable del hecho, sino en el ámbito de su punibilidad en sentido amplio (*cfr. supra* capítulo 4/81).

3.3. La legitimación política del Estado punitivo

12 En el contexto de la legitimación relacional del castigo se plantean problemas adicionales a los que se acaban de mencionar. Estos son de naturaleza político-formal y político-material. Así, el primero se refiere a la cuestión del castigo de los sujetos que carecen de la posibilidad de participar en los procesos de la democracia representativa-deliberativa —en concreto, los menores de edad y los extranjeros—. Por su parte, el segundo tiene por objeto el castigo de

---

[10] Ya *M.E. Mayer*, AT, 1915, 254.

[11] *Silva Sánchez*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 661 ss.; *el mismo* (2018), 173 ss.; *Ehrhardt* (2014); *Steenbreker* (2020); *Greco*, ADPCP 2023, 9 ss.

[12] Distinto, *Porciúncula*, ZIS 2021, 351 ss.

las personas que carecen de la protección del Estado —tanto en su dimensión de protección de la libertad negativa, como en la relativa a la libertad positiva—. En este punto se trata de las personas miserables, de los excluidos sociales (*cfr. infra* capítulo 27/107). Ciertamente, en algunos de estos casos cabe que las situaciones de exclusión social afecten a los presupuestos de los juicios de antijuridicidad o de culpabilidad en sentido estricto. Sin embargo, al margen de todo esto, el rechazo de la imposición de un castigo en todos ellos puede no tener nada que ver con la conducta antijurídica ni con la imputación subjetiva. En tal caso, la cuestión es la legitimidad del Estado para hacer responsable al sujeto en cuestión, con lo que el tratamiento del problema pertenece al ámbito de la punibilidad en sentido amplio. Como se ha indicado, este posee una dimensión que trasciende a la teoría del hecho punible para integrarse en la teoría de la pena jurídico-estatal.

13 Además, lo anterior también permite explicar con más claridad el problema de los casos del llamado «estado de necesidad disculpante» o, en general, de las situaciones de inexigibilidad (*cfr. infra* capítulo 26). En efecto, en ellas se da un problema de culpabilidad únicamente en cuanto a determinar la hipotética medida de su atenuación. Más allá de esto, la cuestión decisiva es la de si deben sancionarse o no, pero esta no es materia de culpabilidad en sí, sino que constituye un problema de culpabilidad «penal» o punible. En efecto, el mencionado «estado de necesidad disculpante» ha sido ubicado por algún sector doctrinal, de forma razonable, entre las causas de exclusión de la punibilidad.[13] Aquí se opta por incluirlo en el concepto de «culpabilidad penal» o «punible», cuya ausencia no excluye la plena antinormatividad de la conducta del agente. En efecto, en la culpabilidad «penal» se dilucidan cuestiones de equidad del castigo —de punibilidad— que se «adelantan» sistemáticamente solo porque se refieren al contexto de la realización del comportamiento del sujeto activo y la relación de este con la norma de conducta (*cfr. infra* capítulo 27/14).[14]

II. LA LIBERTAD DE VOLUNTAD

1. LAS DIVERSAS ONTOLOGÍAS

1.1. En la historia

14 Desde la filosofía griega clásica la discusión sobre si la libertad de voluntad es un rasgo propio —una potencia, una capacidad— de las personas ha dado lugar a tres ontologías fundamentales: (i) la liberoarbitrista; (ii) la agnóstica o escéptica; y (iii) la determinista. Una vez iniciada la era cristiana, la libertad de voluntad no fue cuestionada, en general, en el pensamiento de los quince primeros siglos. Desde el siglo XVI, en cambio, ha ido experimentando sucesivos

[13] Ya *Beling* (9.ª, 1925), § 35, I, 57; luego, *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 178-179.

[14] *Binding* (1885), 666; *Beling* (9.ª, 1925), § 34, 56.

cuestionamientos. Así, a partir del siglo XVII tanto el pensamiento empirista como el racionalista mostraron, desde perspectivas distintas, una disposición a acoger las doctrinas del determinismo o de la predestinación. Por su parte, el siglo XIX asistió a la construcción de las teorías materialistas del Derecho penal asentadas sobre el determinismo empirista. En particular, son expresión de ellas tanto la doctrina de la coacción psicológica de Feuerbach, como la de la coacción física de von Liszt (*cfr. supra* capítulo 3/60; 3/76). Luego, a mediados del siglo XX, la influencia de los postulados psicoanalíticos y de psicología social produjo nuevos intentos de reconstrucción determinista de la teoría de las reacciones al delito.[15] Finalmente, en la primera década del siglo XXI, la difusión de ciertos postulados de las denominadas neurociencias —con base en experimentos neurobiológicos sobre el funcionamiento del cerebro— trajo consigo un nuevo cuestionamiento de la idea de libertad.[16]

1.2. La concepción dominante

15 En el mundo contemporáneo los medios de comunicación tienden a asumir de modo mayoritario una concepción reduccionista de la realidad, de signo empirista. Esta se concreta en la adopción del punto de vista científico-experimental.[17] En efecto, la amplia aceptación de la tesis de que la realidad externa se rige por leyes de determinación —causales o no— ha producido un incremento de las posiciones agnósticas y deterministas. Así, la premisa de este planteamiento es que el actuar humano no puede constituir una excepción a la determinación universal, de modo que tiene que estar determinado o, al menos, es imposible superar una situación de duda al respecto. Ciertamente, resulta paradójico que ello discurra de modo paralelo al auge contemporáneo —en la física cuántica— de las teorías sobre la indeterminación como fenómeno rector de la estructura profunda de la realidad. Sin embargo, se explica si se tiene presente que el pensamiento contemporáneo dominante, que se autocalifica de postmetafísico, profesa en realidad una metafísica naturalista-mecanicista —es decir, la que dominaba en la física de los siglos XVIII y XIX—. Frente a esa postura mayoritaria, continúan sosteniéndose de modo minoritario, tanto en la filosofía como en la teoría del Derecho penal, posiciones liberoarbitristas. Como se verá luego, estas no niegan la existencia de condicionantes en el obrar humano. Sin embargo, sostienen que en este existe una dimensión esencial de libertad, esto es, de capacidad de autodeterminación conforme a razones como fin de su actuar o como medio para dicho fin.

---

[15] *Haffke* (1976); *Bierbrauer/Haffke* (1978); *Streng*, ZStW 92 (1980), 637 ss.; *Lüderssen* (1980), 737 ss.; *Gimbernat Ordeig* (1981), 107 ss.; *Luzón Peña*, CPC 16 (1982), 93 ss.

[16] Una descripción en *Frisch* (2012), 26 ss.; *Feijóo Sánchez*, InDret 2/2011, 1 ss.; *el mismo*, ADPCP 2012, 99 ss.; *el mismo* (2013), 69 ss.; *el mismo*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 609 ss.; *Hillenkamp*, ZStW 127 (2015), 14 ss.; *Schild* (2017), 11 ss.; *Otero González* (2021), 31 ss.

[17] *Frisch* (2012), 22-24.

1.3. El significado de los juicios de responsabilidad

16 Para tomar posición sobre la relación entre la libertad de voluntad y la responsabilidad penal, es necesario precisar antes qué se quiere decir con la expresión «hacer a un sujeto penalmente responsable». Por un lado, esto puede significar disponer de un título de legitimidad para someter a una persona a una consecuencia jurídica coactiva, básicamente asentada en consideraciones de eficiencia, con algunos límites de equidad. En definitiva, gozar de la base suficiente para dispensar de modo coactivo un determinado trato aséptico-tecnocrático a un agente. Por otro lado, también puede significar poseer un título que haga legítimo someter a una persona a un juicio de reproche e imponerle una consecuencia merecida, coactiva y con un contenido estigmatizante, en mayor o menor medida. Pues bien, la primera concepción es compatible con una posición determinista; la segunda, en cambio, no.[18] Por su parte, la legislación vigente, tanto en su dimensión sustantiva, como en la procesal y orgánica, no acoge el primer modelo, sino el segundo. Ello se percibe incluso en el lenguaje y en el diseño de los espacios propios de la administración de justicia penal. En definitiva, si resultara que el correcto es el primer modelo, la pura coherencia debería conducir a la modificación total no solo de la legislación, sino también del propio lenguaje del Derecho penal. Paradójicamente, la mayor parte de la doctrina agnóstica o determinista menosprecia el significado de todo esto y pretende sostener la compatibilidad del modelo vigente con la simultánea asunción de que la libertad es una ficción.[19]

2. EL DETERMINISMO EN LA ACTUALIDAD

2.1. Las neurociencias y el neurodeterminismo

17 Las posiciones deterministas, al igual que las liberoarbitristas, se subdividen en variantes compatibilistas e incompatibilistas. Así, el determinismo fuerte (naturalista) se autodefine como incompatibilista, es decir, entiende que la determinación causal universal resulta incompatible con la libertad de voluntad. Por lo tanto, rechaza la posibilidad de imponer un castigo merecido, así que propone modelos de Derecho penal alternativos al de la pena retributiva.[20] En esta línea, a principios de siglo se produjo un notable incremento de libros y artículos que daban cuenta de ciertos resultados de las investigaciones sobre el cerebro humano. Tales publicaciones pretendían sostener como científicamente probada la hipótesis determinista, es decir, la inexistencia del libre albedrío. Asimismo, algunas de ellas establecían las consecuencias jurídicas que se debían derivar de los resultados científicos. En concreto, predecían el

[18] *Burghardt* (2018), 181, 218.

[19] Por ejemplo, *Molina Fernández* (2008), 231-232, haciendo compatible el «reproche» (eso sí, atenuado), con el reconocimiento de que todo es cuestión de «suerte», porque la libertad sería una ilusión de la autopercepción del agente.

[20] *Pereboom* (2001); *el mismo* (2014); *Caruso* (2021).

abandono del modelo clásico de persona y de la responsabilidad retributiva. Frente a ello, proponían la reconstrucción del sistema de responsabilidad en estrictos términos de modelos de influencia sobre los sujetos que se hicieran responsables.[21] De este modo, retomaban las ideas sostenidas por la escuela positivista italiana y por la dirección moderna alemana a finales del siglo XIX, así como por las posiciones abolicionistas de los años setenta del siglo XX.

18 Sin embargo, después de que marcaran la discusión en esta materia durante los primeros tres lustros del siglo, puede afirmarse, en primer lugar, que los resultados de las investigaciones neurocientíficas sobre este punto no son concluyentes. En segundo lugar, que las pretensiones filosóficas de tales publicaciones han sido ampliamente desacreditadas por lo limitado de sus resultados.[22] Categóricamente, es posible concluir que no cabe sostener nada parecido a que haya quedado científicamente verificada la determinación del actuar humano o refutada su libertad de voluntad. Así pues, existe creciente consenso acerca de que el futuro de las investigaciones neurológicas aplicadas al Derecho penal debe quedar razonable y modestamente circunscrito al ámbito procesal-criminalístico.[23] Ahora bien, incluso en este segundo plano resulta discutible que se pretenda convertir la acción del delincuente en un proceso biológico —de mera poiesis—, eliminando su dimensión filosófico-práctica —de praxis humana—. Seguramente, la aportación presente y futura más relevante de las investigaciones neurojurídicas en materia de culpabilidad será la acreditación de indicadores con respecto a afectaciones de la libertad de voluntad, cuya incidencia no es reconocida todavía por los tribunales.

2.2. La libertad y el determinismo

19 La doctrina dominante en Derecho penal acerca de la libertad de voluntad ha acogido las tesis que patrocinan los autores deterministas compatibilistas. Sin embargo, estos divergen entre sí en cuanto a qué es exactamente lo que se reputa compatible con la determinación de la conducta humana. En efecto, por un lado, cabe sostener que lo compatible con la determinación es la propia libertad humana y, con ella, el castigo retributivo. Aquí la cuestión es determinar qué se entiende por libertad. Por otro lado, es posible afirmar que lo compatible con la determinación es una cierta culpabilidad —o responsabilidad— moral y jurídica. Pues bien, el compatibilismo en sentido estricto es solo el primero, es decir, el que se pretende establecer entre determinación y libertad. Las demás posiciones, que simplemente afirman la compatibilidad

---

[21] *Greene/Cohen* (2006), 218, 224; *G. Merkel/Roth* (2008), 77 ss.

[22] Taxativos, *Frisch* (2012), 30-32; *Pérez Manzano*, Doxa 35 (2012), 471 ss.; *Vives Antón* (2013), 224; *Kolber*, Indiana L. J. 89 (2014), 812; *Hillenkamp*, ZStW 127 (2015), 76; *Morse* (2015), 255-256; radical, *Mele* (2017), 110-111; *Schild* (2017), 11 ss.; *Burghardt* (2018), 343; *Moore* (2020), 2, 12; *Otero González* (2021), 38 ss. Parcialmente distinto, *Demetrio Crespo*, InDret 2/2011, 1 ss.; *el mismo* (2017).

[23] Lo que en el mundo angloamericano se denomina «*neurolaw*». Así, *Hirstein/Sifferd/Fagan* (2018), en relación con la función del lóbulo prefrontal del cerebro; *Greco* (2022), 161 ss., en cuanto al dolo.

entre determinismo y responsabilidad, deben ser denominadas semicompatibilistas.[24] Ciertamente, la libertad de voluntad no es condición necesaria de todo sistema de asignación de consecuencias jurídico-penales.[25] Así, la hipótesis determinista resulta compatible con un sistema preventivo-especial de consecuencias, es decir, de medidas de seguridad. Por otro lado, la sanción de quien no pudo evitar el hecho cometido también puede sostenerse sobre la base de una teoría instrumental de corte preventivo-general.[26] En definitiva, el determinismo no solo es compatible con las doctrinas de la coacción directa sobre el sujeto,[27] sino también con las denominadas teorías de la motivación. Es decir, con el intento de condicionar *ex ante* la conducta del agente mediante normas y amenazas.

Ahora bien, para esta concepción, una vez que se adopta la perspectiva **20**
ex post, la comisión de un hecho antijurídico tiene un único significado. En concreto, pone de relieve que la motivación jurídica del agente ha fracasado frente a los otros determinantes de su comportamiento. En términos de política jurídica, ello puede conducir a acordar un incremento de intensidad de la motivación jurídica de cara al futuro —un incremento de la penalidad abstracta o de las medidas de persecución—, de modo que aquella prevalezca sobre otros determinantes. Por lo demás, tal motivación no tiene por qué consistir solo en desincentivos, sino que también cabe pensar en incentivos positivos —en promoción social o ayudas—. Sin embargo, la cuestión es si este modelo puede sostener la legitimidad del castigo del agente que ha cometido el hecho. Ciertamente, este lo ha llevado a cabo en una situación en la que la motivación de la norma, generalmente apta para garantizar su prevalencia por encima de la motivación antijurídica, no ha conseguido dicho efecto. Así pues, hay que concluir que era inmotivable por el Derecho o, al menos, anormalmente motivable. Desde luego, su castigo puede servir para confirmar frente a terceros la seriedad de la amenaza punitiva. Sin embargo, tal modelo tiene que asumir la imposibilidad de dirigirle un juicio de reproche. Por lo tanto, si le castiga, este será un castigo intrumentalizador, aunque se pueda legitimar por otras vías. Como se ha indicado, la adopción efectiva de un modelo así obligaría a modificar por completo el modelo sustantivo, procesal y orgánico-institucional del Derecho penal, tal y como lo conocemos.[28]

---

[24] *Fischer/Ravizza* (1999).

[25] *Frisch* (2012), 33 ss.

[26] *Gimbernat Ordeig* (1981), 115.

[27] Incluso a partir de una «predicción» basada en técnicas de «*screening*». *Morse* (2011), 126.

[28] *Arth. Kaufmann* (1949), 233. Ya *Merkel*, PG, s/f, 199: «Aquellos que niegan los nexos éticos del Derecho penal no deben hablar, conforme ya tenemos dicho, ni de los delitos, responsabilidad, culpabilidad e imputación, ni tampoco de penas. Pues aquellos aludidos nexos no pueden prescindir de los conceptos ligados con semejantes palabras. Así, el delito se diferencia del acto puramente hostil o dañoso, ante todo, por contradecir pretensiones o exigencias obligatorias (*verpflichtenden Anforderungen*), y ser, por lo mismo, objeto de una reprobación pública. Caracteres éstos que pertenecen a una conexión de índole ética».

21 En cambio, la libertad de voluntad sí es presupuesto necesario de la emisión de un juicio de responsabilidad entendido como reproche por la actuación antijurídica —*malum actionis*—, que fundamenta la imposición de una pena merecida —de un castigo: *malum passionis*—.[29] Intuitivamente se diría, además, que la afirmación de que concurre libertad de voluntad es incompatible con la de la existencia de una plena determinación causal del comportamiento humano. Sin embargo, las posiciones deterministas compatibilistas pretenden incluso armonizar el principio de determinación y la libertad humana. Así, simplificando al máximo un panorama que resulta muy variado y complejo, en Derecho penal su argumentación ha tenido lugar por tres vías. Por un lado, sosteniendo una «responsabilidad por el carácter». Por otro lado, asociando la responsabilidad al mero control externo del proceso lesivo, es decir, al comportamiento antijurídico.[30] En fin, en tercer lugar, afirmando que los lenguajes de la libertad y de la determinación se mueven en planos distintos. A su vez, esta última posición tiene, al menos, dos variantes. La primera sostiene que los mencionados planos son niveles de la realidad. La segunda, en cambio, entiende que determinación y libertad se corresponden con la adopción de dos perspectivas —epistemológicas— distintas sobre la realidad (es decir, de dos discursos).

3. LA RESPONSABILIDAD POR EL CARÁCTER

22 La primera de las posiciones mencionadas defiende la posibilidad de sostener una retribución del agente —pese a la ausencia de libertad— con base en su «ser así», que se manifiesta en la conducta que realiza. Este es un modelo de «retribución determinista» del carácter empírico del agente, que halla su referencia filosófica última en las tesis de Hume. En efecto, el carácter se define como el «complejo de motivos que se han vuelto durables» o el «modo específico de reaccionar» de una persona.[31] Entendida así, la doctrina de la responsabilidad por el carácter[32] es defendida por toda una tradición de pensamiento en el mundo angloamericano.[33] En cambio, en nuestra tradición de cuño alemán es más controvertida, debido a su indebida asociación, desde mediados del siglo XX, al Derecho penal de autor que, a su vez, se vincula al nacionalsocialismo alemán.

23 Lo cierto es que la doctrina de la responsabilidad por el carácter siempre ha tenido representantes. De hecho, ya Kant, cuya obra se suele asociar de modo general a la tesis de la «responsabilidad por la elección», alude también —por razones epistémicas— a una responsabilidad por el carácter empírico, que

---

[29] *Hierro*, ADPCP 1989, 568.

[30] *Burghardt* (2018), 53, 125.

[31] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 132-133.

[32] En inglés, «*character responsibility*».

[33] Por todos, *Lacey* (2021), 33 ss., 43 ss., 113 ss.

se extiende incluso a aquel carácter que se reputa imposible de modificar.[34] Más tarde, en una fase de su obra, von Liszt consideró compatible sostener el determinismo y, a la vez, dirigir una reprobación jurídico-social al sujeto, en la medida en que el hecho fuera expresión de su naturaleza propia o estable.[35] Por lo demás, entre los defensores de este punto de vista a lo largo del siglo XX se cuentan autores poco sospechosos de simpatías autoritarias.[36] En fin, como luego se verá, esta doctrina ha reaparecido en algunos planteamientos de las últimas décadas.[37] Así, la responsabilidad por el carácter es sostenida desde perspectivas compatibilistas, con base en una noción de equidad —distinta del merecimiento—, siempre y cuando la posibilidad de un castigo fundado así se anuncie de modo previo a la comisión del delito.

4. OTRAS POSICIONES COMPATIBILISTAS

La alternativa a la responsabilidad por el carácter es la responsabilidad por la capacidad ejercida en el momento de la acción. Esta, a su vez, tiene dos variantes: la psicológico-subjetiva, que basa la responsabilidad en la elección;[38] y la variante normativizada, que construye la responsabilidad sobre la base de que al sujeto se le dio una «oportunidad justa» de actuar sin incurrir en responsabilidad.[39] Una posición próxima a esta última es la que sostiene que debe distinguirse entre la «libertad de obrar» (libertad de acción) y la «libertad de querer» (libertad de voluntad). Así, afirma que es posible castigar en aquellos casos en que el agente habría podido actuar de modo distinto si hubiera querido, es decir, si hubiera tenido razones prevalentes para ello.[40] En definitiva, que para el reproche basta con advertir la libertad de acción, sin entrar en el análisis de la libertad de voluntad (o elección). En efecto, a juicio de este sector doctrinal, el paso adicional —es decir, el de juzgar si el agente podría haber querido de otro modo—, conduce a un regreso al infinito.

24

---

[34] «Por tanto, la moralidad real de las acciones (mérito y culpa) permanece completamente oculta para nosotros, incluso la de nuestro propio comportamiento. Nuestras atribuciones solo pueden referirse al carácter empírico. Pero cuánto de él debe atribuirse al puro efecto de la libertad, cuánto a la mera naturaleza y a la falta no causada del temperamento o a su constitución afortunada (*merito fortunae*), nadie puede desentrañarlo y, por tanto, no puede juzgar según completa justicia»: *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (2.ª, 1787), Akademie-Ausgabe, III, 1970, 373 nota (*).

[35] Así, ya *von Liszt*, Tratado, II, 3.ª, s/f, 389-390.

[36] Ya el filósofo Arthur Schopenhauer (1788-1860). Entre los penalistas, Adolf Merkel (1836-1896); Ernst Beling (1866-1932); Alexander Graf zu Dohna (1876-1944); y Ernst Heinitz (1902-1998). En la segunda mitad del siglo XX, entre otros, *Engisch* (2.ª,1965), 51 ss.; *de Figueiredo Días* (3.ª, 1976); *el mismo*, CPC 31 (1987), 5 ss.; *Burkhardt* (1980), 87 ss., 123 ss.

[37] *Herzberg* (2010), 93 ss.; *Mañalich*, InDret 2/2015, 17: «realización de un sistema de preferencias que son constitutivas de quién es —contingentemente— ese agente»; *el mismo*, LH Künsemüller, 2023, 641: «en lo que se le imputa se ha manifestado quién es el acusado, mas sin que sea su identidad aquello por lo que se condena». En la filosofía, *Parfit* (2011), 649 ss.

[38] En inglés: «*choice responsibility*».

[39] *Lacey* (2021), 113 ss., que subraya la proximidad de esta última a ciertas variantes de la tesis del carácter, con el punto en común de la equidad.

[40] *Burghardt* (2018), 260 ss., 273; *Moore* (2020).

25 A pesar de todo lo anterior, la variante más difundida de compatiblismo es otra. Esta sostiene que la determinación y la libertad se mueven bien en planos distintos de la realidad —la base empírica y la construcción social—, o bien responden a la adopción de perspectivas distintas sobre tal realidad —la del observador y la del interviniente—. Esto último puede expresarse también aludiendo a la diversidad de las perspectivas de las ciencias teórico-experimentales y de la filosofía práctica.

5. EL DETERMINISMO COMPATIBILISTA Y LA LIBERTAD COMO *PRAXIS* SOCIAL

5.1. Planteamiento

26 La doctrina jurídico-penal mayoritaria ha razonado con base en un compatibilismo pragmático.[41] Ciertamente, la discusión sobre si las investigaciones empíricas de las últimas décadas prueban la determinación del ser humano —como hecho— ha finalizado en una conclusión negativa.[42] Sin embargo, como se ha indicado, no pocas opiniones doctrinales asumen una visión determinista del hombre, que deriva de la previa acogida de una metafísica naturalista, es decir, compatible con la ideología neurocientífica.[43] Otras muchas se definen como agnósticas al respecto.[44] Existe, sin embargo, un consenso relativamente amplio en afirmar que tal constatación o su ausencia es irrelevante para el Derecho penal. Se entiende, en efecto, que la libertad en la que se basa la responsabilidad penal no constituye un fenómeno empírico individual, cuya existencia pueda ser probada o refutada científicamente. Al tiempo, se niega que constituya una mera «ficción necesaria para el Estado».[45] Para comprender el planteamiento es preciso advertir que la premisa mayor del razonamiento de esta línea doctrinal es una teoría dualista de la realidad, que en última instancia se retrotrae al dualismo cartesiano. Según esta, la realidad consta de una naturaleza empírica y de una construcción mental-social, de modo que debe rechazarse cualquier realismo —por modesto que este sea— no reduccionista. A partir de aquí, se indica que la imputación recíproca de libertad —evidente en nuestro mundo de la vida, ya antes de entrar en el mundo del Derecho— constituye un hecho social o institucional, que forma parte de una reconstrucción humana de la realidad empírica.[46] Por esa razón,

---

[41] *Demetrio Crespo* (2017), 75: «compatibilismo humanista».

[42] *Ramos Vázquez* (2013), 67 ss.

[43] *Gimbernat Ordeig* (1981); *Muñoz Conde* CPC 12 (1980), 41 ss.; *Mir Puig* (2.ª, 1982), 61 ss.; *Molina Fernández*, ADPCP 2000, 169 ss.; *el mismo* (2008), 231-232; *Díez Ripollés* (2003), 153; *Jakobs* (2008), 171, 179-180; *Feijóo Sánchez* (2012), 152. Críticos, desde perspectivas diferentes, *Sanz Morán*, LH Cerezo Mir, 2002, 147 ss.; *Ramos Vázquez* (2013), 212-213; *Alonso Álamo*, RP 38 (2016), 14 ss.

[44] *Demetrio Crespo*, InDret 2/2011, 1 ss.; *el mismo* (2017); *Pérez Manzano*, InDret 2/2011, 1 ss.

[45] La afirmación era de *Kohlrausch*, FS Güterbock, 1910, 26.

[46] *Mañalich*, Estudios Públicos 108 (2007), 144 ss.; *Hassemer*, InDret 2/2011, 9; *Feijóo Sánchez*, LH Díez Ripollés, 2023, 611.

el hecho de que el comportamiento del agente pueda estar causalmente determinado (en el sentido indicado por los deterministas), no obsta a que se lo interprete como producto de una decisión libre.

5.2. La visión hegeliana-holista

27 Una forma de describir el estado de esa reconstrucción —sin explicar por qué, ni cómo surgió— es la hegeliana-holista. Esta sostiene que, entre la realidad empírica de los individuos de carne y hueso, anclada en la causalidad o, de modo más amplio, en la determinación, y el mundo de las personas —socialmente construidas—, existe una fractura. El primero es un mundo fáctico, de hechos que pueden ser explicados, pero que carecen de sentido. El segundo, en cambio, se ha constituido de un modo contrafáctico —normativo—, con base en derechos y deberes cuyo centro de imputación es cada persona, en tanto que sujeto «construido».[47] Por su parte, la libertad es una propiedad de esa persona entendida como centro de imputación de derechos y deberes en el mundo normativo. Este —y no la realidad natural— es el mundo en el que opera el Derecho.

5.3. La concepción pragmática

28 En esta misma línea, pero de forma quizá menos drástica, otros autores hacen hincapié en que la libertad se halla en la base de la autocomprensión humana que refleja la psicología popular[48] y en las estructuras del lenguaje.[49] En efecto, tanto en la una como en las otras, es innegable el recurso a la primera persona del singular y, con ello, a la noción de sujeto de los verbos que describen las propias acciones. Incluso puede afirmarse que la libertad es una condición de la posibilidad de racionalidad y de la cualidad de sujetos de conocimiento que nos atribuimos recíprocamente. A partir de ahí, todo el orden jurídico, desde la autonomía de la voluntad en el Derecho privado hasta la organización política democrática, resulta inconcebible sin la apelación a la libertad de decisión. Expresado categóricamente, la libertad es una presuposición sin alternativa de toda cultura normativa y, por tanto, de nuestra praxis de valoración de las acciones. De ella surgen las correspondientes formas de responsabilidad, incluidas tanto la moral como la jurídico-penal.

29 Ciertamente, esta posición admite la objeción de que la libertad del agente que obra en el caso concreto no puede ser objeto de prueba en el proceso.[50] Sin embargo, responde que aquella constituye un presupuesto valorativo general

---

[47] *Jakobs* (2008), 183-184; *Pawlik* (2012), 281; *Feijóo Sánchez*, InDret 2/2011, 21; *van Weezel*, LH Cury, 2013, 514-515: la culpabilidad jurídica es una construcción social.

[48] *Quintero Olivares* (1999), 171 ss.; *Morse* (2015), 251 ss.

[49] *Schünemann* (1991), 154-155; *el mismo* (2002), 24 ss.; *Frister* (1993), 256; *Vives Antón*, LH Cerezo Mir, 2002, 231-232; *Mohr* (2004), 230, 240, 242; *Ramos Vázquez* (2013), 222-223; *Rodríguez* (2018), 268.

[50] *Gimbernat Ordeig* (1981), 109.

o, en otros términos, una presunción *iuris tantum* —rebatible con base solo en circunstancias legalmente establecidas—. Por tanto, la presunción de libertad solo puede ser desvirtuada alegando en cada caso concreto que en el sujeto activo concurren determinadas circunstancias tasadas de forma más o menos precisa en las diversas legislaciones.[51] En definitiva, el Derecho penal se mueve en un tercer nivel de la realidad. Este se ha construido sobre un segundo nivel, en el que se da una atribución recíproca de libertad. A su vez, tal segundo nivel es independiente en términos sistémicos del primer nivel —el de la realidad empírica—, en el que supuestamente existiría una determinación universal.

5.4. La perspectiva lingüística

30 La exposición más convincente del planteamiento anterior, esto es, de cómo se suscita la dualidad entre el mundo que es objeto de las ciencias experimentales y el mundo del actuar práctico —aunque tampoco explique el porqué— es lingüística.[52] El punto de partida de esta concepción es la limitada dotación instintiva del recién nacido, que le hace dependiente de quienes le rodean. Ello da lugar a que su mente se forme a partir de la interacción con otras personas —básicamente, sus padres—, sobre la base del uso de los pronombres personales de la primera, segunda y tercera persona del singular (yo, tú, él/ella). Con ellos se designa a los sujetos de las acciones (papá, mamá, bebé). Así pues, la mente surge como una «mente intersubjetiva», con base en un cerebro socializado en el que el recurso a la primera persona se muestra como expresión de autoría responsable. En este marco se suscita un lenguaje de libertad, aunque condicionada, anclado en la corporeidad y en la historia vital.[53] Todo ello, además, tiene lugar en un contexto en el que prima la perspectiva del interviniente, claramente distinta de la perspectiva del observador.

31 Así pues, para este punto de vista la libertad no es susceptible de observación —la óptica de las ciencias experimentales—, sino solo de vivencia —en el mundo práctico de la vida—. Ello se explica, a su juicio, si se parte de un monismo ontológico y de un dualismo epistémico. En efecto, en cuanto a la adquisición de conocimiento cabe adoptar dos perspectivas: la del observador —el lenguaje del discurso científico sobre el mundo— o bien la perspectiva del interviniente —el lenguaje del discurso práctico—. Este último, a su vez, aparece íntimamente conectado a la práctica de recibir y dar razones. En resumen, la doctrina dominante entiende la libertad como una construcción, ya sea normativo-social, ya lingüístico-discursiva. En todo caso, como un fenómeno cultural —una supuesta segunda «naturaleza»—, que permite que el Derecho se desentienda tanto de las cuestiones empíricas, como de las antropológicas y

---

[51] *J.L. Austin* (1968), 23; *Hierro*, ADPCP 1989, 568-569; *Vives Antón*, LH Cerezo Mir, 2002, 211 ss.; *K. Günther*, KritJ 2006, 116 ss.; *Hassemer*, InDret 2/2011, 11-12; *Fernandes Godinho*, RPhZ 3/2017, 273-274.

[52] *Habermas*, DZPhil 52 (2004), 871 ss.; *el mismo*, DZPhil 54 (2006), 669 ss. También *Koriath* (1994), 185; *Pawlik* (2012), 281 ss., contraponiendo el «lenguaje de las causas» y el «lenguaje de las razones».

[53] *Habermas*, DZPhil 52 (2004), 878.

metafísicas. Como puede advertirse, esta construcción se halla, desde el siglo XVII, en la base de todos los dualismos filosóficos. Así, por un lado, constituye la base del cartesianismo (con sus distinciones entre *res extensa/ res cogitans*; *entia physica/ entia moralia*) —que se advierte ya en las posiciones de Pufendorf, Chr. Wolff o Kant—. Por el otro, conforma el sustrato del adscriptivismo contemporáneo.[54] Este último solo reconoce la existencia de dos mundos: el científico-experimental y el lingüístico-social.

6. LA METAFÍSICA DE LA LIBERTAD

6.1. Objeciones a la doctrina dominante

6.1.1. La ausencia de actitud crítica

La posición expuesta es discutible. Pese a lo que señala, no es fácil sostener 32
que al Derecho penal le resulta indiferente si las personas, más allá de los términos de la construcción social vigente, son libres en sentido metafísico y ético, o están empíricamente determinadas.[55] En efecto, el castigo público constituye una práctica lo suficientemente dramática como para que sea razonable debatir si un agente merece, en alguna medida, el castigo que se le impone o este sencillamente refleja una práctica social que le instrumentaliza.[56] A primera vista, podría parecer que este problema solo afecta a quienes sostienen que la imposición del castigo se legitima en virtud de un retribucionismo deontológico. Sin embargo, también se ven afectadas por él las doctrinas de la prevención. En realidad, tampoco se entiende que estas, si realmente descartan que en el castigo se dé una dimensión de merecimiento, se abstengan de proponer instituciones alternativas a aquel, que carezcan de todo contenido punitivo.[57] Desde luego, la pretensión de sostener el *statu quo* sobre la frágil base de que no existen posibilidades prácticas de establecer otro modelo,[58] no es aceptable. Por el contrario, abre la puerta a la pregunta decisiva: ¿qué es lo que, en el fondo, hace imposible establecer un modelo distinto?

Por lo tanto, la honradez intelectual obliga a plantear cuál sería la hipotética 33
estructura de un sistema del Derecho penal construido sobre bases ajenas a la libertad moral.[59] Incluso en el marco actual, definido por el predominio de una concepción meramente pragmática de la libertad, ello orientaría sobre qué actitud debe tomar, tanto en la *lex lata* como *de lege ferenda*, quien parte de que el libre albedrío es un mero constructo. Desde luego, no es coherente criticar el carácter no probado de la libertad moral y partir luego de una presunción de

---

[54] *Renzikowski* (2002), 263-264 n.75.

[55] Sin embargo, *van Weezel*, LH Cury, 2013, 515.

[56] *Duttge* (2009), 55 ss.

[57] *Honderich* (1995), 157 ss., 166 ss.

[58] *R. Merkel* (2008), 132 ss.

[59] *Cuerda Riezu* (1991), 28 ss.

«autoadministración»,[60] de «asequibilidad normativa»,[61] o de «competencia» de los sujetos en todos los casos salvo en aquellos en los que la legislación la excluye. Tampoco lo es acoger una libertad meramente pragmática, que es objeto de una presunción *iuris tantum* y cuyas causas de desvirtuación se hallan legalmente tasadas en el respectivo Código penal.[62]

34 Tales reconstrucciones pretenden inhabilitar cualquier pretensión crítica. Es decir, abominan de la metafísica, pero dejan en pie los mismos presupuestos que solo son sostenibles con base en la metafísica. En efecto, una noción de libertad como constructo tiene que conducir a afirmar que la maldad y el crimen son también constructos —en definitiva, ficciones—. Para quien parte de tales premisas, la reacción jurídico-penal debería concebirse ciertamente como una política pública más, gestionada de modo aséptico por el Estado. En coherencia, esto tendría que conducir a que desapareciera del espacio público el discurso sobre el crimen como conducta personal. Adicionalmente, la práctica estatal debería ser despojada de los elementos orgánico-institucionales, de diseño de espacios, procesales y sustantivos, en los que se expresa la dialéctica de lo criminal. En última instancia, no cabe ignorar que, si se reconstruye sobre la base anteriormente mencionada, resulta que la praxis punitiva tampoco es libre. Ahora bien, esto significa que tampoco es una «praxis». Como se advierte, la premisa determinista obliga a plantearse si acaso no es absurdo admitir que sujetos que están determinados —que son naturaleza— se «juzguen» y se condenen entre sí.

6.1.2. La incoherencia en los presupuestos

35 Cabe preguntarse cuál es la razón profunda de que la alternativa apenas esbozada se vea como irrealizable por parte de la doctrina mayoritaria. En efecto, algunos representantes del sector doctrinal compatibilista sugieren que, aun partiendo de que los seres humanos estamos determinados, es preciso esforzarse por tratarnos como libres y no instrumentalizarnos.[63] Sin embargo, cabe preguntarse por qué razón tiene que ser necesario hacerlo. Lo usual es responder que ello es una exigencia de la dignidad humana.[64] Sin embargo, lo cierto es que la dignidad pertenece al mismo plano de la realidad que la libertad, de modo que sobre ella únicamente existen dos opciones filosóficas. En coherencia, la doctrina dominante solo tiene la opción de situarla, como a la libertad, en el nivel pragmático. En efecto, en un mundo determinado, esto es, empírico, la normatividad no existe o

---

[60] *Jakobs* (1997), 382 ss.

[61] *Roxin*, ADPCP 2017, 17.

[62] *K. Günther*, KritJ 2006, 116 ss.

[63] De modo especialmente claro, *Weichhold*, RphZ 1/2019, 41: No somos libres, ni siquiera actuamos y, sin embargo, necesitamos vernos libres. Por tanto, nos tratamos como si lo fuéramos y de este modo nos vamos «reconstruyendo» constantemente como libres.

[64] *Demetrio Crespo* (2017), 83 ss., 103 ss. Crítico, *Ramos Vázquez* (2013), 211 n. 3.

es puramente convencional —una forma de hablar—. Por lo tanto, en un mundo así los conceptos normativos como la libertad, la dignidad humana o la justicia son igualmente convencionales. Sin embargo, entonces no constituyen «exigencias» externas que deba satisfacer un sistema normativo, sino que son internas a este, con el contenido que se les quiera atribuir de modo pactado. Además, desde luego, si se adopta esta perspectiva no es posible explicar por qué de entre los seres humanos —todos determinados— unos son tratados como «libres» y otros, no, de modo que no se les imponen penas, sino medidas de seguridad.

Aun con la dificultad mencionada, sucede incluso que la perspectiva prag- **36**
mática es más fácil de sostener con respecto a la libertad que con respecto a la dignidad. En efecto, la pragmática de la libertad afecta únicamente a las relaciones interhumanas. En cambio, la pragmática de la dignidad tiene que afrontar la cuestión de por qué los seres humanos —unos animales mamíferos más (¿?)— procedemos a realizar una atribución recíproca de dignidad que solo nos alcanza a nosotros como especie. Esto es, que afecta también a las relaciones entre seres humanos y animales, incidiendo «negativamente» sobre estos últimos. Ciertamente, los animales son minusvalorados con respecto a los hombres, de modo que salen perdiendo en todas las situaciones de colisión que se suscitan entre unos y otros. En definitiva, una praxis de atribución recíproca de dignidad reducida a los seres humanos, y carente de cualquier fundamento que vaya más allá de lo convencional, es puro especismo.[65]

6.1.3. Una alternativa

La alternativa a todo lo anterior es sostener que tanto la libertad como la **37**
dignidad pertenecen a la dimensión metafísica de la realidad. En efecto, quien asume la existencia de una pragmática de la libertad, tiene que plantearse la pregunta de por qué esta ha sido construida. Por su parte, la perspectiva de la filosofía del lenguaje, que constituye la más acabada explicación de cómo ha surgido la libertad —como un juego lingüístico—, tampoco aclara por qué surge la subjetividad práctica. De este modo, quien sostiene que la praxis de la libertad es algo así como el aprendizaje de una especie de «juego de rol»,[66] no da respuesta a la pregunta de por qué solo el ser humano lo ha aprendido, por qué lo aprende todo ser humano y por qué solo él puede aprenderlo. Un intento de responder a esta pregunta es sostener que todo lo real-humano se traduce en acción y que esta, a su vez, se expresa en el lenguaje. Sin embargo, este es un pseudoargumento circular. En efecto, puede aceptarse que resulte imposible para nosotros, como seres humanos, salir de nuestro mundo lingüístico. Sin embargo, desde luego esto no explica por qué los seres humanos —en todas las culturas del mundo, sin ningún contacto entre sí— han «generado»

---

[65] En inglés; «*speciesism*».

[66] Así, *Weichhold*, RphZ 1/2019, 35 ss., 38.

el «juego» del bien y del mal, de la libertad y de la responsabilidad.[67] En realidad, la existencia de una gramática moral universal solo conduce, de modo razonable, a asumir la singularidad antropológica. Por lo demás, dado que el ser humano comparte una parte no irrelevante de su corporeidad con los animales, dicha singularidad conduce inevitablemente a la metafísica y, por tanto, al misterio.[68]

38 En efecto, todo juego requiere algunos presupuestos ontológicos en sus jugadores. De hecho, la propia explicación filosófico-lingüística del juego de la libertad ofrece algunos datos al respecto. Ahora bien, estos constituyen precisamente los elementos de una ontología que distingue radicalmente al ser humano recién nacido de cualquier animal. A diferencia de los animales, ya el niño recién nacido es —durante años— inacabado, abierto y socialmente dependiente. Por su parte, la plasticidad del cerebro humano, con la posibilidad de modificación de su propia biología, es el elemento corpóreo que da cuenta de esta ontología y de la apertura al futuro —y a los demás— consustancial al hombre. En definitiva, la apertura, la dependencia y el ser-inacabado acompañan al ser humano durante toda su vida terrena. Son estos los puntos de partida que precisamente le permiten plantearse las preguntas prácticas fundamentales. A saber: «¿quién soy?» «¿quién debo y quién quiero ser?» y, por tanto «¿qué debo hacer?».

39 Si la dignidad y la libertad se ubican en el plano metafísico, que es el propio de ambas, se advierte el vínculo indestructible que existe entre ellas. Como en su momento se indicó, el fundamento de la dignidad es la participación del ser humano en el bien.[69] Esto significa que solo el hombre puede hacer el bien en tanto que bien, es decir, únicamente él es capaz de reconocer y optar libremente por un bien moral que no coincide con sus propias preferencias de primer orden. En otros términos, solo él tiene la posibilidad de salir de sí mismo y dar-se. Ahora bien, todo ello no impide admitir que la libertad humana se halla de modo consustancial doblemente limitada. Por un lado, en virtud de las limitaciones de una conciencia moral oscurecida, así como de una voluntad debilitada. Si se quiere expresar de otro modo, por limitaciones empíricas innatas. Por otro lado, debido a los condicionantes interpersonales y sociales que se dan de forma distinta en cada existencia concreta.

6.2. La antropología —metafísica— de la libertad real

6.2.1. El punto de partida

40 La crítica efectuada no puede interpretarse, en los términos del dualismo cartesiano, como si se pretendiera afirmar que el libre albedrío es «el espíritu

---

[67] *Hauser* (2006), 419 ss.

[68] Así, *Arth. Kaufmann* (1949), 114-116; próximo, *Duttge* (2009), 59-61.

[69] La antropología teológica lo especifica en su creación a imagen y semejanza de Dios y en su estar-llamado a participar de la vida eterna de Dios.

de la máquina».[70] En efecto, la visión del libre albedrío como algo ajeno al conocimiento imperfecto y a la voluntad limitada, que son propios de la condición humana real, resulta ingenua, en el peor de los sentidos. Así pues, la libertad humana no es un ente moral —*ens morale*— ajeno a la corporeidad —*ens physicum*— del hombre, sino que se halla entretejida en esta última. En realidad, constituye la libertad de un espíritu encarnado —o de un cuerpo espiritualizado—, en el que no es posible ningún género de dualismo, sino únicamente un monismo. Lo que sucede es que este no es el monismo materialista.

6.2.2. Una libertad encarnada

6.2.2.1. Planteamiento

El llamado libertarismo —o liberoarbitrismo fuerte—, rechaza la existencia 41
de una determinación causal del obrar humano. Por lo tanto, parte de la posición —aquí acogida— de que el actuar humano no se explica suficientemente a través del recurso a los mecanismos de (hetero-)motivación.[71] Ahora bien, este punto de vista —que ciertamente no es uniforme— se sostiene con base en argumentos de naturaleza distinta. Así, un primera posición lo defiende a partir de la teoría analítica de la acción, en la medida en que esta aprecia la existencia de una cesura o «brecha»[72] entre las razones que conducen a realizar una acción y su efectiva realización o no.[73] Por su parte, otro sector doctrinal toma como premisa las aportaciones de la mecánica cuántica, dando entrada a la vigencia en el ámbito humano del principio físico de indeterminación.[74] En fin, en un tercer grupo de posiciones, se apela a razones metafísicas. Pues bien, la tesis de la brecha y la que procede a la integración del principio de indeterminación arguyen en la misma línea. Así, ambas ponen de relieve la insuficiencia de las argumentaciones materialistas-deterministas, pero moviéndose en el mismo plano analítico o empírico en el que se mueven estas últimas. En efecto, la existencia de la brecha, así como el hecho de que en el ámbito subatómico o macrocósmico el movimiento de las partículas y de los astros opere en términos de indeterminación, ponen de relieve desde luego que la propia realidad empírica es más compleja de lo que sostiene la argumentación determinista, basada en un modelo científico que ya es obsoleto en la física.

Sin embargo, ni una ni otra proponen una fundamentación positiva de 42
la libertad, que solo puede surgir si se contempla de frente la singularidad antropológica. En efecto, una fundamentación así solo es posible si se parte

---

[70] El «*ghost in the machine*», en los términos de la crítica dirigida al cartesianismo por el filósofo Gilbert Ryle (1900-1976).

[71] *Köhler* (1983), 43.

[72] En inglés, «*gap*». Al respecto, *Searle* (2000).

[73] *Alonso Álamo*, LH Bajo Fernández, 2016, 15-18.

[74] *Kane* (2005); *Urruela Mora* (2004), 57 ss., 66; *Romeo Casabona*, RGDP 2007, 1 ss. Crítica, *Hörnle* (2022), 159-160.

de que la libertad es una entidad metafísica que se sitúa en el mismo plano que la dignidad y que la propia condición humana. Ciertamente, esta última no puede reducirse a materia empírica y a convenciones sociales-lingüísticas. Ahora bien, la calificación del ser humano como sujeto libre no equivale a afirmar que sus acciones surgen del azar o son imprevisibles. En realidad, una concepción de la libertad como indeterminación o aleatoriedad de las decisiones la convierte en una metáfora de lo arbitrario o de lo ininteligible.[75] Por lo tanto, es preciso ver las cosas de otro modo.

6.2.2.2. Los presupuestos

6.2.2.2.1. La infradotación instintiva y la apertura a fines

43 El punto de partida es la evidencia de que la dotación instintiva del ser humano es inferior a la de cualquier animal.[76] En efecto, las causas naturales no determinan cómo obra el hombre, pues este no es únicamente un sujeto de instintos o de deseos primarios. Así, la libertad presupone la infradeterminación natural-instintiva y da cuenta de la capacidad de regirse —de la capacidad de sobredeterminación— conforme a sentido.[77] En ocasiones, esto último se identifica con la autodeterminación con arreglo a razones. Sin embargo, ello es insuficiente, en la medida en que el sentido no solo viene dado por razones, sino también por determinadas emociones —pasiones— positivas, que mueven a actuar bien. En efecto, el ser humano tiene una condición fundamentalmente abierta y racional-teleológica, orientada a un proyecto de vida en el que persigue ciertos fines —en el marco de la interacción de su dimensión corporal y de la espiritual—. Así entendida, la libertad se muestra como una dimensión de la persona en la que cabe el aprendizaje mediante el ejercicio esforzado y que va forjando una identidad.

44 Ahora bien, esto significa que el hombre no opera circunscrito al plano de los deseos de primer orden. Por el contrario, somete estos deseos a un juicio reflexivo en relación con las razones —de segundo orden—.[78] A su vez, estas pueden ser tanto teóricas —la verdad teórica—, como prácticas —prudenciales o morales en sentido estricto— e incluso estéticas —la belleza—. De entre las razones morales, la decisiva es la verdad práctica y, con ella, el bien.[79] Sin embargo, como se ha indicado, en este complejo esquema de acción también desempeñan un papel las emociones duraderas —la pasión por hacer repetidamente algo—.[80] De este

---

[75] *Welzel* (1964), 140.

[76] *Welzel* (1964), 135.

[77] *Welzel* (1964), 136: «vinculación a los criterios de la verdad, del sentido y del valor», 143-145.

[78] *MacIntyre* (2001), 87-88. Para ello tiene que abrirse a la consideración de lo que «es bueno para él» frente a lo que «desea» (89). En otros términos, lo que «quiere hacer» frente a lo que «le apetece hacer». Ello requiere una evaluación crítica de los deseos (90-91).

[79] Jn. 8, 32: «La verdad os hará libres».

[80] *Welzel* (1964), 136; *Nida-Rümelin* (2016), 327; *el mismo*, ARSP 105 (2019), 6-8.

modo, los impulsos y pasiones episódicos entran en pugna con otros impulsos y pasiones de signo contrario, así como con razones orientadas a la verdad, el sentido y el bien. Esto y no otra cosa es la lucha con uno mismo inherente a la condición humana, en la que se trata de que puedan subsistir los impulsos coherentes con el proyecto de vida.[81]

6.2.2.2.2. Los condicionamientos

La corporeidad del ser humano,[82] en todas sus dimensiones, conforma un 45
espacio de condicionamiento. Por eso, aunque la libertad no es una entidad empíricamente determinable, muchas de las causas de su limitación sí pueden aprehenderse de un modo empírico. Sin embargo, resulta erróneo plantear el obrar humano enmarcándolo en una «situación de decisión», entendida como algo sincrónico, estático y aislado. En efecto, la vida personal es una sucesión constante de acciones en cada una de las cuales cada agente «se» refleja y, a la vez, se elige.[83] Es decir, manifiesta quién quiere ser. Por lo tanto, los seres humanos no estamos hechos, sino que nos hacemos; no somos construidos, sino que nos construimos mediante la planificación y el ejercicio de la autonormatividad. Ahora bien, todo ese proceso tiene ciertamente una ineludible dimensión social. Así pues, se halla abierto a toda clase de interpelaciones derivadas de la interacción con terceros.

La idea de que nuestras acciones nos «hacen», esto es, que van configuran- 46
do nuestro «ser así» —asociada a la teoría ética de la virtud (y del vicio)— ha sido confirmada por los experimentos cerebrales de las últimas décadas. En efecto, las acciones no afectan solamente a la fisiología del cerebro —a sus funciones—. Además, dada la plasticidad de este órgano, modifican su propia anatomía, es decir, la estructura cerebral. Así, la progresiva orientación al bien aumenta la libertad, mientras que la orientación al mal la disminuye. En efecto, el sujeto virtuoso es moralmente más libre que el tibio o el vicioso, pues dispone de una mayor capacidad de hacer el bien. En términos gráficos, y aunque la imagen no sea exacta, sucede lo mismo que en el caso del músico virtuoso, que goza de mayor libertad musical que el mediocre.

En suma, la afirmación de que los seres humanos son libres es perfectamente 47
compatible con la admisión —por un lado— de que existen condicionantes constitutivos y circunstanciales de la actuación humana. Igualmente lo es —por otro lado— con la constatación de que la decisión libre es el resultado de una compleja dialéctica interna de razones y emociones.[84] En realidad, solo bajo la premisa mayor de la libertad es posible entrar en el debate sobre la relevancia de los condicionantes que inciden sobre el obrar humano. Como se

---

[81] *Welzel* (1964), 137-139.

[82] También la dimensión espiritual de su ser, pero esta es otra cuestión.

[83] *Pawlik* (2019), 85.

[84] *Frisch* (2012), 21; *Hillenkamp*, ZStW 127 (2015), 72-74.

ha indicado, en el momento de obrar aquellos son tanto externos —situacionales— como internos. Sin embargo, estos últimos, a su vez, son el resultado de contextos previos en los que el sujeto ha obrado con el condicionante de su «ser-así», así como de la respectiva «situación externa de acción». Todo ello significa que el obrar libre no puede verse como expresión de una libertad desencarnada, sino que debe comprenderse como la actuación personal en un contexto de «corporeidad situada». Es decir, como el obrar de una persona concreta en un momento de su vida en el que se dan determinadas circunstancias.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

1. INTRODUCCIÓN: CONTENIDO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

48 Como se ha señalado, el antecedente esencial de la noción contemporánea de culpabilidad es la noción latina de *culpa*, que se mantiene en el lenguaje ordinario («tú tienes la culpa», «la culpa es tuya»). Esta se halla en la raíz histórica de nuestra cultura occidental grecolatina y cristiana, que fue reconstruida en la tradición iusnaturalista del Derecho romano-canónico y de la Escolástica. En cambio, frente a la posición de los autores de la escolástica española del siglo XVI-XVII, los iusracionalistas protestantes sostuvieron mayoritariamente que el Derecho estatal es un orden exterior que no vincula a título de *culpa*. Ciertamente, esta posición era la propia de la separación del Derecho y la moral, aunque no negaba que las normas del Estado obligaran en términos categóricos. En concreto, que constituyeran un orden de deber, que obliga categóricamente a su cumplimiento. Sin embargo, lo más relevante es que en ella la base teológica fue sustituida por un fundamento inmanentista.[85] Entonces, la secularización de la idea de *culpa* dio lugar a la denominada *imputatio*, propia del racionalismo del XVII y XVIII. A diferencia de la *culpa*, que alude a una relación intrínseca entre el sujeto y su hecho, la *imputatio* sitúa en el centro del interés la realización de una operación extrínseca a aquél. En efecto, el sujeto activo de la *imputatio* es quien «imputa» —en nuestro caso, el órgano judicial penal en nombre del Estado— mientras que el agente es sujeto pasivo de una imputación que se efectúa desde fuera.[86] Sentado que la operación es extrínseca, puede discutirse si lo que se le imputa al agente es un hecho interno o no. Es decir, si se trata de un juicio extrínseco-intrínseco, o sencillamente se trata de un juicio extrínseco-extrínseco.

49 Sentado esto, como se ha indicado, desde el siglo XVIII aparecen enfrentadas dos posiciones doctrinales. Por un lado, las que buscan el lado subjetivo del hecho —la *culpa*— en el cerebro. Estas son las corrientes psicologicistas, materialistas, que parten de que lo subjetivo es un fenómeno empírico-in-

[85] Álvarez Cora, Ivs Fvgit 19 (2016), 35 ss.

[86] *Naucke* (2015), 86. Crítico sobre esta evolución, *Ronco* (2023).

dividual. En cambio, las corrientes normativistas hacen abstracción de esta cuestión, de modo que, renunciando tanto a la metafísica como a la experiencia clínica, construyen lo subjetivo sobre la base de juicios de imputación. Naturalmente, unas posiciones y otras se distinguen —aunque no tanto— en la configuración de las respectivas reglas de atribución de responsabilidad y de los indicadores contenidos en ellas. Sin embargo, esto significa que tanto unas como otras afirman que la culpabilidad no existe, o al menos adoptan una actitud agnóstica al respecto.

2. LA DISCUSIÓN PREVIA AL SIGLO XX

2.1. El tránsito del siglo XVII al siglo XIX

Desde un punto de vista filosófico, la sustitución del iusnaturalismo español por el racionalismo alemán y el empirismo inglés condujo al debilitamiento de la idea de reproche inherente al concepto clásico de *culpa*. Así, la discusión de los siglos XVIII y XIX produjo una progresiva deconstrucción de dicha noción.[87] Ello tuvo lugar a través de las dos variantes del racionalismo. A saber, por un lado, el empirismo inglés, que influyó en la obra de Feuerbach y en la de von Liszt, en las doctrinas de la motivación y, en definitiva, en todo el psicologicismo materialista. Por otro lado, el racionalismo alemán, con su enfoque adscriptivista. Este generó, en su versión individualista, las doctrinas de la *imputatio* y de Kant; y, en la versión holista, las de Hegel y de los penalistas hegelianos (*cfr. supra* capítulo 7/31 ss.). Con todo, pese a la pretensión de secularizar y formalizar el concepto de *culpa*, lo paradójico es que su núcleo se sigue identificando mayoritariamente con un juicio de reproche ético-social —o, en otra versión, de un reproche jurídico— que se dirige al agente por lo que ha hecho. Esta paradoja manifiesta la tensión fundamental del juicio de culpabilidad, a saber, la contraposición de lo intrínseco y lo extrínseco. 50

2.2. El concepto psicológico de culpabilidad

En el último tercio del siglo XIX, los defensores alemanes del concepto psicológico de culpabilidad adoptaron un punto de vista opuesto, tanto a las posiciones metafísicas clásicas, como a las doctrinas adscriptivistas de los siglos XVII y XVIII.[88] En concreto, pasaron a ubicar la culpabilidad en un factor interno, pero de naturaleza empírica, es decir, susceptible de contrastación experimental.[89] Sentada esta premisa, aquel concepto se caracterizaba por distinguir entre la capacidad de culpabilidad (o de imputación) —la imputabilidad— y, luego, las especies de culpabilidad: el dolo y la imprudencia. La adopción de un concepto empírico de culpabilidad, concretado en la relación 51

[87] *Donini*, RIDPP 2020, 1736-1738.

[88] *Martínez Garay*, RDPC 8 (2001), 49 ss.

[89] *von Liszt*, Tratado, II, 3.ª, s/f, 387 ss.

psicológica dolosa o culposa del autor con su hecho, era perfectamente consistente con las premisas filosóficas materialistas-deterministas del modelo.[90] En efecto, supuestamente se tenía que tratar de un concepto moralmente neutro. Sin embargo, la inclusión en el propio sistema de von Liszt de una imputabilidad entendida como capacidad de culpabilidad le generaba un problema de coherencia interna. Ciertamente, la acogida de esta última figura era una concesión a la «psicología popular», ajena al conocimiento científico-experimental. Ahora bien, eso implicaba sentar una distinción entre sujetos capaces e incapaces de culpabilidad, lo que era incompatible con el punto de partida materialista-determinista.

3. LA DISCUSIÓN DEL SIGLO XX

3.1. Las variantes del concepto normativo de culpabilidad

3.1.1. Planteamiento

52 El concepto psicológico tuvo una vigencia muy limitada. De hecho, a principios del siglo XX una variante de la noción de culpabilidad ya pretendía designar un juicio de desvalor sobre la persona del autor, es decir, sobre su motivación defectuosa o sobre su actitud interna antisocial —peligrosa—. Sin embargo, simultáneamente tuvo lugar la construcción del concepto normativo de culpabilidad y su asunción por parte de la doctrina mayoritaria.[91] Este ponía de relieve que lo decisivo no es la configuración psicológica del autor, sino la infracción de un deber por su parte.[92] En realidad, esto conllevaba la reintroducción de una perspectiva próxima a la de las doctrinas de la *imputatio*, es decir, la reconducción de la noción de culpabilidad a la formulación de un juicio extrínseco (ahora, de reproche). Así, la idea rectora pasaba a ser que el sujeto realiza una determinada conducta, cuando debería haberse abstenido de realizarla, o bien la omite, cuando debería haber actuado. Sin embargo, la cuestión decisiva es con qué criterio se establecen dicho deber y su infracción. En efecto, la identificación de la culpabilidad con la infracción de un deber no ofrece ningún criterio de contenido, sino que remite, para su precisión, a la praxis normativa de cada sociedad.

3.1.2. Una concepción mixta

53 El concepto de culpabilidad de la doctrina mayoritaria tiene, todavía hoy, una naturaleza mixta psicológico-normativa.[93] Así, en su formulación se toma en consideración, en la medida de lo posible, la realidad psicológica del sujeto. Sin embargo, ello se debe a razones normativas de trato equitativo, que condu-

---

[90] *Exner* (1910), 7. Sobre ello, de modo general, *Achenbach* (1974), 43 ss.; *Pérez Manzano* (1989), 70 ss.

[91] Al respecto, *Melendo Pardos*, LH Cerezo Mir, 2002, 865 ss.; *el mismo* (2002), 61 ss.

[92] *Frank* (1907), 14; *Goldschmidt*, ÖZStr 1913, 129 ss.; *M.E. Mayer*, PG, 1915, 288, 292.

[93] *Melendo Pardos* (2002), 339 ss.

cen a atender a la desigualdad de las circunstancias de unos y otros agentes.[94] Esto último es claro, porque la relevancia de los datos psicológico-individuales no la pueden proporcionar los propios datos psicológicos, sino que ha de venir dada por una doctrina acerca del castigo justo, o necesario. Sin embargo, esta misma idea ha llevado a relativizar el papel del poder actuar de otro modo del agente concreto. Así, ciertas doctrinas eclécticas de la segunda mitad del siglo XX buscaron una salida al dilema mediante concepciones «sociales» —estandarizadas— del poder actuar de otro modo, construyéndolas sobre bases empírico-estadísticas, o normativas.[95]

En ellas el criterio rector viene dado por la conducta del hombre medio 54
en la posición del sujeto, es decir, que el juicio de culpabilidad debía versar sobre si tal sujeto-baremo habría podido obrar de otro modo. Asimismo, se planteaba que el poder actuar de otro modo en el momento concreto no era determinante del juicio de culpabilidad. Por un lado, porque cabía que existiera y, sin embargo, que la culpabilidad quedara excluida por inexigibilidad.[96] Por el otro, porque podía no existir en el momento concreto y, sin embargo, reprocharse al agente la comisión del hecho en virtud de una culpabilidad por la conducción de la vida. Lo primero se integró en la visión dominante del concepto normativo de culpabilidad; en cambio, lo segundo no —o, al menos, no de modo explícito—.

3.1.3. La crítica de vacuidad

Así pues, la teoría normativa de la culpabilidad adquiere ante todo una 55
dimensión normativo-formal —la construye como un juicio de reproche—. Sin embargo, para ello requiere una base material determinada.[97] Ciertamente, la legislación positiva de cada país proporciona las reglas legales para la exclusión de la culpabilidad en el caso de un agente concreto en una situación dada. Sin embargo, si no se dispone de una idea directriz supralegal, se carece de un punto de partida para la interpretación de los textos correspondientes, la reducción teleológica o extensión analógica y, en fin, la crítica. Ahora bien, los autores de la época admitieron que la idea directriz puede construirse desde, al menos, tres perspectivas. A saber, la individualista, la supraindividualista y la transpersonal o estatal. Al final, la opción por una de ellas sería no una cuestión de razón, ni de ciencia, sino de voluntad y poder.

La crítica del concepto normativo de culpabilidad le ha objetado que el 56
criterio que propone es, en principio, formal y, por ello, vacío. Esto vale ya para su primera aparente concreción mediante la noción de reprochabilidad —el entendimiento de que culpabilidad significa motivación reprochable—.

---

[94] *Torío López*, CPC 36 (1988), 761.

[95] *Córdoba Roda* (1977), 161. Críticos, *Torío López*, ADPCP 1985, 293 ss.; *Cerezo Mir*, ADPCP 1996, 27.

[96] *Freudenthal* (1922); *Goldschmidt*, FG Frank, I, 1930, 430.

[97] *Torío López*, ADPCP 1985, 289 ss.; *Melendo Pardos* (2002).

Así, por ejemplo, un sector doctrinal, en el marco de dicho concepto, sostuvo la idea, en realidad preexistente, de que en la culpabilidad tiene lugar una reprochabilidad de la formación de la voluntad, esto es, del carácter defectuoso del proceso de motivación. Expresado de otro modo, más conocido, sostuvo que el juicio de culpabilidad constituye un juicio de desvalor sobre la actitud interna[98] contraria a Derecho actualizada en la conducta concreta.[99] Ahora bien, la crítica a la vacuidad vale también para las posteriores concreciones del concepto mediante la apelación a las ideas de exigibilidad,[100] de justicia, de comunicación, de prevención general negativa y prevención especial, de prevención general positiva o de lealtad, que han marcado su desarrollo a lo largo de los siglos XX y XXI. El problema es que las alternativas tampoco son especialmente precisas ni ricas en contenido.

3.2. Las doctrinas psicoanalíticas

57 En los años sesenta y setenta del siglo XX tuvo lugar un giro metodológico que produjo una reconstrucción —de nuevo claramente extrínseca— del juicio de culpabilidad. En efecto, este se orientó a las necesidades sociales de pena, tanto en los términos de la prevención general negativa y de la prevención especial, como en los de diversas variantes de la prevención general positiva. Ahora bien, en ciertos planteamientos doctrinales, tal reconstrucción tuvo pretensiones críticas con respecto a la imposición del castigo; en cambio, en otros generó doctrinas legitimadoras. Así, una de sus primeras manifestaciones fue el enfoque psicoanalítico, que explicaba el juicio de culpabilidad con base en dos emociones colectivas distintas. Por un lado, a partir de la de proyección de necesidades psicosociales —deseos de venganza, pero también sentimientos de envidia— en relación con el sujeto delincuente.[101] Por otro, la de convertir a este en el chivo expiatorio de las pulsiones autodestructivas sentidas por el colectivo —del sentimiento de culpa—. En consecuencia, adoptaba una posición crítica sobre la asignación de culpabilidad y el castigo estatal.[102] Ahora bien, además ponía de relieve algo que no es posible eludir. A saber, en primer lugar, que, si el juicio de culpabilidad es claramente extrínseco, entonces hay que suscitar la pregunta de si realmente puede seguir denominándose así —si acaso «es» culpabilidad— o simplemente se trata de una asignación del castigo con base en necesidades sociales. En segundo lugar, y por la misma razón, que es preciso plantearse si la consecuencia aflictiva que se asigna según criterios de necesidad social puede seguir denominándose «castigo».

---

[98] En el original alemán: «*Gesinnung*».

[99] *Schmidhäuser* (1958); *Gallas* (1959), 61 ss.

[100] *Melendo Pardos* (2002), 609 ss.

[101] *Bierbrauer/Haffke* (1978), 152, 176; *Streng*, ZStW 92 (1980), 655-656. Todavía en esta línea *Tangerino* (2014), 216 ss.

[102] *Haffke* (1976), 163-164; *Bierbrauer/Haffke* (1978), 177-178. Una descripción, parcialmente crítica, en *Neumann/Schroth* (1980), 88 ss.

Así pues, este modelo crítico se abría a un replanteamiento del fundamento 58
y de los límites del sistema de consecuencias del delito. En concreto, en algunas de sus variantes proponía prescindir de la culpabilidad y del castigo —como conceptos metafísicos—, y sustituirlos por un sistema de reacciones preventivas limitadas por el principio jurídico de proporcionalidad.[103] Con todo, con ello no se descartaba prestar atención también a la relevancia de los elementos psicológico-individuales del agente. En concreto, en la medida en que el conocimiento de estos podría influir en la medida de la proyección social de culpabilidad sobre el delincuente. En cualquier caso, estas tesis, que convergieron con doctrinas de la sociología crítica —las «teorías del etiquetamiento»—[104] se manifestaron con claridad en planteamientos radicalmente abolicionistas.[105]

3.3. Las doctrinas de la necesidad preventiva de pena

En los planteamientos teóricos más influyentes, la reconstrucción de la cul- 59
pabilidad por referencia a las necesidades sociales de castigo no tuvo una pretensión crítica, sino legitimatoria. Así sucedió con las doctrinas más difundidas, todavía muy presentes en la discusión académica, según las cuales aquella se identifica con la «necesidad preventiva de pena».[106] Ciertamente, estas posiciones son manifestación del rechazo de la construcción de una imputación subjetiva —en sentido amplio— con connotaciones morales. Sin embargo, mantienen extrañamente la legitimidad de la culpabilización del delincuente, sin cuestionar siquiera la propia expresión.[107] Una de las formulaciones de la identidad de culpabilidad y necesidad preventiva de pena más extendidas en el último medio siglo —la de Roxin— experimentó muy pronto una modificación. En concreto, esta tuvo lugar mediante la construcción de una categoría compleja denominada «responsabilidad», que integra como subcategorías distintas la de la culpabilidad y la de la necesidad preventiva de pena. Su postulado teórico fundamental es que en esta materia existe una premisa normativo-social, a saber, la atribución recíproca de libertad.[108] Así pues, cualquier atribución de responsabilidad exige una base mínima psicológico-descriptiva, que identifica con un dato empírico relativo a la capacidad del sujeto de ser «interpelado por las normas».[109] A su juicio, este es el sustrato material del juicio de culpabilidad.

---

[103] *Ellscheid/Hassemer* (1975), 266 ss., renunciando al estigma, la emocionalidad y las «necesidades retributivas» de la sociedad; *Baurmann* (1980), 230: reacción proporcionada a la dañosidad; *el mismo* (1981); *el mismo* (1987), 186 ss. Crítico, *Arth. Kaufmann*, FS Lange, 1976, 27 ss.

[104] En el original inglés, «*labeling approach*». *Lüderssen* (1980), 737 ss.; *el mismo*, FS Sack, 1996, 114 ss.; *Kargl* (1982), 411 ss., 437; *Haffke* (1991), 181; *Weichhold*, RphZ 1/2019, 45 ss.

[105] *Plack* (1974).

[106] Ya *F. Kaufmann* (1924), 72; *Roxin* (1972), 67 ss.; *Jakobs* (1976). Crítico, *Córdoba Roda* (1977), 161.

[107] Crítico, *Burghardt* (2018), 360-361.

[108] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 19/41; *Schünemann* (1991), 147 ss., con algún matiz: reprochabilidad en sentido estricto, por un lado, y exigibilidad, por el otro.

[109] En el original alemán: «*normative Ansprechbarkeit*»: *Roxin*, CPC 30 (1986), 671; *el mismo*, ADPCP 2017, 9 ss. Crítico, *Achenbach* (1984), 149-150.

Con todo, tal conclusión es discutible. En efecto, para juzgar a un sujeto como culpable no basta con su apertura a la interpelación por las normas, sino que es preciso además que sea capaz de hacer de tales normas la razón determinante para la acción. Pues bien, este factor volitivo no es tomado en consideración, sino que se sustituye por criterios de necesidad de pena.

60 En efecto, una vez establecida la concurrencia de la capacidad de ser interpelado por normas, el juicio normativo-adscriptivo de responsabilidad que propone Roxin se basa exclusivamente en consideraciones político-jurídicas («político-criminales») de necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena. Estas pueden reputarse sociológicas, o en todo caso expresivas de una ética social-utilitarista. Ahora bien, en todo caso, no queda claro cómo se integran con los argumentos relativos a la ineficacia motivacional de la pena y con las consideraciones de equidad. En última instancia, y con independencia de que se compartan la mayoría de sus soluciones en los casos concretos, el fundamento preventivo-general determina que se pierda toda referencia personal.

3.4. Las doctrinas de la motivación

61 Como ya se ha indicado, en la segunda mitad del siglo XX tuvieron gran difusión en España las denominadas teorías de la motivación.[110] Estas adoptaban un punto de partida determinista, sosteniendo que la culpabilidad es únicamente un modo de designar la motivabilidad del sujeto por normas; o bien su motivabilidad normal. De este modo se proponía un concepto susceptible de ser acogido por los partidarios del determinismo, pero también por los agnósticos en materia de libertad, que parten de que esta no puede ser objeto de constatación en el caso concreto en el que un sujeto actúa. En realidad, el concepto de «normalidad motivacional», defendido en la dogmática de habla hispana durante los últimos cuarenta años,[111] proviene de finales del siglo XIX.[112] Sin embargo, es dudoso que se haya sostenido en el mismo sentido. En efecto, el juicio sobre la motivabilidad —o determinabilidad— normal de un sujeto suscita la pregunta relativa a cómo se establece qué es lo «normal»: si es un término estadístico o normativo; si se aprecia *ex ante* o *ex post*. En efecto, la normalidad de la motivación puede ser reconstruida en términos estadísticos. Desde esta perspectiva, los factores ubicuos, que afectan normalmente a todos los ciudadanos, no pueden excluir la imputabilidad. Sin embargo, parece que su última reconstrucción ha tenido lugar como un concepto normativo. Desde esta perspectiva, la normalidad motivacional se establece en virtud de

---

[110] *Gimbernat Ordeig* (1981), 109 ss.; *Muñoz Conde*, CPC 12 (1980), 41 ss.; *el mismo* (1981), 34; *Mir Puig* (1976); *el mismo* (2.ª, 1982). Críticos, *Córdoba Roda* (1977), 42 ss.; *Cerezo Mir*, ADPCP 1980, 349 ss.; *el mismo*, ADPCP 1996, 9 ss.

[111] Básicamente por la defensa de este concepto de modo permanente en la obra de *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 20/46 ss. Próximas, *Martínez Garay* (2005), 267; *Sánchez Vilanova*, RGDP 23 (2015), 17.

[112] La expresión «motivación normal» («*normale Motivierung*») fue utilizada por *von Liszt*—Tratado, II, 3.ª, s/f, 397— y, luego, por Frank. Así, *Goldschmidt*, FG Frank, I, 1930, 429.

la decisión estatal relativa al deber de superar determinados motivos: así, entre otros, el desempleo, el desamor, la influencia de los medios de comunicación, etc. Ciertamente, sucede que estos factores son ubicuos. Sin embargo, el que lo sean o no, no resulta inherente al concepto, sino que más bien es una cuestión derivada. En concreto, deriva de que, a mayor ubicuidad, exista una mayor necesidad preventiva de que se superen y, por tanto, es más probable que el Estado establezca el deber de superarlos en el proceso de motivación.

62 El concepto de normalidad motivacional obliga también a plantearse si acaso no todo hecho antijurídico pone de relieve *ex post* que el autor actuó en una situación de motivación anormal. En efecto, si hubiera recibido la motivación de modo normal, no habría optado por la comisión del hecho antijurídico, como de hecho no optan la mayoría de los ciudadanos. Por lo tanto, esta doctrina puede dar cuenta de por qué no se castiga en situaciones de anormalidad motivacional o de inmotivabilidad. Sin embargo, no contiene un fundamento sólido acerca de por qué se castiga a un sujeto reputado *ex ante* «normalmente motivable», que sin embargo comete un hecho antijurídico. Ello pone de relieve que parte de un arquetipo —un estándar— de situación de normalidad motivacional. Ahora bien, cuando se constata *ex post* que un sujeto en tal situación ha cometido un hecho antijurídico, sostiene castigarlo pese a que, contemplado *ex post*, no se ha determinado normalmente.[113] Sin embargo, esta fundamentación del castigo es instrumentalizadora del concreto agente. En efecto, su castigo trata de mantener la expectativa normativa de que en determinados «casos estandarizados» no se delinca.

3.5. El concepto funcionalista de culpabilidad

63 La última gran construcción normativa-extrínseca del concepto de culpabilidad es la funcionalista. Para esta, la noción de culpabilidad se reconduce a la expresión de una necesidad de prevención general positiva.[114] En efecto, la aplicación del concepto funcional de culpabilidad da lugar a un juicio total de necesidad de pena, en el que se incluyen instituciones muy diversas. Sin embargo, todas ellas tienen en común poner de relieve que la conducta del agente no ha estado a la altura del nivel de fidelidad al Derecho requerido objetivamente para la estabilización de las normas.[115] Esto es lo que se denomina la «competencia» del sujeto como persona en Derecho. Ahora bien, esto significa que la inevitabilidad individual del hecho delictivo por parte del agente, debida a cuestiones derivadas de su personalidad, no excluye necesariamente la culpabilidad.[116] Por el contrario, esta se le atribuye desde fuera de modo que si —por ejemplo— no existe un tratamiento alternativo para la patología que

---

[113] En este sentido, *Luzón Peña*, InDret 3/2012, 1 ss., tras abandonar su posición inicialmente favorable a las doctrinas de la motivación. Ya, *M.E. Mayer*, PG, 1915, 256-257.

[114] *Jakobs* (1976), 32-33; *el mismo*, AT, 2.ª, 1991, 20/4.

[115] *Jakobs* (2008), 61 ss.

[116] *Jakobs* (2008), 61.

sufre, su incapacidad de evitar el hecho no obsta al establecimiento del vínculo de responsabilidad. Como se advierte, este concepto es el resultado de una construcción normativa, que se relaciona con las exigencias funcionales para el mantenimiento de cada sistema social. Un desarrollo de esta posición, dentro del mismo marco filosófico hegeliano-holista, es el que la vincula a una concepción republicana de las instituciones de la democracia. Así, la culpabilidad es la deslealtad del sujeto que, habiendo recibido las libertades públicas desde el Estado, no coopera con este último, de modo que puede concebirse como el injusto —la infracción del deber— del ciudadano. En todo caso, las condiciones de la culpabilidad vienen definidas por las leyes de la democracia delibertativa, sin que tengan que vincularse con propiedades intrínsecas de la persona.[117]

3.6. Los conceptos discursivos de culpabilidad

64 El carácter extrínseco de los elementos sobre los que se construye el juicio de culpabilidad es asimismo patente en otras concepciones modernas, que a su vez son críticas con las reconstrucciones funcionales. Estas posiciones remiten como fundamento de la culpabilidad a la «representación social de lo justo».[118] En concreto, al acuerdo normativo explícito adoptado en una sociedad en cuanto a cuál debe ser el trato equitativo al delincuente. A continuación, para la concreción de esta idea proponen recurrir a la perspectiva intersubjetiva que resulta de la aplicación del método de la teoría del discurso. Esto significa que el modelo es normativista-adscriptivista, al igual que las doctrinas preventivistas que se han descrito antes. La diferencia radica en que pretende asumir como criterio rector la adopción de la perspectiva del interviniente, que participa en el discurso de atribución de responsabilidad, y no la de un observador externo acerca de lo justo en una sociedad dada.[119] Con todo, este planteamiento de entrada no indica cómo acceder a la representación social acerca del castigo justo, más allá de realizar una referencia vaga a la perspectiva dialógica.[120] Ciertamente, la percepción de los sujetos del discurso acerca de la libertad o ausencia de libertad del agente constituye un elemento decisivo; sin embargo, se trata de una cierta percepción, supuestamente sin base real alguna. Por lo demás, cualquier concepto pragmático-formal tiene que admitir que la necesidad social de pena influye en el modo de percibir la libertad de quien comete un delito y, por lo tanto, en la disposición a aceptar la exclusión de su culpabilidad.[121]

65 Esto último se advierte en las variantes de esta posición que concretan la aplicación del método de la teoría del discurso en la acogida de una fundamentación democrática-deliberativa de la noción de culpabilidad. Es decir,

---

[117] *Pawlik* (2012), 299 ss.

[118] *Neumann/Schroth* (1980), 52-53: «equidad»; *Neumann* (1998), 391 ss.

[119] *Neumann* (1996), 67-68.

[120] *Haft* (1978), 8; *Grasnick* (1987), 136 ss., 267 ss.

[121] *Neumann* (1996), 68; *el mismo* (1998), 403 ss.

asumen la noción kantiana de autolegislación como cualidad del individuo. En efecto, su punto de partida es que el autor del hecho antijurídico ostenta, asimismo, la condición formal de colegislador, en la medida en que no carezca de posibilidades de participación en los procesos de representación democrática. A partir de esta premisa, la culpabilidad que se le imputa tiene su base en el consentimiento que el propio sujeto manifestó y sigue manifestando en su acto co-legislativo (*cfr. supra* capítulo 3/18). En definitiva, si quien comete el hecho antijurídico es un ciudadano formal que participa en el establecimiento de las reglas del juego, luego tiene que respetarlas. Si votó a favor de ellas, por coherencia consigo mismo; si votó en contra, por lealtad a los demás conciudadanos.[122] De este modo, se legitima el juicio de culpabilidad sobre una base política contractualista —de modo paralelo a la legitimidad de los procesos legislativos de criminalización—. Ahora bien, con ello se abandona la referencia ético-jurídica propia de la culpabilidad, puesto que lo único decisivo es que existan reglas sobre cómo atribuir culpabilidad —las que sean— a las que el sujeto luego delincuente haya podido dar su asentimiento.

Como ya se ha adelantado, aquí se opta por una propuesta distinta. En **66**
primer lugar, la culpabilidad del agente debe construirse sobre una base fundamentalmente ético-jurídica. A continuación, en segundo lugar, ciertamente debe examinarse la cuestión de la legitimidad política del castigo estatal. Sin embargo, esta última es una cuestión distinta de la anterior, que debe analizarse en el ámbito de la punibilidad en sentido amplio. En efecto, es allí donde procede considerar, en su caso, la falta de legitimación político-formal del castigo —frente a los sujetos privados del derecho al voto—, así como la ausencia de legitimación político-material de este —frente a los sujetos privados de la protección estatal en sus dimensiones de libertad negativa y positiva—.[123] Procede subrayar que todo esto es distinto de la culpabilidad. Ciertamente, la legitimación política de la intervención estatal forma parte de la teoría de cualquier consecuencia jurídica restrictiva de derechos. En concreto, una legitimación política también la requieren las medidas de seguridad, a pesar de que en ellas la culpabilidad no desempeña papel alguno.

4. EL ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

4.1. Los problemas del estado de cosas dominante

La doctrina dominante parte de que la concreta determinación de si alguien **67**
es culpable —o no lo es— responde a ciertas reglas normativas de adscripción que operan en un metanivel. Así pues, considera que son criterios extrínsecos al

---

[122] *Kindhäuser*, ZStW 107 (1995), 718 ss.; *el mismo* (1999), 185 ss.; *K. Günther* (2005), 253 ss.; *Alcácer Guirao*, Doxa 25 (2002), 139 ss., 172 ss.; *Mañalich* (2011), 116 ss.; *Martín Lorenzo* (2009), 321. Crítico, *Buonicuore* (2020), 183 ss., 191, 211, exigiendo además un «reconocimiento material».

[123] *Silva Sánchez*, LH Suárez Montes, 2013, 732 ss.; *el mismo* (2018), 106 ss. Próximo, *Cigüela Sola*, RDPC 17 (2017), 13 ss.; *el mismo*, Doxa 42 (2019), 389 ss.

agente los que deciden si es él quien debe pechar con el hecho antijurídico o, por el contrario, debe hacerlo la comunidad. Es decir, presenta la culpabilidad como algo no existente —no «hay» culpabilidad—, sino que es el producto resultante de una construcción social.[124] Ciertamente, partiendo de dicha premisa, todavía cabe adoptar al respecto dos actitudes distintas. Por un lado, una posición crítica, como la de la «teoría del etiquetamiento», que extiende tal idea a todo el fenómeno criminal. Por otro lado, una posición legitimadora, como la que se expresa en los conceptos funcionales de culpabilidad. Para la primera, lo que ocurre es criticable; en cambio, para la segunda, no solo es inevitable sino imprescindible. Sin embargo, ello no altera la coincidencia de sus puntos de partida.

68 El problema es que las dos posiciones parten de una premisa errónea. En realidad, no es que no «haya» culpabilidad en el sujeto del hecho antijurídico, sino que carecemos de la capacidad de identificarla plenamente y de medirla. Por eso, la praxis humana del juicio de culpabilidad constituye una sucesión de «palos de ciego», que se mueven entre el plano empírico y el jurídico-adscriptivo.[125] En efecto, en el juicio acerca de la culpabilidad se combinan los datos empíricos —la supuesta «cabeza del agente»— y su sometimiento a un baremo establecido en términos sociales-lingüísticos. Así, la culpabilidad se entiende como reprochabilidad —un concepto relacional—, con base en criterios que, en última instancia, son jurídicos —la «cabeza del juez»—.[126] Sin embargo, con ello no se obtiene la respuesta definitiva ante aquella situación en la que el diálogo de culpabilidad concluye con un rechazo crítico por parte del destinatario del juicio. Sin más, cuando este último replica: «Ya, ¿pero por qué estoy aquí precisamente yo?».

69 En efecto, no puede confundirse la reconstrucción adscriptiva de la culpabilidad, que tiende a la estandarización, con la auténtica culpabilidad —como medida metafísica de merecimiento— del sujeto. Ahora bien, tal culpabildiad auténtica tampoco coincide con los datos empíricos en los que se suelen centrar las teorías psicologicistas, pretendidamente tendentes a una individualización. Ciertamente, existe una tensión entre la perspectiva general-estandarizada y la individual-clínica.[127] Sin embargo, ni una ni otra tratan al sujeto como un agente personal pleno. Así, para la primera, tal sujeto es un centro formal de imputación normativa en el sentido que ya propuso Kelsen.[128] En cambio, para la segunda es un paciente, es decir, un caso clínico. De este modo, queda reflejada la oposición entre la visión nominalista-constructivista de la culpabilidad y su concepción reduccionista-empirista.

---

[124] *Gärditz* (2017), 282.

[125] *Arth. Kaufmann*, FS Wassermann, 1985, 896-897.

[126] *Mezger* (1957), II, 9-10, 12.

[127] *Köhler* (1983), 40; *Martínez Garay* (2005), 180 ss.; *Puente Rodríguez* (2021), 240 ss.

[128] *Kelsen* (1993), 182 ss., donde se sostiene un «concepto normativo de persona», para el que toda persona física es una persona «jurídica», esto es, un centro de imputación de acciones, de derechos y obligaciones.

La afirmación de que la culpabilidad real trasciende a todo lo anterior no implica menosprecio por los datos empíricos. Desde luego, tampoco estos dan la medida de la libertad y, con ello, de la auténtica culpabilidad, que no pertenece al mundo fáctico, sino al metafísico. Con todo, aquellos datos sí informan sobre factores que pueden anular o menguar la libertad o bien impedir u obstaculizar su ejercicio. Así, también cabe que limiten la culpabilidad hasta eliminarla. La consecuencia es que el Derecho penal no puede llamar culpable a quien, por sus déficits psíquicos manifiestos, no es susceptible de serlo. Igualmente, la afirmación de que la culpabilidad real de un agente trasciende a las posibilidades de las adscripciones sociales no pretende ignorar que la comunidad política tiene que hacer algo con quienes cometen hechos antijurídicos. Únicamente, quiere hacer hincapié en la inevitable modestia —imperfección— de los juicios humanos de culpabilidad. 70

4.2. Las propuestas de las últimas décadas

En las últimas décadas del siglo XX se difundieron propuestas que, directa o indirectamente, planteaban prescindir del reproche como núcleo del juicio de culpabilidad. Más aún, proponían la renuncia al propio término «culpabilidad» y su sustitución por los de «imputación individual», atribuibilidad u otros análogos.[129] Seguramente, la más coherente en su negación del libre albedrío fue la posición de Mir Puig, consistente en prescindir del concepto de culpabilidad —y sustituirlo por el de «imputación personal»—. En efecto, de este modo se pretendía romper toda relación intrínseca entre pena y culpabilidad.[130] Pues bien, en el primer cuarto del siglo XXI ha seguido habiendo una corriente partidaria de prescindir del concepto —y del juicio— de culpabilidad en el sistema de la teoría del delito.[131] Así, un sector doctrinal ha acogido la noción ya esbozada de que el sujeto debe responder por la configuración de su carácter, esto es, por lo que le es «propio», su «ser así».[132] Sin embargo, desde esta perspectiva el hecho solo constituye el medio de alcanzar al autor mismo y la 71

---

[129] *Ellscheid/Hassemer* (1975), 279 ss., 288: responsabilidad, en el sentido civil-objetivo de la expresión (es decir, «*Haftung*»); *Achenbach* (1984), 144: «imputación individual», construida sobre bases de prevención de integración, es decir, de una atribución externa y no de una culpabilidad «real».

[130] También *Gimbernat Ordeig* (1981); *Muñoz Conde* (1981); *Mir Puig*, PG, 4.ª, 1996, XXIV-XXV, indicando que el término «culpabilidad» tiene «indeseables connotaciones moralizantes». Con todo, ni siquiera él pudo evitar rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el argumento de que a ellas no se les puede dirigir un «reproche ético-jurídico fuerte», una «censura ético-jurídica»: *Mir Puig* (2014), 8. Esto, interpretado *a contrario*, significa que a las personas físicas sí se les dirige tal «censura ético-jurídica». Ahora bien, si esto es así, lo razonable es seguir llamándolo juicio de «culpabilidad».

[131] Así, *R. Merkel* (2008), 132 ss., 135, concluye que, aun en el posible caso de que ningún agente se halle en condiciones de actuar de otro modo, el castigo no sería injusto, en la medida en que no existiera alternativa para defender la vigencia de la norma lesionada, debiendo en todo caso procederse con modestia. Es decir, sostiene una teoría del castigo con base en el estado de necesidad. Crítico *Zaczyk*, GA 2009, 370 ss.

[132] *Herzberg* (2010), 87 ss., 98 ss.

prueba de su carácter, de modo que el castigo se fundamenta en una suerte de reciprocidad compensatoria. Además, este modelo tampoco permite sostener razonablemente una distinción clara entre sujetos imputables e inimputables, ni fundamentar la diversidad de las consecuencias jurídicas asignadas a unos y a otros. En definitiva, acaba remitiendo a la elaboración de una teoría funcional de las reacciones estatales, que se oriente hacia el futuro y no hacia el pasado. Así, esta posición debería asumir que al delincuente hay que tratarle con los medios preventivos del Derecho de policía y de las medidas de seguridad.

72 Por su parte, otro sector ha profundizado en la perspectiva pragmática, partiendo de que la alabanza y la censura son meras «prácticas sociales».[133] Así, sostiene que al agente solo se le puede «reprochar» (*sic*)[134] su hecho antijurídico, sin entrar en las condiciones que permitirían emitir o no un juicio de culpabilidad sobre su conducta.[135] En efecto, este punto de vista entiende que lo decisivo es que mediante la pena se clarifiquen las respectivas esferas de derechos y deberes.[136] Sin embargo, resulta llamativo que esta posición insista en mantener que propone la realización de un juicio de «reproche».[137] En efecto, no es posible reprochar el haber obrado «mal» a quien carece de culpabilidad. Por eso, es seguramente más coherente —aunque igualmente criticable— la variante de esta opinión que sostiene que el hecho antijurídico es, en realidad, un caso de «mala suerte» de la víctima, aunque esta lo interprete como «injusto». Es más, incluso insiste en que esto es lo mismo que cualquier víctima hace con respecto a un acontecer natural, puesto que también tiene «expectativas» de justicia frente a este.[138] En fin, concluye que puede imponerse una pena sin reproche de culpabilidad, puesto que lo fundamental en este punto es la perspectiva de la segunda persona —esto es, la del sujeto pasivo—, cuyas expectativas (pretensiones de reconocimiento) se lesionan, de un modo que genera emociones reactivas.[139]

73 Estas doctrinas parten de varias premisas indemostradas y cuestionables. En primer lugar, que las reacciones emocionales ante un fenómeno natural lesivo, un hecho de un inimputable y la conducta de un sujeto «culpable» son idénticas. En segundo lugar, que la práctica de la alabanza y de la censura es compatible con una visión determinista del mundo en la que el delito —pero también la conducta buena— se deben al azar (la mala suerte) o a la necesidad. En este punto, la solución que proponen es sustituir la idea de culpabilidad

---

[133] *Burghardt* (2018), 155 ss., 162, 179.

[134] En alemán, «*vorwerfen*».

[135] *Hörnle* (2013), 52 ss., 79; *la misma* (2022); *Burghardt* (2018), 333, 431, propone sustituir la noción de culpabilidad por la de «control» relativo.

[136] *Hörnle*, Bergen J. C. L. 4 (2016), 14.

[137] En inglés: «*blame*». *Hörnle*, Bergen J. C. L. 4 (2016), 12: «*El Derecho penal de la culpabilidad debe ser preferido a un sistema de reacciones meramente preventivas, ya que a la víctima del delito se le debe una declaración del injusto*».

[138] *Burghardt* (2018), 64.

[139] En este punto, la base es la obra de *Strawson* (1995).

por la de capacidad de comunicación de la infracción de deberes ciudadanos, lo que básicamente requeriría ciertos mínimos cognitivos-intelectivos. Así, sus repercusiones se centran en excluir a ciertos sujetos de la comunicación con la víctima —menores o enfermos mentales—, en restringir las causas volitivas/emocionales de inimputabilidad, en hacer responsables a los psicópatas y limitar las causas de exculpación. En definitiva, en objetivizar la responsabilidad, que dejaría de ser expresión de merecimiento para adoptar otro criterio, de naturaleza funcional o distributiva. Pues bien, en la práctica, esto no es otra cosa que proponer una reconstrucción preventiva del Derecho penal con ciertos límites de proporcionalidad. Sin embargo, en un modelo así no cabe el reproche, ni ningún sucedáneo de este.[140]

4.3. La introducción de la perspectiva de la víctima

74 La adopción de la perspectiva de la víctima ha introducido en estas posiciones un cambio de enfoque, al igual que ha sucedido en tantos otros ámbitos del Derecho penal. Así, se pretende hacer compatibles las críticas dirigidas a las nociones de libertad y de culpabilidad con la afirmación de que —aunque no exista la culpabilidad— a la víctima no se le puede impedir (ni prohibir) «culpabilizar» al autor. De este modo, se trata de prescindir de la metafísica, para centrarse en la mera fenomenología de las reacciones de resentimiento e indignación, que se reputan independientes de aquella. En suma, se insiste en que no es que el sujeto activo de un delito «sea» responsables, sino que «es hecho» responsable.[141] Desde luego, esto último es bastante claro, en la medida en que todo sujeto lesionado experimenta la pulsión a culpabilizar por ello a alguien. Sin embargo, de la existencia de ese fenómeno consistente en que los sujetos activos «son hechos responsables» —por las víctimas, por terceros— no se puede derivar que sea legítimo «hacerles responsables» además por parte del Estado. Para esto último es necesario introducir alguna premisa adicional.

75 La afirmación apodíctica de que no puede haber una exculpación universal admite la réplica: «y ¿por qué no?». En efecto, en un contexto de determinación universal, parece obvio que también tiene que haber exculpación universal. Por eso, en este contexto, esgrimir el discurso de «hacer justicia a las víctimas» carece de sentido. En efecto, en el marco conceptual descrito, la tendencia de la víctima a culpabilizar al sujeto también se puede interpretar como una patología de esta última —un trastorno emocional de la personalidad—, que debe ser objeto de tratamiento. A su vez, el sujeto del delito también debe ser objeto del tratamiento correspondiente, sobre la base de las necesidades preventivas existentes. En definitiva, la asunción coherente del determinismo conduce a la introducción de una perspectiva terapéutica. Sin embargo, si se es coherente, esta tiene que alcanzar tanto al autor como

---

[140] *Kaspar* (2014), 286 ss., 272.

[141] *Hörnle* (2013); *Bröckers* (2015), 342-344.

a la víctima y a la sociedad punitiva en su conjunto. Expresado de otro modo, tiene que conducir a afirmar —como ya hicieron las teorías psicoanalíticas del castigo— que es preciso hacer frente a las emociones reactivas, en la medida en que estas constituyen manifestaciones de una neurosis colectiva.[142] Por lo tanto, en un marco conceptual de tales características están de más tanto la perspectiva moral como la jurídico-penal. Estas, en el fondo, deberían ser concebidas únicamente como estrategias defectuosas de superación de la mala suerte mediante la culpabilización.

4.4. La incidencia de la ideología del control social

76 Como se advierte, las construcciones que pretenden prescindir del juicio de culpabilidad en realidad rechazan cualquier género de relación del Derecho penal con la justicia. Por el contrario, lo entienden como un medio de «control social». Así pues, abandonan la perspectiva del participante para asumir la del observador. El resultado es una construcción preventivo-regulatoria del Derecho penal, con más o menos límites de «proporcionalidad con el daño del injusto» o de orientación a las necesidades de pena de la sociedad o de la víctima. Ciertamente, en el marco de este concepto regulatorio, las modernas instituciones procesales de signo gerencial cobran todo su sentido. En efecto, allí donde no se pretende siquiera hacer justicia, sino únicamente «prevenir con límites», cabe la posibilidad de prescindir del juicio oral, si las partes están de acuerdo en ello, porque ni siquiera la verdad es imprescindible. Sin embargo, mientras amplios sectores doctrinales persisten en afirmar lo anterior —de modo no siempre claro—, lo cierto es que la pena sigue teniendo un contenido moral, comunicando reproche y estigmatizando. Desde luego, también la que se impone en virtud de una «sentencia negociada». Entre otros muchos fenómenos que se han ido poniendo de relieve, también este determina que el estado de cosas doctrinal sea contradictorio y, en realidad, insostenible.

4.5. Lo coherente desde estas perspectivas: una «cuarentena» criminal

77 En realidad, quien sostiene que nunca cabe afirmar que el sujeto del hecho antijurídico podía haber actuado conforme a las razones del Derecho tiene un camino. Ciertamente, no es fácil que lo quiera recorrer, pero la senda ya está trazada. Dicho itinerario se integra de reacciones en estado de necesidad, comunes para imputables e inimputables, y orientadas prospectivamente. Como ya se indicó, la discusión actual más explícita en este punto gira en torno a los modelos de la «cuarentena de salud pública».[143] Ahora bien, estos parten del rechazo a la propia idea del castigo. Por lo tanto, el tipo de medida con

---

[142] *Jäger* (1975), 122-123.

[143] *Caruso*, Southwest Phil. R. 32 (2016), 25 ss.; *el mismo* (2021). Críticos, desde una perspectiva interna al propio concepto, *Corrado*, Philosophia 47 (2019), 1095, que propone un modelo de «corrección»; *Levin/Farina/Lavazza*, CL&Phil 17 (2023), 135 ss.

el que proponen afrontar el delito tiene que ser análogo al que se adopta en las cuarentenas sanitarias. Desde luego, una propuesta así no da cuenta de la autocomprensión humana en relación con el delito —ni la del sujeto activo, ni la del sujeto pasivo, ni la de la comunidad—. Sin embargo, los autores deterministas deberían explorarla, en lugar de pretender fundamentar un paradójico castigo basado en un reproche sin culpabilidad, a su vez debido a que los delitos son cosa de mala suerte.

IV. LAS BASES DE UN CONCEPTO REALISTA-CRÍTICO DE CULPABILIDAD

1. PLANTEAMIENTO

78 La libertad, en tanto que potencia, es la capacidad de orientarse por razones o, mejor, la capacidad de autodeterminarse conforme a sentido. Esta es una capacidad exclusivamente propia del ser humano; por lo tanto, la libertad puede dar lugar a obrar bien o mal, en función de que el sujeto se oriente o no por el sentido —por lo bueno—. A su vez, la opción por obrar mal —el clásico «mal uso» de la libertad— genera la «*culpa*». La culpa, al igual que la libertad, es una realidad metafísica, de modo que podemos aproximarnos a ella, pero no convertirla en objeto de un análisis de laboratorio. En definitiva, es preciso asumir su dimensión de misterio y actuar en consecuencia. Sin embargo, desde el siglo XVII, la doctrina ha preferido transitar otros caminos. Así, de los conceptos metafísicos se ha pasado a la disyuntiva —la alternativa— entre los conceptos psicológicos y los normativos. En realidad, no habría ningún problema en discutir en este último plano, siempre y cuando se partiera de la premisa de que la «*culpa*» es un misterio que no podemos desentrañar del todo. Ahora bien, entonces, las aproximaciones clínicas o normativas no deberían ostentar la pretensión de presentar el «ser» de la culpabilidad, sino solo aceptar modestamente su condición de aproximaciones incompletas a una realidad que nos desborda como seres humanos. Al no hacerlo, el debate entre ambas visiones no deja de ser un enfrentamiento entre dos reduccionismos: el que reduce la culpabilidad a una «cuestión clínica» y el que la circunscribe a ser el «resultado de un juicio normativo-adscriptivo».

79 En efecto, el racionalismo normativista concibió la imputación jurídica como el resultado de un juicio extrínseco-convencional sobre lo intrínseco-inaccesible. Por su parte, todas las versiones del empirismo psicologicista han compartido la pretensión de hallar la «*culpa*» en el cerebro. Con diversos acentos, es posible advertirla en la obra de Feuerbach, en la de von Liszt y en los trabajos de múltiples autores de los años sesenta y setenta del siglo XX. Su versión última —ya muy sofisticada— ha sido la del neurocientismo, en la primera década de este siglo XXI. Sin embargo, su manifestación más plástica sigue hallándose en la primera criminología —la positivista de finales del siglo XIX—; en concreto, en su empeño por desenterrar los cadáveres de

los delincuentes famosos y estudiar sus cráneos en busca de la culpabilidad. Así pudo formularse, en su día, la doctrina del «criminal nato» por parte de Cesare Lombroso (1835-1909).[144]

2. LAS APROXIMACIONES INDIVIDUALIZADORA Y ESTANDARIZADORA

2.1. Planteamiento

80 La doctrina contemporánea ha hecho compatible la crítica al libre albedrío con la defensa del mantenimiento de la noción de culpabilidad como una presunción *iuris tantum*, esto es, susceptible de una prueba tasada en contra. Esto es lo que recibe las denominaciones (de presunción) de «autoadministración», de «asequibilidad normativa» o de «competencia». Ciertamente, resulta llamativa esta sustitución de la metafísica clásica por una ficción jurídica —que, en realidad, constituye otra metafísica—. Sin embargo, lo cierto es que solo a quien es ontológicamente libre se le puede presumir circunstancialmente libre. Lo contrario muestra todas las debilidades axiológicas de las ficciones contra reo, a las que además se añade un problema lógico. En todo caso, sobre la base de tales premisas, el debate doctrinal se concreta en la existencia de dos posiciones básicas acerca de cómo abordar el juicio jurídico-penal de culpabilidad: la individualizadora y la estandarizadora.[145] La primera, partidaria de la máxima individualización posible del juicio de culpabilidad,[146] sostiene un concepto personal, individual de culpabilidad, que ha sido también denominado «culpabilidad en cabeza propia».[147] A su vez, esta individualización pretende orientarse hacia las disciplinas empírico-experimentales.[148] Por lo tanto, opta por profundizar en todos los elementos presentes en la mente del sujeto y en toda su historia de vida, introduciendo en el proceso penal una dimensión de estudio clínico. En este punto, sostiene que la renuncia a la plena individualización de las circunstancias que han incidido en la decisión del agente constituye una incoherencia con la fundamentación retributiva, no ya del castigo, sino incluso del propio reproche de culpabilidad.[149] Frente a ello, la segunda posición defiende la adopción de un punto de vista estandarizador,[150] intensamente normativo-adscriptivo. De este modo, pretende trazar fronteras a la individualización del juicio arguyendo las limitaciones de

---

[144] *Landecho* (2004; 2006).

[145] *Córdoba Roda* (1977), 161; *Martínez Garay* (2005), 180 ss.; *Puente Rodríguez* (2021), 240 ss.

[146] *Cerezo Mir*, ADPCP 1980, 364 n. 62; *Torío López*, ADPCP 1985, 287, 293, 298 ss.; *Sanz Morán*, LH Cerezo Mir, 2002, 147 ss.; *el mismo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1101-1102; *Alonso Álamo*, CPC 124 (2018), 7.

[147] *Alonso Álamo*, CPC 124 (2018), 7; *la misma*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 6; *la misma*, LH Quintero Olivares, 2018, 306; *la misma*, LH Díez Ripollés, 2023, 77 ss.

[148] *Torío López*, ADPCP 1985, 289 ss., 297: debe llegarse a la mayor precisión (psicológica, psiquiátrica y sociológico-cultural) del objeto sobre el que después habrá de recaer la valoración.

[149] *Torío López*, CPC 36 (1988), 760-761, 768.

[150] *Martínez Garay* (2005); *Hörnle*, FS Schünemann, 2014, 93 ss.

conocimiento y de prueba de muchas de las circunstancias que han incidido sobre el sujeto, sobre todo en el marco institucional del proceso.[151] Además, esgrime también otras razones relacionadas con la protección de la intimidad y del honor del acusado.

81 La posición individualizadora está guiada por una razonable pretensión de alcanzar la justicia en el caso concreto mediante el acceso al mundo psíquico del sujeto. A partir de ahí, considera que tal justicia solo puede alcanzarse tratando de separar los factores de libertad y los factores de condicionamiento en su respectiva incidencia sobre la actuación del acusado. De este modo, tendencialmente, pretende aproximar el juicio jurídico-penal de culpabilidad al análisis clínico de la personalidad del agente. En cambio, la posición estandarizadora subraya la dimensión teleológico-normativa del juicio de culpabilidad. Para tal concepción, este es un juicio procesal que tiene como finalidad la determinación de si procede imponer una pena o no, lo que obliga a considerar las siguientes cuestiones. En primer lugar, los límites temporales y de medios que son propios del proceso penal y hacen imposible un examen sincrónico y diacrónico de la personalidad del sujeto. En segundo lugar, los propios límites derivados de las garantías procesales, que pueden obstar a un examen de toda la historia personal del acusado. Además, que el juicio de culpabilidad tiene lugar en el marco de una sociedad dada, en la que no solo entran en juego consideraciones de justicia, sino también otras de seguridad jurídica y de utilidad.

2.2. El juicio de culpabilidad como juicio de razón práctica

82 Para el autodenominado pensamiento postmetafísico, la culpabilidad solo puede ser un concepto empírico o bien el resultado de una atribución social. Ello es así, sencillamente, porque dicho pensamiento no reconoce entidades de otra naturaleza. Además, su pretensión de autosuficiencia tampoco le permite aceptar que la culpabilidad humana sea un misterio al que es preciso aproximarse con cierta humildad. Rechazado esto, solo admite una alternativa: o se trata de una descripción de hechos brutos o bien de una construcción lingüística. La primera es la perspectiva de la neuropsiquiatría, para la que el sujeto que actúa es un paciente, es decir, el objeto de un examen empírico que tiene lugar conforme a una ciencia teórica, experimental. Por lo tanto, en su análisis se adopta la perspectiva del observador o, en otras palabras, la de la tercera persona. Sin embargo, el juicio de culpabilidad no pertenece al mundo de la razón teórica-científica. Ahora bien, tampoco cabe afirmar que se integre en el de las ficciones lingüístico-sociales, ajenas a la dimensión moral. Por el contrario, la culpabilidad es una cuestión de razón práctica.[152] Así pues, no se halla en la cabeza o en el «cerebro» de nadie, sino que se hace presente

[151] *Duff*, L&Ph 12 (1993), 368-369.

[152] *Sánchez-Ostiz*, InDret 1/2014, 12.

en las acciones personales. Sentado esto, es asimismo obvio que el mundo de la razón práctica no se rige por el paradigma de la certeza, que incluso es discutible que se mantenga actualmente en las ciencias experimentales. Pues bien, el proceso penal constituye la expresión altamente formalizada de una práctica humana y social. Por lo tanto, en su seno, el juicio de culpabilidad tampoco puede ser reducido a las reglas —supuestamente asépticas— de la observación empírica, ni a las del manejo de una técnica. Por el contrario, es un juicio existencial y comunicativo. Como se ha dicho, es «el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible de determinación plena de sentido y, por ello, tan sujeto responsable como yo».[153] Así, puede advertirse que la que rige aquí es la perspectiva del interviniente o participante —la de la primera y segunda persona—.[154] Ahora bien, de este modo resulta inevitable que en el juicio de culpabilidad tenga lugar una compleja interrelación de elementos psicológico-empíricos, normativo-individuales y normativo-sociales.[155]

3. SU NATURALEZA DE JUICIO DE MERECIMIENTO

3.1. La base descriptiva

83 La base empírica de la regla de adscripción de culpabilidad viene dada por una serie —más o menos amplia— de indicadores de la existencia de condicionantes de la libertad, que puedan disminuirla y determinar la atenuación o la exclusión de la pena. Para identificar aquellos indicadores, que constituyen el objeto de la prueba, resulta necesario profundizar en la situación mental actual del sujeto y en todas las circunstancias antecedentes y simultáneas por las que este ha pasado. Así las cosas, el juicio sobre la exclusión de la culpabilidad, aunque constituya un juicio general, no puede dejar de ser un juicio sobre lo individual. En este contexto, una cuestión problemática es la de cuán amplia tiene que ser la relación de indicadores y cuán atrás debe proyectarse en el tiempo. Precisamente, la divergencia entre el punto de vista estandarizador y el individualizador se concreta aquí en la mayor o menor amplitud de los indicadores que se pueden someter a prueba.

3.2. Un criterio adscriptivo basado en el merecimiento individual

84 El manejo de la regla de adscripción de culpabilidad o inculpabilidad hace imprescindible adoptar un criterio normativo. En efecto, este es el que ha de permitir determinar cuáles de los indicadores son relevantes para que resulten de aplicación las consecuencias de aquella regla. Pues bien, de conformidad con lo que se ha señalado, aquí se parte de que el criterio decisivo debe ser uno normativo-individual, es decir relativo al merecimiento del sujeto a la vista

---

[153] *Welzel* (1964), 147; *el mismo*, AT, 11.ª, 1969, 152-153.

[154] Implícitamente, ya *M.E. Mayer*, PG, 1915, 257-260.

[155] *J.L. Austin* (1968), 34.

de las circunstancias concretas en que tiene lugar su obrar. Esta perspectiva se rige, de entrada, por la aceptación de una ontología de la incapacidad de culpabilidad, derivada de la vigencia del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. Así pues, si existen datos clínicos que proporcionan indicadores fuertes de que el sujeto es incapaz de culpabilidad, desde luego no cabe dirigirle una adscripción que no sea precisamente la de inculpabilidad. A partir de esta premisa crítica, cabe cuestionar de modo constante el alcance de las eximentes legales de culpabilidad, recurriendo a la analogía *in bonam partem* y a la extensión teleológica de aquellas para ampliarlo, si es preciso. En efecto, la exigibilidad jurídica no puede ir más allá de las posibilidades reales del sujeto concreto. Por ello, cualquier juicio estandarizado de igualdad o desigualdad debe ceder ante la singularidad de aquel.[156]

La exclusión del castigo regida por razones de incapacidad del sujeto vale incluso para los casos de provocación responsable de situaciones de trastorno mental, que responden a la estructura de la *actio libera in causa*. En efecto, debe advertirse cómo la concepción de tal estructura en esta obra centra la culpabilidad en una conducta anterior antijurídica del propio sujeto, de modo que ni siquiera ella constituye una excepción a lo señalado (*cfr. infra* capítulo 24/67). En este contexto, los auténticos casos límite vienen dados por aquellos supuestos en los que la incapacidad actual del sujeto puede verse como el efecto de una sucesión de conductas suyas muy anteriores en el tiempo, en las que se manifestó la infracción de incumbencias. Así, por ejemplo, una vida de creciente adicción a los estupefacientes que, al final, da lugar a la comisión de un delito en estado de plena intoxicación o de síndrome de abstinencia. Pues bien, tampoco en ellos, en los que la responsabilidad se ha ido configurando de modo muy difuso a lo largo de la vida, cabe formular un juicio de culpabilidad sobre la base de tales conductas anteriores. El fundamento de esta conclusión es la imposibilidad de hallar un supuesto de hecho en el que se dé la coincidencia temporal de una conducta antijurídica y de una situación de culpabilidad —esto es, la infracción plena de la norma de conducta—. Cuestión aparte es que sea posible formular un juicio de peligrosidad que debería ser abordado con arreglo a los criterios propios de las medidas de seguridad. 85

Frente a la situación descrita, en los casos en los que los datos empíricos permiten concluir que el sujeto tiene capacidad de autodeterminación conforme a sentido, aunque esta se halle intensamente limitada, la regla de adscripción de culpabilidad adquiere una configuración distinta. En efecto, en tales situaciones también cabe excluir la adscripción de culpabilidad penal cuando se dé una gran dificultad de autodeterminación, por razones de equidad. Sin embargo, en este contexto, en el que se da capacidad de culpabilidad, el juicio versa sobre la posibilidad de exigir al sujeto un actuar conforme a Derecho: 86

[156] En contra, claramente, *Jakobs* (2008), 118, indicando que en la culpabilidad solo puede aceptarse la medida de psicología que la sociedad «soporta»; *F. Córdoba*, En L 4 (2017), 43 ss.

sobre la culpabilidad «penal» o punible (*cfr. infra* capítulo 26/19).[157] Pues bien, en el marco de este juicio normativo-adscriptivo ya es posible integrar consideraciones relativas a comportamientos previos del sujeto y a las necesidades de prevención general positiva.[158] Esto último es lo que sucede en las denominadas causas de exculpación, así como en ciertos casos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible. A saber, en aquellos en los que la conclusión acerca de la invencibilidad no da cuenta de una auténtica incapacidad, sino de una elevada dificultad de conocer el Derecho. Igualmente, en aquellos en los que la conclusión relativa a la inimputabilidad del sujeto no da cuenta de la incapacidad de este de comprender lo ilícito de su conducta o de actuar conforme a tal comprensión, sino de la intensa dificultad de hacerlo.

3.3. La relevancia del carácter y de la conducción de la vida

87 En este punto procede recordar que, como se ha apuntado, caben tres posibles construcciones de la culpabilidad: (i) la kantiana que se basa en la elección actual del sujeto —en la capacidad de hacer lo que se quiere sin coacción exterior—; (ii) la humeana, que se basa en el carácter —temperamento— del sujeto como hecho empírico; y, en fin, (iii) la aristotélica, que se basa en el carácter, pero sólo en la medida en que este es atribuible al sujeto, lo que supone entenderlo como balance provisional de los esfuerzos del agente, en la tensión entre vicio y virtud.[159] De modo general, aquí se parte de que el juicio de culpabilidad requiere la capacidad actual del sujeto, así que en el caso de constatarse su incapacidad, no es posible fundamentar el juicio de culpabilidad con base en su carácter ni en la conducción de su vida. En cambio, cuando el sujeto dispone de la referida capacidad actual, el juicio acerca de si —pese a todo— cabe excluir su culpabilidad penal, atendiendo a su dificultad de orientación por el Derecho desde perspectivas de exigibilidad, sí puede tener en cuenta la conducción de la vida previa del sujeto. En definitiva, en este segundo grupo de casos, el juicio de culpabilidad es un juicio de culpabilidad por el hecho pero que también atiende a la conducción de la vida, en tanto que expresión del actuar responsable del sujeto.

88 Lo anterior implica descartar el modelo de responsabilidad por el carácter. Como ya se anticipó, este sostiene la responsabilidad por la acción realizada por el sujeto en tanto que expresiva de su «ser-así» o «estar-configurado-así».[160] A su vez, el recurso al carácter del sujeto como fundamento del juicio de culpabilidad puede tener pretensiones limitadoras de la responsabilidad en virtud de una elección o fundamentadoras de aquella en ausencia de posibilidad de elección. Lo primero tendría lugar cuando la elección situacional de un

---

[157] *Melendo Pardos* (2002), 609 ss.

[158] Próximo, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 18/6; *Toepel* (2002), 217.

[159] *Duff*, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 149 ss.

[160] *Engisch* (2.ª, 1965), 40 ss., 52-53; *de Figueiredo Días* (1976); *el mismo*, CPC 31 (1987), 5 ss.; *Burkhardt* (1980), 87 ss., 123 ss.; *Herzberg* (2010), 93 ss.; *Schiemann*, ZJS 2012, 774 ss.; *Kaspar* (2014); *Mañalich*, InDret 2/2015, 17; *el mismo*, LH Künsemüller, 2023, 641.

sujeto no refleja su carácter. Lo segundo, cuando la imposibilidad de elegir del sujeto puede identificarse como expresión de su carácter. En esto último puede advertirse que el término «carácter» se entiende aquí en términos empíricos —no ético-políticos—. Es decir, que se hace responsable al sujeto por dimensiones innatas de su carácter, o adquiridas durante la infancia, cuya neutralización no le ha sido posible, pese a sus esfuerzos.

89 Las tesis de la responsabilidad penal con base en la «competencia» por el propio ser defectuoso, incluso cuando este último no le es realmente imputable al autor en virtud de sus conductas previas, expresan la normativización de una responsabilidad por el carácter.[161] En efecto, la amplitud del alcance de la competencia, que solo se excluye por «infortunio o porque tal hecho sea competencia de un tercero» equivale en términos prácticos a aquella concepción.[162] Ahora bien, en este punto la doctrina normativista resulta contradictoria. Por un lado, sostiene que en una sociedad liberal no debe existir razón alguna para prohibir la formación voluntaria de un mal carácter.[163] Además, añade, que en una sociedad liberal no se puede entrar en los detalles del carácter, que son propios de formas de vida más estrechas y de opciones comunitaristas.[164] Sin embargo, al mismo tiempo hace penalmente responsable al sujeto por su obrar defectuoso cuando este es expresión de su carácter o se considera que es de su «competencia».

90 Frente a todo ello, la segunda acepción del término carácter es la propia del pensamiento clásico, que desde Aristóteles lo asocia a la evitabilidad, de modo que tiene un contenido moral-político.[165] Esta parte de la idea, acogida aquí, de que el actuar humano no debe ser considerado de modo estático sino dinámico —diacrónico—, puesto que en principio un sujeto dispone de la posibilidad de ir construyéndose razones y de hacerlas preferentes frente a los deseos en futuros procesos de deliberación y decisión. Con base en ello, sostiene que el agente debe responder por la conducta realizada cuando esta, aunque inevitable en el momento del hecho, se debe a un rasgo defectuoso de su carácter, siempre que este hubiera sido evitable a lo largo de su historia vital previa. A su vez, tal evitabilidad se relaciona con el hecho de que el sujeto ha tomado —o dejado de tomar— decisiones en cuanto al surgimiento o la no evitación de tal defecto. De este modo, la dimensión relevante de su «carácter» se debe a acciones u omisiones previas y responsables, que permiten hablar de que concurre una culpabilidad por la conducción de la vida.[166]

---

[161] *Jakobs* (2008), 200 n. 49, lo plantea justo al revés, señalando que la doctrina de la culpabilidad por el carácter reformula la imputación (social) en términos psicologicistas.

[162] *Jakobs* (1997); *el mismo* (2008), 118-119; *González Rivero* (2003), 298.

[163] *Horder*, L&Ph 12 (1993), 206.

[164] Vacilante, *Duff*, L&Ph 12 (1993), 382-383.

[165] Sobre la base del pensamiento clásico, *H. Frankfurt* (1988), 12 ss., 20; *Searle* (2000), 250: «introducir cierto orden en nuestras vidas y capacitarnos a nosotros mismos a satisfacer la mayoría de nuestras metas a largo plazo mediante la formación de intenciones previas a través de la deliberación».

[166] Próximos *Welzel* (1964), 150-151; *Duff*, L&Ph 12 (1993), 379-380. Como señalan *Ellscheid/Hassemer* (1975), 269, esta es una concepción que se toma en serio el problema de la culpabilidad.

91 Las consideraciones de culpabilidad por la conducción de la vida de un sujeto deben ser determinantes en el juicio moral acerca de cualquiera de sus conductas concretas. Sin embargo, como se ha indicado, aquí se limita la posibilidad de recurrir a ellas en el juicio jurídico-penal de culpabilidad. Ello se debe a razones de congruencia y de coincidencia temporal entre la conducta típicamente antijurídica del sujeto y su culpabilidad. En última instancia, se trata de una consecuencia de la teoría de las normas de conducta que se ha asumido. Ahora bien, si el sujeto muestra capacidad de culpabilidad *in actu*, entonces el juicio acerca de su responsabilidad, además de sus dificultades de orientación por el Derecho en el momento de la conducta, debe tomar en consideración —como elemento del juicio de equidad— la dimensión de culpabilidad por la conducción de la vida. Del mismo modo, puede atender a necesidades de prevención general positiva.

V. LOS CONDICIONANTES DE LA LIBERTAD

1. LA DENOMINADA «MALA SUERTE CONSTITUTIVA»

92 El enfoque realista-crítico acogido aquí pone de relieve que existen razones para partir de la libertad de voluntad.[167] Sin embargo, la misma perspectiva fundamenta también la tesis de que la libertad personal se halla condicionada. Además, en todo caso, permite constatar que el juez humano no puede conocer la exacta medida de la culpabilidad personal. Ciertamente, la libertad personal está condicionada tanto de forma constitutiva como circunstancial. El primer grupo de condicionantes trae causa de la constitución individual de cada ser humano, que se advierte en su corporeidad, esto es, en la herencia genética (ADN) y epigenética, pero que en última instancia es corporal-espiritual. Por su parte, el segundo grupo deriva de la condición social-relacional de la naturaleza humana, que opera, ya desde la primera infancia, en el contexto de la vida familiar.[168] A su vez, la influencia circunstancial crece a medida que la interrelación se hace más intensa, tanto en el plano directamente interpersonal como, de modo indirecto, por la integración en esquemas sociales cada vez más amplios. En fin, en tercer lugar, existe también un «autocondicionamiento». En efecto, el ser humano, imperfecto y abierto a lo social, está igualmente abierto para sí mismo en virtud de la dinámica de sus propias acciones. Esa dinamicidad determina que cada acción tenga un efecto de autorrealización. Por lo tanto, cada persona puede esforzarse por mejorar o también empeorarse a sí misma.

93 La distinción entre situaciones de responsabilidad y de irresponsabilidad tiene su base en la apreciación de que la libertad de un agente puede estar

---

[167] *Silva Sánchez* (2018), 236 ss. En contra, *Lüderssen* (1980), 740, subrayando que la criminalidad es un producto social «y a ello no se adecua el que para la lucha contra tal criminalidad se utilice como instrumento la responsabilidad individualizadora».

[168] *Fischer/Ravizza* (1999), 208 ss.

sujeta a condicionantes de mayor o menor intensidad. Sin embargo, la decisión en cuanto a su repercusión sobre la responsabilidad no se deriva tan solo de la respectiva intensidad. Además, tiene una naturaleza valorativa. En efecto, también toma en consideración cuál es el juicio que merece la fuente de la concreta motivación antijurídica o cuáles serían las consecuencias sociales del reconocimiento de su relevancia. Por ejemplo, el afán desmedido de lucro puede ser un condicionante muy intenso. Sin embargo, es inadmisible aceptarlo, ni siquiera como fundamento de una atenuación de la responsabilidad de quien comete, por ejemplo, un delito de administración desleal de un patrimonio ajeno.

2. LA DENOMINADA MALA SUERTE «CIRCUNSTANCIAL»

2.1. Generalidades

94 La naturaleza social-relacional del ser humano produce una apertura esencial de cada uno a las influencias de los demás. Esta, por su parte, determina que ni el mérito ni el demérito deban ser atribuidos de modo exclusivo a la persona individual. En efecto, existen influencias buenas y malas, igual que climas colectivos de virtud o de vicio. Así, un niño puede ser educado en un ambiente de respeto y solidaridad, o corrompido en un entorno de maltrato físico y degradación moral. Pues bien, unos y otros favorecen, respectivamente, la realización de actos buenos o malos. En lo que aquí interesa, dan lugar a que en todo hecho delictivo exista una dimensión de corresponsabilidad social, aunque esta no conlleve la eliminación de la responsabilidad individual, salvo en casos extremos.[169]

95 En este punto resulta fácil observar la paradoja de que todos pretendemos hallar excusas para nuestros desafueros, al tiempo que se las negamos a los demás. Del mismo modo, nos atribuirnos en exclusiva nuestros hechos meritorios, mientras que los ajenos solemos atribuirlos, en mayor o menor medida, a la suerte. Ahora bien, aunque el egoísmo del mérito haya calado en las sociedades occidentales —tanto o más que el individualismo del demérito—, es necesario reconocer también la corresponsabilidad social por los méritos personales.[170] En ciertos contextos la influencia positiva o negativa de los demás tiene lugar de forma clara y directa. Un ejemplo evidente es el de la familia, mientras los hijos se encuentran en la edad infantil y juvenil, o la de determinadas personas —mentores, amigos concretos— durante la edad adulta. Sin embargo, también se produce de forma difusa en virtud de la actuación en un grupo o bien por las propias estructuras generales de la sociedad.[171]

---

[169] La crisis del Estado del bienestar parece estar generando una intensificación de la imputación individualizadora. Así, hay quienes hablan de un «Derecho penal del neoindividualismo» que discurriría de modo paralelo al neoliberalismo: así, *Günther/Prittwitz*, FS Hassemer, 2010, 333.

[170] *Sandel* (2020).

[171] *Seelmann* (2002), 17 ss.; *el mismo* (2004), 91.

2.2. Las actuaciones en masa, o en grupos y organizaciones ilícitas

96 Algunas de las influencias cognitivas y volitivas que tienen lugar como consecuencia de la pertenencia a un grupo social y de la actuación en su seno han sido objeto de un estudio detallado. Así, por ejemplo, la actuación en masa, al igual que en el marco de grupos subculturales juveniles o de adultos. Esto ha permitido advertir que la actuación individual en el ámbito de un colectivo, aunque la organización de este sea informal, da cuenta de importantes sesgos cognitivos y, además, queda sometida a las reglas de la dinámica de grupos.[172] Salvando las distancias, sucede aquí lo mismo que en el ámbito de la macrocriminalidad.[173] Así, desde el punto de vista de la antijuridicidad, con frecuencia cabe que la conducta derivada de tales interacciones sea más grave. Sin embargo, en el juicio de culpabilidad se advierte que los factores concurrentes disminuyen de modo notable la representación de las normas, los frenos inhibitorios y el sentido de responsabilidad.

2.3. La actuación en organizaciones formales lícitas: empresas, administración pública

97 En las organizaciones formales lícitas —empresas, administraciones públicas— no es infrecuente que se generen «actitudes criminógenas de grupo».[174] En el caso de las actividades económicas, el generador de tales actitudes es el objetivo de la obtención del lucro a toda costa; en cambio, en las organizaciones públicas, se trata de la tendencia al abuso del poder que se ejerce. Aquí interesa solo el hecho de que, en el contexto de colectivos caracterizados de ese modo, cabe que se produzca una disminución de la culpabilidad. Ciertamente, en un contexto así el sistema de normas del Derecho y el de la moral personal entra en colisión con los códigos informales que rigen el grupo, lo que provoca que el sujeto acabe formándose un código sintético propio. Con ello, la conciencia de la antijuridicidad de la propia conducta disminuye. En el plano volitivo, los frenos inhibitorios de las personas individuales disminuyen, en primer lugar, por la apariencia de que se actúa impulsado por motivos altruistas, y no egoístas; además, por la posibilidad de una desviación de la responsabilidad moral «hacia arriba», hacia quien imparte las órdenes. Asimismo, la necesidad de adaptación al medio e incluso la rutina contribuyen a la neutralización de la conciencia moral. En fin, la distancia —en el tiempo y en el espacio— que medie entre la actuación del autor y la afectación de una víctima determinada constituye un factor adicional de desinhibición.[175]

---

[172] *Silva/Varela* (2013), 279 ss.; *Íñigo Corroza*, LH Silva Sánchez, 2019, 457 ss.

[173] *Jäger*, MschrKrim 63 (1980), 358 ss.; *el mismo* (1985); *el mismo*, StV 1988, 172 ss.; *el mismo* (1989).

[174] *Schünemann* (1979), 22; *Silva Sánchez* (2015), 125 ss., 241 ss.; *Hoven* (2017), 329 ss.; *Mongillo* (2018), 209 ss.

[175] *Schünemann* (1979), 5; *Heine* (1995), 49; *Rotsch* (1998), 23 ss. Los experimentos de Stanley Milgram (1933-1984) pusieron de relieve que el 85 % de las personas, cuando se encuentran en un contexto jerárquico, tienden a obedecer las órdenes que reciben, aunque les parezcan aberrantes,

2.4. La diversidad cultural

98 La cuestión cultural tiene una proyección transcategorial sobre la teoría del hecho punible. Sin embargo, muestra particular relevancia en el ámbito sistemático de la culpabilidad.[176] En la discusión internacional sobre este punto, se ha difundido la referencia a una controvertida «eximente cultural», a partir de su admisión en algunos casos por los tribunales norteamericanos.[177] Ahora bien, procede subrayar que esta comprende situaciones muy diversas que, a su vez, deben ubicarse en niveles distintos de la teoría del delito. A este respecto, ya el Derecho español de Indias preveía atenuaciones de responsabilidad para los indígenas americanos, entendidos literalmente como «*personae miserabiles*», es decir, dignas de compasión.[178] Desde entonces, y con base en fundamentos muy diversos —cuyo denominador común es una desigualdad cognitiva o volitiva de origen cultural— es posible aludir, en sentido amplio, a la admisión de una defensa cultural —eximente o atenuante— por parte de los órganos judiciales en el marco de diversas legislaciones. En la legislación española, los preceptos en los que esta se puede ubicar son los relativos a las eximentes completas e incompletas relativas a la alteración de la percepción (art. 20.3.° CP), al error de prohibición (art. 14.3 CP) y al miedo insuperable (art. 20.6.° CP).

2.5. El denominado «entorno social corrompido»

99 Una situación de extrema miseria socioeconómica o moral-cultural puede tener efectos de exclusión o atenuación de la culpabilidad. A este respecto, la doctrina angloamericana ha acuñado la expresión relativa a la influencia de un «entorno social corrompido».[179] Sin embargo, en este punto es preciso reiterar la necesidad de efectuar una distinción importante, que no aparece con claridad en las formulaciones doctrinales. Por un lado, en situaciones como las mencionadas puede producirse ciertamente una afectación de las facultades cognitivas o volitivas que puede conducir a una disminución de la culpabilidad.[180] De hecho, cabe apreciar una parcial coincidencia entre estos casos —de embrutecimiento, encanallamiento— y las situaciones a las que

---

pues se genera un desplazamiento de la responsabilidad hacia el que imparte tales órdenes: *Milgram*, Journal of Abnormal and Social Psychology 67 (1963), 371; *el mismo* (1974).

[176] *Bernardi*, LH Marinucci, I, 2006, 45 ss.; *el mismo* (2010); *de Maglie*, LH Marinucci, I, 2006, 215 ss.; *la misma* (2012); *Basile* (2010), 382 ss.

[177] En el original inglés, «*cultural defense*». *Basile* (2010), 262 ss.

[178] *Andrés/Amezua*, RHD 45 (2013), 245 ss.

[179] En inglés, «*rotten social background*». También se alude a la existencia de una «toxicidad del medio social», regido por la violencia y por comportamientos aberrantes, que va contagiando cada vez a más personas.

[180] *Bazelon*, Southern California L. R. 49 (1976), 385 ss., 1269 ss; *Delgado*, Law and Inequality 3 (1985), 9 ss.; *el mismo*, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 19-20. Críticos con esta construcción, *Morse*, Southern California L. R. 49 (1976), 1247 ss.; *el mismo*, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 147 ss.; *Green*, U. Chicago L. F. 2010, 54 ss., 59 ss.; *Robinson*, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 53 ss.

se refiere la eximente española de «alteración de la percepción» (*cfr. infra* capítulo 24/25). Ahora bien, por otro lado, con independencia de sus efectos cognitivos y volitivos sobre la persona concreta, esas situaciones dan cuenta de un incumplimiento por parte de la comunidad política y, en última instancia, del Estado de los deberes que le incumben como consecuencia de la posición de garante que ostenta. Esta última es una cuestión que debe examinarse en el ámbito sistemático de la punibilidad.

2.6. El «adoctrinamiento coactivo»

100 El lavado de cerebro, esto es, el adoctrinamiento de una persona,[181] no impide que esta sepa lo que está haciendo, ni siquiera que lo que está haciendo es contrario a Derecho. En cambio, sí afecta a la capacidad de orientarse por ese conocimiento. En efecto, el adoctrinamiento opera como «contranorma», pudiendo alcanzar una intensidad superior a la de la norma jurídica e incidiendo sobre el comportamiento del autor del delito. Sentado esto, el adoctrinamiento voluntario no deja de ser expresión de los cambios de identidad moral que se pueden producir a lo largo de la vida. De ser así, no tiene repercusión en la culpabilidad. En cambio, cabe que un adoctrinamiento coercitivo sí la tenga. Pueden darse ejemplos de ello en los casos de personas secuestradas durante largo tiempo por organizaciones criminales; a este respecto, resulta singularmente dramático el caso de los niños guerrilleros.[182] Por lo demás, el adoctrinamiento más o menos coactivo también se da en otros contextos de «comunidades alternativas» o en sectas. En algunos de estos casos es posible constatar asimismo el elemento, ya mencionado, de la falta de protección del Estado.

2.7. La influencia de las tecnologías de la información y de la comunicación

101 La determinación de la medida de la influencia de las tecnologías de la información y de la comunicación sobre la culpabilidad de las personas requerirá la realización de investigaciones empíricas en los próximos años. Adicionalmente, la valoración de esa influencia y de los posibles deberes de sutraerse a ella exigirá investigaciones filosóficas y jurídicas. Sin embargo, ya es posible identificar algunos fenómenos de limitación cognitiva y volitiva. Más allá de las adicciones tecnológicas, a las que se aludirá más adelante, aquellos dan cuenta de la creciente fragmentación social, derivada de la «vida en redes» sociales y de la personalización de internet. En efecto, esta idea designa el hecho de que cada persona se mueve en un entorno limitado de redes sociales, que elige en virtud de consideraciones de gustos o de afinidad. Así, en la «vida digital» se van produciendo «burbujas epistémicas», derivadas del bloqueo de fuentes de infor-

---

[181] En inglés, la «*coercive indoctrination*».

[182] *Robinson*, Alabama C.R. & C.L. L. R. 2 (2011), 53 ss.

mación alternativas, que operan como «cámaras de eco».[183] Esto se ve, a su vez, crecientemente reforzado por la programación de los denominados «algoritmos de recomendación», crecientemente personalizados, de las grandes empresas tecnológicas. En definitiva, todo ello va condicionando los procesos cognitivos y volitivos de cada persona singular, dando lugar, entre otros muchos sesgos, a la denominada «cognición cultural». Es decir, a una mediación ideológica de la aproximación cognitiva a la realidad. En este contexto, en el que la realidad desaparece del marco mental de las personas, es en el que se produce la incidencia de la denominada «posverdad». Resulta bastante obvio que la interacción con la inteligencia artificial generará problemas crecientes en esta línea.

2.8. Los sistemas sociales y políticos de injusto

La influencia del sistema social y político sobre las aproximaciones a la rea- 102
lidad resulta todavía superior cuando cabe advertir la incidencia de las denominadas —en términos teológicos— «estructuras de pecado». En efecto, esta expresión, traducida al lenguaje del Derecho penal, puede identificarse con la referencia a estructuras de ilícito que generan un «injusto sistémico».[184] Lo característico de ellas es la ubicuidad de determinadas formas de criminalidad que además traen causa de procesos sociales. Obviamente, en la génesis de tales estructuras y procesos sociales se da, a su vez, una sucesión de hechos de sujetos individuales. Del mismo modo que las estructuras de pecado de la teología moral resultan de la acumulación y concentración de pecados personales, toda situación de injusto sistémico se puede retrotraer a la comisión de injustos individuales de modo sucesivo y generalizado. Sin embargo, lo relevante ahora es que, una vez establecidas, tales estructuras incentivan el comportamiento injusto personal creando para él un aura de normalidad y legitimidad. Ello hace difícil para las personas concretas el abstenerse de cometerlo —incluso en el caso de delitos contra bienes intrínsecos—.[185] Así pues, la consecuencia es que el sujeto individual que comete el delito no puede ser caracterizado como plena y exclusivamente responsable de él.[186] Por el contrario, desde la concreta perspectiva del Derecho penal, las nociones de «injusto sistémico» y de «culpabilidad colectiva» —esta última, mencionada con frecuencia en el Derecho penal internacional—[187] deben producir un cierto efecto distributivo. En concreto, pueden tener un efecto de atenuación sobre la culpabilidad individual.[188]

---

[183] *Presno Linera* (2022), 52 ss., 69.

[184] *Lampe* (2003), 97 ss.; *Pereira Garmendia* (2016), 119 ss.

[185] El ejemplo de los crimes del nacionalsocialismo es evidente: *Jäger* (1989). Sin embargo, lo mismo puede decirse de los cometidos por los hutus contra los tutsis en Ruanda a partir de 1994; y de tantos otros.

[186] *Vest*, ZStW 113 (2001), 470 ss.; *Seelmann* (2002), 19; *el mismo* (2006), 143; *el mismo* (2013), 220; Günther/*Prittwitz*, FS Hassemer, 2010, 346 ss.

[187] En inglés: «*collective guilt*».

[188] A favor de una atenuación de la pena en el sujeto individual, *Fletcher*, Yale L. J. 111 (2002), 1542-1543; *el mismo*, Theoretical Inquiries in Law 5 (2004), 163 ss.; *Pereira Garmendia* (2016), 477 ss., 483; *Mongillo* (2018), 209 ss. En contra, *Morris*, Notre Dame L. R. 78 (2003), 745 ss., 748.

LA MINORÍA DE EDAD PENAL

Bibliografía seleccionada: Además de la referida al inicio de este capítulo, *Alastuey Dobón*, El Derecho penal de menores, LH Cerezo Mir, 2002, 1532; *Álvarez García*, Política criminal de menores, CPC 87 (2006), 23; *Arnett* (ed.), The Oxford Handbook of Moral Development, 2020; *Aronson*, Neuroscience and Juvenile Justice, Akron L. R. 42 (2009), 917; *Ashworth*, Positive Obligations in Criminal Law, 2013; *Barquín Sanz*, Ley penal del menor: una historia de reformas, en: AA.VV., El menor como víctima y victimario de la violencia social, 2010, 3; *Bausch*, Die Berücksichtigung der individuellen Entwicklung bei der Auslegung strafrechtlicher Normen am Beispiel des dolus eventualis, 2020; *Boldova Pasamar*, Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español, LH Cerezo Mir, 2002, 1550; *Brink*, Immaturity, Normative Competence, and Juvenile Transfer, Texas L. R. 85 (2004), 1555; *el mismo*, The Moral Asymmetry of Juvenile and Adult Offenders, CL&Phil 14 (2020), 223; *Bustos Ramírez*, Imputabilidad y edad penal, LH Beristain, 1989, 471; *el mismo*, Derecho penal del niño-adolescente, 2007; *Cámara Arroyo*, Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad, ADPCP 2014, 239; *Cano Paños*, ¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil?, ADPCP 2004, 285; *el mismo*, ¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil?, RECPC 13 (2011), 1; *Cantarero Bandrés*, Delincuencia juvenil y sociedad en transformación, 1988; *Cardenal Montraveta*, La responsabilidad penal de los menores, 2020 (2.ª, 2022); *Carroll*, Brain Science and the Theory of Juvenile Mens Rea, NCLR 94 (2016), 539; *Castro Morales*, Hallazgos de la neurociencia sobre la maduración del cerebro de los adolescentes, LH Ortiz Quiroga, 2020, 563; *Cervelló/ Colás*, La responsabilidad penal del menor de edad, 2002; *Corcoy Bidasolo*, Responsabilidad penal de los menores. En particular, disfunciones en supuestos de participación delictiva conjuntamente con adultos, en: Sola *et al.* (eds.), Derecho penal y psicología del menor, 2007, 263; *Couso Salas*, ¿Perpetran homicidios calificados los adolescentes?, LH Ortiz Quiroga, 2020, 539; *Cruz Blanca*, Derecho penal de menores, 2002; *Cruz Márquez*, Educación y prevención general en el Derecho penal de menores, 2006; *Cuello Contreras*, El nuevo Derecho penal de menores, 2000; *el mismo*, Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo, RECPC 12 (2010), 1; *Feijóo Sánchez*, en: Díaz-Maroto/Feijóo/Pozuelo, Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 2.ª, 2019, 250; *el mismo*, Responsabilidad y prevención en el Derecho penal de menores, LH Luzón Peña, I, 2020, 639; *el mismo*, Bases dogmáticas de la responsabilidad penal de los menores, en: AA.VV., Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor, 2021, 317; *Feld*, The Youth Discount: Old Enough to Do the Crime, Too Young to Do the Time, Ohio S. J. C. L. 11 (2013), 107; *Fernández Molina*, Edad, delincuencia y respuesta penal, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 173; *Frehsee*, Strafreife — Reife des Jugendlichen oder Reife der Gesellschaft?, FS Schüler-Springorum, 1993, 379; *García Pérez*, Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil, RDPC 3 (1999), 33; *el mismo*, Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil, 2019; *Gómez Rivero* (ed.), Comentarios a la Ley penal del menor, 2007; *González Cussac/ Cuerda Arnau*, Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas, en: Tamarit *et al.* (eds.), Justicia penal de menores y jóvenes, 2002, 79; *González Tascón*, El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea, 2010; *Gruber/ Yurgelun-Todd*, Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?, Ohio St. J. C. L. 3 (2006), 32; *Guerrero*, Children, Political Power, and Punishment, The Journal of Ethics 24 (2020), 269; *Hefendehl*, Täter und Opfer bei kindlicher Gewaltkriminalität, JZ 2000, 600; *Hernández Basualto*, El nuevo Derecho penal adolescente y la necesaria revisión de su teoría del delito, RD 2 (2007), 197; *Howard*, Yaffe on Democratic Citizenship and Juvenile Justice, CL&Phil 14 (2020), 241; *Jakobs*, Der Kern der Gesellschaft ist getroffen, KritV 1996, 320; *Jiménez Díaz*, Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores, REDPC 17 (2015), 1; *Lenis Sanín*, El sistema de responsabilidad penal de menores, 2014; *López Moratalla*, El cerebro adolescente, 2019; *Lüderssen*, Ist Vorsatz bei Jugendlichen dasselbe wie

bei Erwachsenen?, en: el mismo, Rechtsfreie Räume?, 2012, 149; *Märker*, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern, 1995; *Maher*, Age and Criminal Responsibility, Ohio St. J. C. L. 2 (2005), 493; *Martín Cruz*, Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad por razón de edad, 2004; *Mischel/Ebbesen/Raskoff Zeiss*, Cognitive and Attentional Mechanisms in Delay of Gratification, Journal of Personality and Social Psychology 21 (1972), 204; *Morse*, Against the Received Wisdom: Why the Criminal Justice System Should Give Kids a Break, CL&Phil 14 (2020), 257; *Navarro Frías*, El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores, en: Sola *et al.* (ed.), Derecho penal y psicología del menor, 2007, 99; *Northrop/Rozan*, Kids Will Be Kids: Time for a Reasonable Child Standard for the Proof of Objective Mens Rea Elements, Maine L. R. 69 (2017), 109; *Orce*, Culpabilidad de los menores, en: Montealegre/Caro John (eds.), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, 2008, 441; *Paredes Castañón*, El principio del interés del menor en Derecho penal: una visión crítica, RDPC 10 (2013), 155; *Pérez Machío*, El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, 2007; *Pérez del Valle*, ¿Derecho penal de menores como Derecho penal?, CPC 98 (2009), 101; *Piaget*, Le jugement moral chez l'enfant, 1932; *Portilla Contreras*, Fundamentos teóricos de una alternativa al concepto tradicional de inimputabilidad del menor, en: AA.VV., Protección jurídica del menor, 1997, 103; *Pozuelo Pérez*, Un futuro del Derecho penal juvenil: de un Derecho penal de menores a un Derecho penal de adultos, InDret 1/2009, 1; *la misma*, Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad, REDF 21 (2013), 132; *la misma*, Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente, InDret 2/2015, 1; *la misma*, Poena sine culpa? Cuando las medidas se convierten en penas por el mero transcurso del tiempo, InDret 2/2020, 171; *Sánchez García de Paz*, Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil, 1998; *Sánchez Vilanova*, Responsabilidad de los delincuentes juveniles a la luz de la neurociencia, Revista de Derecho y Genoma Humano 47 (2017), 201; *Scott et al.*, Young Adulthood as a Transitional Legal Category, Fordham L. R. 85 (2016), 641; *Silva Sánchez*, El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997; *Stefanopoulou*, Eventualvorsatz im Jugendstrafrecht, HRRS 7/2021, 301; *Steinberg*, Risk Taking in Adolescence, Current Directions in Psychological Science 16 (2007), 55; *Thomas*, Reckless Juveniles, U. C. Davis L. R. 52 (2019), 1665; *Valenzuela*, La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil, REJ 11 (2009), 235; *Wolfslast*, Strafrecht für Kinder?, FS Bemman, 1997, 274; *Yaffe*, The Age of Culpability, 2018; *el mismo*, Psychological and Political Contributors to Criminal Culpability: Reply to Brink, Howard and Morse, CL&Phil 14 (2020), 273; *el mismo*, Legal Reasons, Legal Desert, Legal Culpability: Reply to Guerrero, Kelly and Mendlow, The Journal of Ethics 2020, 295.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE COMO AGENTES MORALES

1.1. Generalidades

El niño, a medida que desarrolla sus capacidades cognitivas, volitivas y emo- **103**
cionales, se va configurando progresivamente como agente moral. Este es un proceso de maduración gradual, que además no se produce del mismo modo en todos los casos. En primer lugar, ya en lo que hace a sus procesos cognitivos, los niños y adolescentes son agentes morales limitados. Por un lado, en sus primeros años no poseen siquiera un conocimiento de leyes de experiencia con base en el que prever las consecuencias físicas de sus actos. Además, aun adquirido aquel, en los años posteriores siguen careciendo del bagaje ético-social que les permita considerar las consecuencias morales de su obrar. En efecto, hasta el momento en que alcanzan cierta edad no desarrollan

un sistema de razones de segundo orden que permita evaluar críticamente los propios impulsos —motivos de primer orden—.[189] Únicamente entonces adquieren la suficiente capacidad de reflexión y distancia con respecto a sí mismos, como para que pueda afirmarse que afrontan el mundo desde una perspectiva normativa.

104 En segundo lugar, sobre todo, los niños y adolescentes son agentes morales limitados por causas volitivas. Así, aunque hayan desarrollado la capacidad de efectuar un juicio moral, unos y otros muestran debilidad de voluntad, en medida diversa. Es decir, no tienen suficiente autocontrol.[190] En algunos casos, ello se debe a la impulsividad de sus actos, con la consiguiente falta de tiempo para introducir razones en el proceso de adopción de la decisión. Sin embargo, incluso cuando disponen de más tiempo para realizar un juicio moral, en ellos acaba prevaleciendo muchas veces la posibilidad de obtener una compensación inmediata. Al respecto, existen experimentos clásicos, llevados a cabo por los investigadores del comportamiento, como el de «la golosina»[191] —malvavisco o nube—.[192] Concretamente, en este se les ofrecía a los niños que eligieran entre obtener una gratificación inmediata —la golosina que se colocaba sobre la mesa—, o recibir dos si esperaban unos quince minutos, durante los que se les dejaba solos en la habitación. Pues bien, muchos de ellos no lograban esperar. Más allá de la discusión científica sobre el experimento, en lo que aquí interesa este mostró que los circuitos de recompensa operan en los menores de un modo que dificulta la posposición de la satisfacción de los deseos. Paralelamente, cabe advertir que en ellos tiende a posponerse lo arduo o dificultoso, lo que da lugar al fenómeno conocido como procrastinación. Desde luego, todo lo anterior no significa que tal debilidad de voluntad —la acrasia— se dé en todos los niños, ni que no existan adultos acrásicos. Por el contrario, algunos niños pueden no tenerla, y es patente que muchos adultos sí la manifiestan. Sencillamente, pretende poner de relieve que, como consecuencia de la inmadurez, la impulsividad y los déficits de autocontrol son por regla general mayores en los niños y adolescentes que en los adultos, por mucho que quepa advertir signos crecientes de infantilización también en estos últimos.

1.2. La susceptibilidad a las influencias del medio

105 La fuerza de voluntad no es algo que se posee o no, sino que su formación constituye un proceso diacrónico, que además no tiene lugar en soledad. En

---

[189] *Horder*, Cambridge L. J. 52 (1993), 301; *Gruber/Yurgelun-Todd*, Ohio St. J. C. L. 3 (2006), 32 ss.; *Pozuelo Pérez*, InDret 2/2015, 1-2.

[190] En las últimas décadas se han obtenido múltiples evidencias neurológicas al respecto: *Aronson*, Akron L. R. 42 (2009), 921 ss.; *Pozuelo Pérez*, InDret 2/2015, 7; *Moore* (2016), 205; *Sánchez Vilanova*, Revista de Derecho y Genoma Humano 47 (2017), 201 ss.; *Castro Morales*, LH Ortiz Quiroga, 2020, 566 ss.; *Fernández Molina*, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 176 ss.

[191] En inglés: «*marshmallow experiment*».

[192] *Mischel/Ebbesen/Raskoff Zeiss*, Journal of Personality and Social Psychology 21 (1972), 204 ss.

efecto, es clara la influencia social sobre tal configuración, de modo que un contexto que facilita la progresiva introducción de límites normativos produce un efecto de educación de la voluntad. En cambio, la ausencia de internalización de un sistema de normas —la anomia— determina que esto último se haga casi imposible. Así, en la familia cabe iniciar una educación de la voluntad, de modo especialmente prometedor, pues el entorno de cariño mutuo lo facilita. Simultáneamente, en la escuela puede tener lugar también una educación orientada al control de los impulsos. Ahora bien, pese a la insistencia de los expertos en la importancia de una «intervención temprana», lo cierto es que la tendencia a la deslegitimación de la autoridad de los padres y los profesores no contribuye en absoluto a ello. Por su parte, el factor grupal —la pandilla infantil y juvenil— puede constituir un factor favorable o contrario a la formación de la voluntad; en efecto, el argumento tradicional relativo a la influencia de las buenas y las malas compañías sigue manteniendo toda su vigencia. Ello se debe a que la dificultad de control de los propios impulsos que presentan los niños y los adolescentes les hace especialmente sensibles a las influencias —en nuestros días, especialmente agresivas— del entorno. Un ejemplo es el de los impulsos consumistas, que, unidos a su exacerbación por una publicidad invasiva, así como a la incidencia del grupo, pueden contribuir a explicar un fenómeno juvenil como es el del hurto en grandes almacenes. Otro ejemplo es el del denominado «incivismo»,[193] que constituye uno de los problemas fundamentales de la delincuencia juvenil y en cuya comisión resulta decisivo el factor grupal. En realidad, se trata de conductas de vandalismo, que afectan sobre todo al mobiliario urbano, pero que también inciden sobre los bienes de particulares.

2. LOS MENORES Y EL DERECHO

2.1. La capacidad de obrar jurídicamente

La edad biológica no marca siempre el grado de maduración personal alcanzado por una persona. Sin embargo, la atribución a un sujeto de la capacidad de obrar jurídicamente no se produce de un modo gradual, asociado a su maduración, sino que se vincula a la edad, que establece fronteras rígidas, y a la institución jurídico-civil de la emancipación. Esto, además, puede variar en función de las diversas legislaciones estatales. Por ejemplo, en España la plena capacidad de obrar con efectos jurídicos se obtiene a los dieciocho años (art. 240 CC español), igual que la plena capacidad política (art. 12 CE). Los menores de edad solo pueden otorgar negocios jurídicos relevantes —matrimonio, compraventa— cuando han superado los dieciséis años y, 106

[193] En inglés, «*anti-social behaviour*» (realización de conductas antisociales). Esta figura ha dado lugar a un instrumento de política jurídica característico del Reino Unido: las llamadas ASBOS («*anti-social behaviour orders*»). Estas son actos administrativos en cuya virtud se imponen obligaciones de conducta a los adolescentes incívicos, cuya vulneración puede dar lugar a la imputación de un delito de desobediencia.

adicionalmente, han obtenido la emancipación (art. 241 CC español). Por debajo de esa edad únicamente se les permite otorgar negocios jurídicos de poca relevancia, en materias que les son propias conforme a los usos sociales. Con todo, los mayores de catorce años pueden testar (art. 663 CC español) y, asimismo, pueden portar determinadas armas de fuego, con autorización especial.[194] En cambio, el consumo de alcohol y de tabaco está prohibido a los menores de dieciocho años.

2.2. La cuestión en Derecho penal

2.2.1. La maduración del niño y la teoría del delito

107 La edad del sujeto activo de un hecho lesivo de bienes jurídico-penales adquiere relevancia al menos desde dos perspectivas distintas. Por un lado, desde la propia de la teoría del delito, para determinar si efectivamente ha cometido un hecho punible. Por otro lado, desde la propia de la teoría de la pena, en cuanto a establecer, por un lado, cuál es el castigo que merece y, por el otro, cuál es apropiado —equitativo, eficaz y oportuno— para él. En efecto, la teoría del delito toma en consideración que en una primera fase de la infancia se va dando un progresivo control sobre los movimientos corporales. Más adelante, como ya se ha indicado, los niños experimentan un proceso de maduración psicológica que tiene incidencia tanto en el plano cognitivo —de leyes causales, convenciones y normas—, como en el volitivo y emocional —subordinación de los impulsos a las razones de segundo orden—.

108 Así, por ejemplo, si un niño de pocos meses, al intentar gatear por el suelo o ponerse de pie, pierde el control de sus músculos y rompe un jarrón, lo razonable es excluir ya el propio carácter de acción de su movimiento corporal, pues le falta la voluntariedad básica. En otros casos, aunque el niño ya vaya controlando sus movimientos, es posible que carezca de la capacidad de evitación de un determinado resultado. Por ejemplo, por faltarle la fuerza física para ello. En tal caso, producido un daño, hay que rechazar la desaprobación jurídica de su conducta. En fin, un niño algo mayor puede desconocer todavía los efectos que conlleva en términos causales la realización de un determinado movimiento: por ejemplo, la utilización de un instrumento cortante. En tal caso, debe negarse la imputación subjetiva. Lo anterior pone de relieve que, para la teoría del delito, la edad del agente no es relevante solo desde la perspectiva de la culpabilidad, esto es, de la posibilidad de dirigirle un reproche. Por el contrario, lo es también en niveles sistemáticos previos, como son los de la acción, la tipicidad objetiva y la imputación subjetiva. Además, como luego se verá, asimismo resulta relevante en niveles sistemáticos posteriores.

---

[194] Así, el art. 109 del Reglamento de Armas (R. D. 137/1993, de 29 de enero, modificado por el R.D. 726/2020, de 4 de agosto).

2.2.2. *Las fronteras objetivas de edad*

2.2.2.1. *Planteamiento*

109 En general, todo lo que se acaba de señalar es obviado en los análisis jurídico-penales. Ello se debe a que los sistemas legales suelen establecer fronteras objetivas, vinculadas a una determinada edad temporal, para la intervención del Derecho penal en el caso de comportamientos de menores. En muchos ordenamientos legales —entre ellos, el español— esa frontera es la de los catorce años. Dicho límite responde a dos clases de razones normativas: por un lado, las que se asocian a los mencionados fenómenos psicológico-individuales; por otro, las vinculadas a consideraciones jurídico-políticas. Desde luego, puede pensarse que la exención de responsabilidad de los menores de catorce años no tiene que ver con el grado de madurez alcanzado por el sujeto y su consiguiente capacidad para recibir el reproche jurídico por lo que ha realizado. Ciertamente, la asimetría moral entre jóvenes y adultos no es categorial, sino gradual.[195] Además, el grado de madurez es una cuestión individual. Sin embargo, también cabe llevar a cabo algunas generalizaciones. En efecto, la mente del niño menor de catorce años puede ser, en cuanto a la cognición de los hechos y del Derecho, igual que la del adulto, al menos en determinados ámbitos. En cambio, su capacidad de autocontrol —de formar una voluntad de segundo orden conforme al Derecho— es, por regla general, claramente inferior.[196]

110 Con todo, está claro que en la mayoría de los casos de niños mayores de siete u ocho y menores de catorce años la mera consideración de su debilidad de voluntad no podría conducir a la exención total de pena. En otras palabras, un adulto que tenga la misma dificultad de autocontrol que un menor de catorce años no será considerado plenamente irresponsable. Ahora bien, en el adulto ello puede sostenerse apelando a una defectuosa conducción de la vida. En cambio, en el caso de un adolescente, tal cosa implicaría hacerle responsable por un carácter todavía susceptible de asentarse, sin haber tenido una oportunidad equitativa de haberlo configurado mediante actos libres. Como se advierte, en el caso del menor, al dato estrictamente empírico-psicológico —su inmadurez, mayor o menor— se le superponen consideraciones jurídico-políticas que conducen a rechazar su responsabilidad.

2.2.2.2. *La cuestión político-jurídica*

111 Por eso debe concluirse que las fronteras rígidas de exclusión de la responsabilidad penal vinculadas a una determinada edad se deben a consideraciones de política del Derecho penal.[197] Estas, a su vez, guardan relación con aspectos

---

[195] *Brink*, CL&Phil 14 (2020), 223; *Morse*, CL&Phil 14 (2020), 257 ss.

[196] *Wolfslast*, FS Bemman, 1997, 278, 282.

[197] Así, *Yaffe* (2018), frente al enfoque de las «capacidades», que postula *Morse*, CL&Phil 14 (2020), 257.

de pasado, de presente y de futuro. En cuanto al pasado, la idea central es que la comisión del hecho antijurídico por el menor expresa también, de algún modo, un fracaso del conjunto de la sociedad en el proceso educativo. Por tanto, se asume una cierta corresponsabilidad social por aquel injusto.[198] La consideración de presente es esencialmente política: los niños no son ciudadanos plenos.[199] Dado que no votan, tampoco tienen —salvo en el caso del núcleo de los delitos *mala in se*— la misma obligación política de obedecer las normas. Por ambas razones, el injusto de un menor de edad, aunque retributivamente merezca pena, genera menores necesidades de estabilización punitiva que el mismo injusto cometido por un adulto.[200]

112 En lo relativo al futuro, el criterio rector es la opción preferente por medios distintos del punitivo para afrontar la estabilización de la norma vulnerada y de la confianza social en su eficacia. Por un lado, por medios fácticos —de intervención protectora del menor frente al medio en que este se mueve y de refuerzo de sus procesos de maduración—. Por otro lado, por medios comunicativos —intensificación de la educación y de la transmisión de valores—. Este criterio rector guarda relación, por lo demás, con la evidencia empírica acerca de la especial probabilidad de éxito que tienen tales mecanismos en el caso de los niños y adolescentes. En definitiva, se opta por una prevención especial y por una comunicación no punitivas, lo que tiene una base adicional en la convicción de que es mejor no estigmatizarles, algo que favorecería la aparición en ellos de estrategias de neutralización.

3. LA CONTROVERSIA SOBRE LA FRONTERA DE LA MINORÍA DE EDAD PENAL

113 Lo que ha ido variando al paso de los cambios socioculturales, y de la mayor o menor acentuación de las tres premisas mencionadas, es la edad en la que se establece la frontera absoluta para la intervención del Derecho penal. Progresivamente, esta se ha ido fijando en torno a los catorce años. Así, el menor de esta edad que comete un hecho penalmente antijurídico y lo hace culpablemente podría reunir todos los requisitos cognitivos y volitivos básicos para que le sea dirigido un cierto reproche, en medida por determinar. Sin embargo, no accede al ámbito de la jurisdicción penal, sino que es sometido al régimen jurídico-civil de protección de menores. Ciertamente, lo anterior no impide que en todos los países de nuestro entorno cultural exista una constante controversia sobre si debe rebajarse la minoría de edad penal.[201] En concreto, un

---

[198] *Wolfslast*, FS Bemman, 1997, 286-287; *Silva Sánchez* (2018), 236 ss.

[199] *Yaffe* (2018); *el mismo*, CL&Phil 14 (2020), 273 ss.; *el mismo*, The Journal of Ethics 2020, 295.

[200] Similar, *Feijóo Sánchez*, LH Luzón Peña, I, 2020, 643 ss., quien sin embargo concluye que no genera ninguna.

[201] Al respecto, *Frehsee*, FS Schüler-Springorum, 1993, 379 ss.; *Wolfslast*, FS Bemman, 1997, 274 ss.; *Cano Paños*, ADPCP 2004, 285 ss. Proponiendo su revisión para algunos casos de «carreras criminales» tempranas, *Fernández Molina*, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 184 ss.

sector doctrinal sostiene la posición de que todos los mayores de doce años que presuntamente hayan cometido hechos típicamente antijurídicos accedan a la jurisdicción penal de menores. Esta posición arguye razones de prevención general, frente a las de prevención especial positiva y de protección del menor que cabe esgrimir en sentido contrario. En todo caso, debe precisarse que aquellos argumentos habrían de ser de prevención general positiva, más que de prevención general negativa o intimidatoria. En efecto, en la mente de los menores resulta significativamente intenso el efecto de descuento del futuro (o sesgo de presente), es decir, la infravaloración de las consecuencias negativas de las propias acciones que se producirán transcurrido un período de tiempo más o menos largo. Todo ello conduce a que la ecuación de la disuasión jurídico-penal («Intimidación = Severidad × Certeza × Celeridad») arroje en su caso resultados poco favorables (*cfr. supra* capítulo 3/63). En este balance negativo influye un factor muy relevante. A saber, que la relativa reducción del merecimiento de pena del menor —por su menor capacidad de autocontrol— impide reforzar la conminación con penas cuantitativamente elevadas sin vulnerar las exigencias retributivas del principio de culpabilidad. Pues bien, en el momento actual no parecen existir razones de prevención general positiva ni para sostener una rebaja de la minoría de edad penal, ni tampoco para incrementar la dureza del Derecho penal juvenil.

II. LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DE CATORCE AÑOS

1. GENERALIDADES

Los menores de catorce años están exentos de cualquier consecuencia jurídico-penal. Ahora bien, la exclusión de la intervención jurídico-penal no responde a que no cometan hechos antijurídicos e incluso —en medida por determinar— culpables. En efecto, en los términos del Derecho penal sustantivo, esta es una cuestión que afecta a la punibilidad.[202] Sin embargo, al igual que en otros muchos casos, tal causa de exclusión de la punibilidad opera en la práctica como un factor de exclusión de la propia perseguibilidad penal del hecho (*cfr. infra* capítulo 27/32). En otras palabras, como una causa de exclusión de la acción en sentido procesal penal. Esta circunstancia responde a que el legislador parte de la inconveniencia no solo de la sanción penal del hecho del menor, sino ya de la propia existencia de un proceso penal relativo a ese hecho. A este respecto, en España el art. 3 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, señala que al menor de catorce años «no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley». En realidad, como se acaba de indicar, no es solo que no se le exija, sino que tal responsabilidad no llega siquiera a determinarse. En efecto, al bloquearse el

114

[202] A la categoría roxiniana de la «responsabilidad» lo reconducen *Roxin/Greco*, AT, I, 5.ª, 2020, 20/53.

propio acceso al proceso, no se puede llegar a saber si un determinado hecho lesivo cometido por un menor de catorce años es típicamente antijurídico y culpable. Para saberlo sería necesario recurrir a las reglas del sistema global del Derecho penal —que exigen prueba en un juicio e interpretación de la ley por un juez—, y esto es precisamente lo que impide la disposición legal. De igual modo que en el Derecho penal español, en el Derecho administrativo sancionador de conductas contrarias a la seguridad ciudadana se establece la exención de responsabilidad de los menores de catorce años.[203]

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES DE CATORCE AÑOS QUE COMETEN UN DELITO

2.1. Planteamiento

115 Los menores de catorce años que se estimen sospechosos de haber realizado un tipo delictivo se incluyen en la legislación española entre los «menores con problemas de conducta». Es decir, se someten al mismo régimen jurídico que los menores en condiciones de riesgo psicológico y social. Dicho régimen se establece en las disposiciones de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esto significa que el criterio rector de la intervención del Estado es aquí de naturaleza tutelar. El mayor interés del propio menor debe conducir a que sea la familia la que asuma la tarea de acompañarle en el abordaje de sus problemas de conducta. Ahora bien, excepcionalmente, como último recurso, puede ser necesario su ingreso en centros de protección específicos.[204]

2.2. La necesidad de analizar la conducta del menor

116 Como ya se ha indicado, el sujeto menor de catorce años no es necesariamente inimputable. En todo caso, desde luego no es «naturaleza» para el Derecho penal de adultos. Si así fuera, cualquier actuación delictiva conjunta de un mayor de catorce años y de un menor de esta edad llevaría a calificar al primero de autor mediato, lo que no es razonable. Ciertamente cabe pensar que es innecesario analizar la conducta de un menor de catorce años desde la perspectiva de la teoría del delito, en la medida en que aquella no resulta en ningún caso punible. Además, las autoridades administrativas que intervienen en la determinación de las medidas procedentes no deciden a la vista de un análisis jurídico-penal del supuesto de hecho. Sin embargo, ocasionalmente pueden existir razones para que dicho análisis sea relevante. En efecto, la

---

[203] Así, el art. 30.2 de la L.O. 4/2015, de 30 de marzo: «Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas los menores de catorce años. En caso de que la infracción sea cometida por un menor de catorce años, la autoridad competente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, en su caso, las actuaciones oportunas».

[204] Así, los arts. 25 ss. de la L.O. 1/1996. El procedimiento de la autorización judicial para el ingreso se establece en el art. 778 bis de la LEC española.

intervención administrativa no carece de una dimensión coactiva —por mucho que su pretensión central sea tutelar—. Por lo tanto, el hecho del menor de catorce años debe analizarse *mutatis mutandis* desde una perspectiva similar a la del mayor de esa edad. En particular, es preciso examinar si su conducta típica está justificada, se halla exculpada o, por otras razones, no es punible. En efecto, en tales casos, no es posible concluir que el menor tiene «problemas de conducta».

Por lo demás, tampoco cabe descartar la posibilidad de que los tribunales 117
penales tengan que ocuparse de analizar la conducta de un menor de catorce años, aunque desde luego no sea para sancionarle. Por ejemplo, en el caso de que un menor agreda a un tercero mayor de catorce años, que a su vez reaccione frente a aquel causándole lesiones. En un supuesto de hecho así, tiene que debatirse sobre si el agredido obró justificadamente. Pues bien, para ello es imprescindible analizar la antijuridicidad típica y también la culpabilidad del menor de catorce años. Además, puede darse el caso de que mayores de catorce años y menores de esa edad intervengan conjuntamente en un hecho.[205]

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS

1. PLANTEAMIENTO

La intervención jurídica en los menores de catorce años que supuestamente 118
cometen hechos delictivos tiene naturaleza protectora (o tutelar, por utilizar la terminología antigua). En cambio, el Derecho penal juvenil ya alcanza una naturaleza mixta. Por un lado, parte de que el autor es «responsable». Por otro, de que su responsabilidad no le convierte en sujeto del Derecho penal de adultos. Además, esta última consideración no trae causa de una constatación empírica, aunque pueda admitirse que los jóvenes de hoy alcanzan la madurez social más tarde y están socialmente más protegidos que en los siglos precedentes. Ciertamente, en no pocos casos cabe afirmar que su merecimiento de pena es menor, debido a razones de imputabilidad disminuida. Sin embargo, esta explicación solo justificaría la imposición de las penas del Derecho penal de adultos con la correspondiente atenuación. En cambio, la configuración del Derecho penal juvenil como modelo distinto responde a tres factores adicionales, ya señalados: (i) la asunción de cierta corresponsabilidad social por el hecho del agente menor de edad; (ii) la constatación de la ausencia en su caso de una ciudadanía plena; y (iii) la opción por respuestas más adecuadas a la edad. Así, la conveniencia de que en su caso no solo tenga lugar un menor castigo, sino un castigo distinto al de los adultos, conlleva una modificación de la competencia jurisdiccional, del proceso penal, del catálogo de penas y del propio sistema de ejecución de estas.

[205] *Corcoy Bidasolo* (2007), 263 ss.

2. EL SIGNIFICADO DEL HECHO DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS

2.1. El injusto culpable del menor de dieciocho años

119 Los menores realizan los tipos ordinarios de delito, en su caso con dolo. Sin embargo, la consideración de su inmadurez y del peculiar contexto en el que actúan debe incidir sobre el significado y la valoración jurídica de su conducta, así como sobre la imputación subjetiva y a título de culpabilidad. Ello requiere un examen más detallado que el que ha tenido lugar hasta ahora y, como consecuencia, debe conducir a una consideración dogmática más diferenciada.[206] En particular procede mencionar aquí la cuestión de la imputación subjetiva a título de dolo eventual (*cfr. supra* capítulo 12/84).[207] En efecto, en los adolescentes cabe advertir, en primer lugar, una cierta acrasia epistémica —normalmente superior a la de los adultos—, a la hora de realizar los análisis de riesgo. En segundo lugar, existe una proclividad al riesgo que seguramente tiene que ver con la compensación emocional que este conlleva.[208] En tercer lugar, se da una acrasia en sentido estricto —volitivo—, que se traduce en la intensidad con que en ellos se suscita el sesgo de descuento del futuro. En fin, se puede advertir una mayor influencia de las dinámicas de grupo.[209] Todos estos elementos se pueden constatar a partir de la experiencia personal, la intuición, y las investigaciones de la neurobiología, la psicología evolutiva y la psicología social. No obstante, las construcciones del dolo eventual toman como baremo, también en este caso, a un sujeto adulto, prudente, autónomo y racional-egoísta, lo que no tiene en cuenta la realidad del adolescente y del joven. En estos últimos, la distancia entre el «conocimiento teórico» y el «conocimiento práctico», que es importante en cualquier agente, se hace enorme. Pues bien, si tales diferencias deben conducir a modificar el baremo de referencia para la imputación del dolo en los adultos, con mayor motivo debe llevarse a cabo una modificación paralela en el caso de los adolescentes y jóvenes.[210] El resultado tiene que ser la calificación de un mayor número de conductas como imprudentes y no dolosas.

2.2. La relevancia sistemática de la minoría de edad

120 Si se tiene en cuenta lo señalado en los apartados anteriores, puede concluirse *a fortiori* que la minoría de edad —que alcanza hasta los dieciocho años— no es una causa de inimputabilidad.[211] En efecto, el sujeto mayor de

---

[206] En todo el sistema dogmático: *Hernández Basualto*, RD 2 (2007), 202 ss.; en las agravantes, *Couso Salas*, LH Ortiz Quiroga, 2020, 555 ss.

[207] *Märker* (1995); *Lüderssen* (2012), 149 ss.; *Bausch* (2020).

[208] *Steinberg*, Current Directions in Psychological Science 16 (2007), 55 ss.

[209] *Lüderssen* (2012), 149 ss.

[210] *Carroll*, NCLR 94 (2016), 590 ss.; *Northrop/Rozan*, Maine L. R. 69 (2017), 109 ss.; *Stefanopoulou*, HRRS 7/2021, 303 ss.

[211] *Cuello Contreras*, RECPC 12 (2010), 3.

catorce y menor de dieciocho años en principio es imputable y penalmente responsable. Lo que se excluye en virtud de su edad es la punibilidad de su conducta conforme al Derecho penal de adultos. Ahora bien, en la práctica ello se aprecia como una excepción procesal, lo que significa que la edad opera realmente como una causa de no perseguibilidad conforme al Derecho procesal penal de adultos. En lugar de este proceso, el que se incoa es el procedimiento del Derecho procesal penal juvenil. En este sentido, el art. 19 CP español señala que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor». Esta es la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de regulación de la responsabilidad penal de los menores.

3. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS

La responsabilidad del menor de dieciocho años tiene un carácter mixto. **121**
Como consecuencia de ello, los jóvenes entre catorce y dieciocho años no son sometidos a medidas protectoras, como las propias de un modelo tutelar. Sin embargo, el modelo establecido para su sanción tampoco tiene una estricta orientación retributiva-garantista, sino que posee una dimensión adicional de contenido educativo, que se combina de modo flexible con aquella. Por lo tanto, la responsabilidad del menor de dieciocho años no es estrictamente «criminal». Al respecto, la Ley penal del menor alude a que el mayor de catorce y menor de dieciocho años tiene una responsabilidad «social». Sin embargo, resulta obvio que no es solo socialmente sino también legalmente responsable, aunque no lo sea conforme al Código penal. Además, las consecuencias de sus conductas penalmente antijurídicas son denominadas «medidas sancionatorias-educativas». Pues bien, si son sancionatorias, tienen que requerir la culpabilidad. Así las cosas, una opinión sostiene que son medidas de seguridad *sui generis*.[212] Otra, por su parte, que son reacciones frente a una culpabilidad únicamente moral.[213] Ahora bien, si son reacciones sancionatorias, no pueden ser medidas de seguridad, sino que participan de la naturaleza de las penas y, por ello, deben requerir culpabilidad. Además, el Derecho del Estado no puede dirigir un reproche meramente moral al menor, sino, en todo caso, uno ético-jurídico. Sentado esto, la discusión sobre si las consecuencias jurídicas del Derecho penal juvenil son penas *sui generis* o medidas *sui generis* puede quedar abierta. Lo que está claro es que, por un lado, son distintas de las penas del Derecho penal de adultos; igualmente, de las medidas de protección que se imponen a los menores de catorce años; y, en fin, de las «medidas terapéuticas» que se imponen a los jóvenes de entre catorce y dieciocho años que cometen

[212] *Feijóo Sánchez*, LH Luzón Peña, I, 2020, 643 ss.

[213] *Pérez del Valle*, CPC 98 (2009), 120.

un delito como consecuencia de padecer anomalías psíquicas y que muestran peligrosidad (art. 5 L.O. 5/2000).

122 La naturaleza mixta sancionatoria-educativa de aquellas consecuencias da cuenta de que en el hecho antijurídico del menor convergen, junto a su culpabilidad, otros elementos fácticos y normativos. Por ello, la reacción contra aquel es una pena con un dolor punitivo de intensidad menor, pues tanto su duración como sus condiciones de ejecución son sustancialmente más suaves que las propias de las penas de los adultos. En efecto, su menor contenido punitivo da cuenta del hecho de que, junto a una responsabilidad individual disminuida, la conducta del menor expresa un fracaso comunitario e institucional que se une a una inferior legitimación del Estado punitivo. Ahora bien, ese déficit punitivo es compensado con un plus educativo, que no sería admisible en las penas de adultos, y que tiene que establecerse atendiendo al «interés del menor». La tríada formada por lo punitivo, lo educativo y el principio del interés del menor constituye el punto más discutido del modelo, pues una intervención educativa no puede ceñirse a la dimensión estrictamente extrínseca de la conducta, sino que normalmente produce efectos intrínsecos sobre la persona. El caso es que unos autores son partidarios de centrarse en la perspectiva retributiva-garantista,[214] ubicando la dimensión educativa —que se reputa demasiado intervencionista— en un segundo plano. En cambio, otros, por su parte, son partidarios de acentuar la dimensión educativa, incluso hasta el extremo de excluir *de lege ferenda* la vertiente punitiva.[215] *De lege lata* el punto clave de todo el modelo es la interpretación del concepto de «interés del menor». Ello, en un doble sentido: (i) para que no comprometa la vigencia de las garantías jurídico-penales; y (ii) para dilucidar si debe entenderse en términos más o menos intervencionistas. Esto último tiene, además, una dimensión estrictamente técnica y otra evidentemente moral, en la que se proyectan las diversas concepciones acerca del bien del menor.[216] Lo que no parece discutible es que la intervención educativa tenga como fin hacer de él un buen ciudadano, que cuente con un sistema de razones de segundo orden capaces de afrontar sus impulsos y que, además, sean compatibles con las razones del Derecho.

4. LA CAPACIDAD DE SER SUJETO PASIVO DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS

123 El Derecho administrativo de la seguridad ciudadana hace responsables a los mayores de catorce años. Por su parte, el Derecho administrativo sancionador en materia de circulación de vehículos establece la responsabilidad de

---

[214] Con matices, básicamente de tolerancia, *Valenzuela*, REJ 11 (2009), 235.

[215] *Cuello Contreras* (2000), 19 ss.; *Orce* (2008), 445 ss.

[216] Matizadamente a favor de la «pluralidad de formas de vida»: *Paredes Castañón*, RDPC 10 (2013), 178 ss.

los sujetos entre catorce y dieciocho años. Con todo, en cuanto a la satisfacción del importe de las multas que se les impongan, establece un régimen de solidaridad con sus padres.[217] Este régimen no se admite salvo en las leyes en las que se ha establecido de modo expreso.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

124 De conformidad con el art. 61.3 de la L.O. 5/2000, «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos». Si el menor es inimputable y, por ello, no responsable, la regla aplicable es la del art. 118.1.1.° CP. Esto significa que la regla de moderación para los casos de negligencia leve, paradójicamente, solo opera para el caso de menores responsables y no para el caso de menores inimputables.

IV. EL CASO DE LOS JÓVENES DE ENTRE DIECIOCHO Y VEINTIÚN AÑOS

125 El sujeto mayor de dieciocho años ostenta ya la mayoría de edad política, lo que significa que, en términos constitucionales, goza de plena ciudadanía. En cuanto al Derecho penal, es un sujeto punible conforme al Derecho de adultos. Sin embargo, existe un consenso bastante generalizado en cuanto al carácter transicional de la categoría de los «jóvenes adultos» que comprende a las personas que se encuentran en la franja comprendida entre los dieciocho y los veintiún años. En particular, las opiniones psiquiátricas coinciden en advertir que en esta franja de edad siguen existiendo dificultades de autocontrol.[218] Así, se señala que las áreas del cerebro en las que se sitúa la base neurobiológica de las funciones de autocontrol y juicio —el córtex prefrontal— no se hallan plenamente desarrolladas hasta la mitad, o incluso el final de la veintena. En definitiva, durante esta franja de edad el «sistema 2» de pensamiento todavía

---

[217] Así, el art. 82 b de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) establece: «Cuando la autoría de los hechos cometidos corresponda a un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de la multa impuesta sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, en razón al incumplimiento de la obligación impuesta a éstos que conlleva un deber de prevenir la infracción administrativa que se impute a los menores». Como se advierte, el título de la responsabilidad de los padres es la comisión por parte de estos de una infracción, consistente en no haber prevenido la infracción de sus hijos. Esto determina que la figura tenga una extraña naturaleza mixta, entre la sanción de una infracción aparentemente no tipificada, la participación por omisión, y la deuda de Derecho público. Si se tratara de la opción primera o segunda, en puridad lo propio sería imponerles una sanción distinta. Así pues, pese a la terminología empleada en la ley, todo parece ubicarla en el grupo tercero.

[218] *Pozuelo Pérez*, InDret 2/2015, 5-6; *Scott et al.*, Fordham L. R. 85 (2016), 641 ss.; *Thomas*, U. C. Davis L. R. 52 (2019), 1673 ss.; *Arnett* -ed.- (2020).

muestra una menor intensidad que la que puede llegar a tener en su efecto de compensación del «sistema 1» (*cfr. supra* capítulo 9/34). Ello determina que en el adulto emergente siga existiendo una mayor impulsividad y labilidad emocional que en el sujeto plenamente adulto. Además, por otro lado, también es cierto que en él se advierte una mayor capacidad de cambio —para bien— que en el adulto pleno. De modo adicional a lo anterior, existen circunstancias socioeconómicas que determinan la ausencia de una plena ciudadanía material en las personas de esta franja de edad. En efecto, en muchos países siguen dependiendo económicamente de sus padres e incluso viviendo en el domicilio familiar. Ello responde tanto a la creciente prolongación en el tiempo de las etapas formativas, como al desempleo juvenil o a otras causas sociales, económicas o culturales.

126 Así las cosas, el art. 69 CP español establece que «al mayor de dieciocho y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que esta disponga». En su día, el complemento legal que precisaba dicho artículo vino dado por el art. 4 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero.[219] Sin embargo, en su día este último precepto no entró en vigor con el resto de la Ley. Tras sucesivas suspensiones de su entrada en vigor, fue derogado por la L.O. 8/ 2006, de 4 de diciembre. En definitiva, esto significa que el art. 69 CP carece de desarrollo y, por tanto, no cumple función alguna. Pese a ello, lo cierto es que resulta razonable plantear la posible atenuación de responsabilidad para los jóvenes adultos que cometan hechos delictivos poco después de cumplir los dieciocho años.[220]

---

[219] Este indicaba: «1. De conformidad con lo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el artículo 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto.

2. Serán condiciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior las siguientes:

1.ª Que el imputado hubiere cometido una falta, o un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

2.ª Que no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos o faltas imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o que debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal.

3.ª Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley, especialmente cuando así lo haya recomendado el equipo técnico en su informe.

3. Contra el auto que resuelva lo indicado en los apartados anteriores, cabrá recurso de apelación en el plazo de tres días, del que conocerá la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, sin previo recurso de reforma. La apelación se sustanciará conforme al régimen general establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del mencionado auto, una vez firme, se dará traslado al Ministerio Fiscal para la tramitación del procedimiento previsto en la presente Ley».

[220] Sobre la necesidad de revisar dicho límite superior del Derecho penal juvenil, *Fernández Molina*, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 181 ss.

El Tribunal Supremo español ha rechazado constantemente la atenuación de la pena a los jóvenes adultos por el mero hecho de serlo. En concreto, no aprecia la existencia de una situación de «minoría de edad incompleta» que pudiera dar lugar, por ejemplo, a la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP español. Ello es correcto si se pretende afirmar que no existe una eximente incompleta derivada directamente de la condición de joven adulto.[221] En efecto, un sistema que opta por una separación formal entre la responsabilidad común y la juvenil, con arreglo a un criterio de edad formal, no admite que se pueda ser «mayor de edad de forma incompleta». En definitiva, no permite una solución que siga el itinerario del art. 21.1.ª CP español en relación con el art. 19 CP[222] o, eventualmente, del art. 21.7.ª CP en relación con el art. 21.1.ª CP y, en fin, con el art. 19 CP.[223] Sin embargo, todo ello no ha obstado a que en otros países se prevea una atenuación facultativa para los jóvenes adultos.[224] 127

El debate debería concretarse en si existen razones materiales para no conceder tal atenuación o el fundamento de su no apreciación es simplemente que el legislador no la ha previsto de modo expreso. De ser este último el caso, habría que considerar que precisamente para tales supuestos se ha previsto la atenuante de análoga significación. Por lo demás, si se tiene en cuenta las investigaciones sobre los déficits volitivos de las personas hasta bien entradas en la veintena, no existen obstáculos para apreciar analogía estructural entre estos casos y las eximentes incompletas en materia de imputabilidad (art. 21.7.ª CP en relación con los arts. 21.1.ª y 20.1.° CP). En efecto, si bien la distinción entre la minoría y la mayoría de edad es clasificatoria y no graduable, la distinción entre la inmadurez y la plena madurez no lo es. Ciertamente, el Tribunal Supremo español admite que en los casos de «acreditada inmadurez mental» del agente que ya ha cumplido dieciocho años se aprecie una atenuante en relación con la eximente incompleta de inimputabilidad. Ahora bien, quizá 128

---

221 STS 922/2012, de 4 de diciembre.

222 Sin embargo, *Sánchez García de Paz* (1998), 170-171; *Cuello Contreras*, RECPC 12 (2010), 1 ss.

223 STS 1638/1998, de 29 de diciembre: «se admite como premisa político-criminal que es conveniente evitar que, por debajo de cierta edad, una persona sea introducida en el sistema penal, pues se piensa que todavía es posible completar su educación social con medios predominantemente pedagógicos».

224 Por ejemplo, el art. 22 CP peruano (Responsabilidad restringida por la edad): «Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111.°, tercer párrafo, y 124.°, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua».

la relación de regla y excepción debería invertirse. Para ello, tendrían que tomarse como punto de partida dos criterios rectores: (i) la de que los jóvenes adultos son, por lo general, inmaduros en términos volitivos; y (ii) la de que la atenuación de la punibilidad de sus hechos es procedente por razones tanto de equidad como de conveniencia. Estas últimas se orientan ante todo a evitar su ingreso en centros penitenciarios.

Capítulo 24

LA INIMPUTABILIDAD

Bibliografía seleccionada: *Agudelo Betancur,* Inimputabilidad y responsabilidad penal, 3.ª, 2007; *el mismo,* Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad, 4.ª, 2007 b; *Aguilar Cárceles,* Derecho penal y adicciones sin sustancia. Estudio de la relación entre la conducta delictiva y el juego patológico, 2022; *Agustina/Lorenzo,* Sobre el confuso concepto de psicopatía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, PolítCrim 11 (2016), 66; *Alcácer Guirao,* Actio libera in causa dolosa e imprudente, 2004; *Alexander,* Causing the Conditions of One's Defense: A Theoretical Non-problem, CL&Phil 7 (2013), 623; *Alonso Álamo,* Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías, LH Beristain, 1989, 447; *la misma,* La acción «libera in causa», ADPCP 1989, 55; *la misma,* Culpabilidad jurídica en cabeza propia y juicios de valor, LH Morillas Cueva, I, 2018, 3; *la misma,* La no-peligrosidad y la no-antinormatividad de la actio praecedens en la actio libera in causa, LH Muñagorri Laguía, 2021, 297; *Beck,* Neue Konstruktionsmöglichkeiten der actio libera in causa, ZIS 2018, 204; *Behrendt,* Affekt und Vorverschulden, 1983; *Bertolino,* L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale, 1990; *la misma,* Perfiles viejos y nuevos de la imputabilidad penal, CPC 45 (1991), 595; *Braude,* Multiple Personality and Moral Responsibility, Philosophy, Psychiatry & Psychology 3 (1996), 37; *Brink,* Responsibility, Incompetence, and Psycopathy, Lindley Lectures 53 (2013), 1; *Brink/Nelkin,* Fairness and the Architecture of Responsibility, en: Oxford Studies in Agency and Responsibility 1 (2013), 284; *Busato,* Actio libera in causa y acción significativa, LH Díaz Pita, 2008, 479; *Bustos Ramírez,* Revisión crítica de la imputabilidad a la luz de la teoría de las subculturas y la psiquiatría alternativa, en: Mir Puig (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, 191; *Cancio Meliá,* Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias, LH Suárez Montes, 2013, 111; *el mismo,* Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias, en: Demetrio/Maroto (eds.), Neurociencias y Derecho penal, 2020, 52; *Carbonell/Gómez Colomer/Mengual,* Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales, 1987; *Carmona Salgado,* Alteraciones en la percepción, anomalías y alteraciones psíquicas y error de prohibición, LH Bustos Ramírez, 2011, 3; *Casanueva Sanz,* La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad, 2019; *Castelló Nicas,* La imputabilidad penal del drogodependiente, 1997; *Castillo Ara,* Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht, 2019; *Cerezo Mir,* Alteraciones en la percepción, LH Valle Muñiz, 2001, 143; *el mismo,* La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano, LH Nuñez Barbero, 2007, 101; *Child,* Prior Fault, en: Reed/Bohlander (eds.), General Defences: Domestic and Comparative Perspectives, 2014, 37; *Cisneros Ávila,* Derecho penal y diversidad cultural, 2018; *Collica,* Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive, 2007; *Coppola,* Motus Animi in Mente Insana, J. C. L. & Cr 109 (2019), 1; *la misma,* The Emotional Brain and the Guilty Mind, 2021; *Corda,* Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affirmative defenses, RIDPP 2015, 238; *F. Córdoba,* De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad, EnL 4 (2017), 43; *Corrado,* The Case for a Purely Volitional Insanity Defense, Texas T. L. R. 42 (2009), 481; *Correcher Mira,* Aproximación al tratamiento de la ludopatía en el sistema español, Revista Española de Drogodependencias 44 (2019), 105; *el mismo,* La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía, RECPC 22 (2020), 1; *Cruz Blanca,* La actio libera in causa en el Derecho

penal español y su aplicación jurisprudencial, CPC 112 (2014), 47; *de la Cuesta Arzamendi*, Adicciones químicas y adicciones sin drogas. Su incidencia en la responsabilidad penal, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1271; *Delgado*, Ascription of Criminal States of Mind: Toward a Defense Theory for the Coercively Persuaded (Brainwashed) Defendant, Minnesota L. R. 63 (1978-1979), 1; *Demetrio Crespo*, La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?, LH Barbero Santos, I, 2001, 993; *el mismo*, La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa, 2003; *Figueiredo Dias*, Actio libera in causa e imputabilidad jurídico-penal, LH Luzón Peña, I, 2020, 651; *Díaz Pita*, Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho, 2002; *Dimock*, What are Intoxicated Offenders Responsible for?, The Intoxication Defense Re-examined, CL&Phil 5 (2011), 1; *la misma*, Intoxication and the Act/Control/Agency Requirement, CL&Phil 6 (2012), 341; *la misma*, Actio Libera in Causa, CL&Phil 7 (2013), 549; *Dölling*, Begutachtung der Schuldfähigkeit und Strafurteil, FS Kaiser, II, 1998, 1337; *Dold*, Die actio libera in causa als Sonderfall der mittelbaren Täterschaft, GA 2008, 427; *Doval Pais*, El trastorno mental sobrevenido, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 589; *Dressler*, Professor Delgado's Brainwashing Defense: Courting a Determinist Legal System, Minnesota L. R. 63 (1979), 335; *Duff*, Psychopathy and Answerability, en: Malatesti/McMillan (eds.), Responsibility and Psychopathy, 2010, 199; *Farré Trepat*, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, EPC XIII (1990), 43; *Flores Prada*, Peligrosidad social predelictual y trastorno mental, 2018; *Fox/Kvaran/Fontaine*, Psychopathy and Culpability: How Responsible Is the Psychopath for Criminal Wrongdoing?, Law and Social Inquiry 38 (2013), 1; *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, 1987; *Frister*, Die Struktur des voluntativen Schuldelements, 1993; *el mismo*, Überlegung zu einem agnostischen Begriff der Schuldfähigkeit, FS Frisch, 2013, 533; *Garrido Genovés*, El psicópata, 1999; *Garvey*, Passion's Puzzle, Iowa L. R. 90 (2005), 1677; *el mismo*, Dealing with Wayward Desire, CL&Phil 3 (2009), 1; *el mismo*, Agency and Insanity, Buffalo L. R. 66 (2018), 123; *el mismo*, Guilty Acts, Guilty Minds, 2020; *Gläser*, Zurechnung bei Thomas von Aquin, 2005; *Godman/Jefferson*, On Blaming and Punishing Psychopaths, CL&Phil 11 (2017), 127; *González Collantes/Sánchez Vilanova*, Psicopatía y medidas de seguridad, EPC XXXIV (2014), 127; *González Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defetktzuständen, 2001; *la misma*, Imputación jurídico-penal en estado de defecto, LH Bacigalupo, I, 2004, 263; *Grandi*, Neuroscienze e responsabilità penale, 2016; *Haas*, Die Zurechnung zur Schuld bei Affekttaten, FS Krey, 2010, 117; *el mismo*, Schuldfähigkeit als Fertigkeit, FS R. Merkel, I, 2020, 413; *Hettinger*, Die actio libera in causa, 1988; *Hormazábal Malarée*, La doctrina de la actio libera in causa y su incorporación al Derecho español, LH Cerezo Mir, 2002, 781; *el mismo*, Culpabilidad y actio libera in causa, LH Díaz Pita, 2008, 517; *el mismo*, La responsabilidad penal del que delinque privado voluntariamente de razón, LH Künsemüller, 2023, 549; *Hruschka*, Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der actio libera in causa, FS f. Chr. Link, 2003, 687; *el mismo*, Actio libera in causa y autoría mediata, en: el mismo, Imputación y Derecho penal, 2005, 157; *Iglesias Río*, La eximente de anomalía o alteración psíquica, ADPCP 2003, 151; *Jakobs*, El principio de culpabilidad, ADPCP 1992, 1051; *el mismo*, La denominada actio libera in causa, PJ 50 (1998), 241; *el mismo*, La culpabilidad de los foráneos, en: Jakobs/Cancio/Feijóo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008, 89; *el mismo*, Mittäterschaft als Beteiligung, FS Puppe, 2011, 547; *Jiménez Díaz/Fonseca Morales*, Trastornos de la personalidad (Psicopatías), 2007; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; *Jones/Montague/Yaffe*, Detecting mens rea in the Brain, Pennsylvania L. R. 169 (2020), 1; *Joshi Jubert*, Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad, ADPCP 1989, 125; *la misma*, La doctrina de la actio libera in causa en Derecho penal, 1992; *la misma*, Anomalía y alteración psíquica en el Código penal español, 2009; *la misma*, Algunas consideraciones sobre la infracción penal cometida por un enfermo mental, LH Mir Puig, 2017, 643; *la misma*, Estado actual de la discusión sobre la actio libera in causa, LH Queralt Jiménez, 2021, 241; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo*, Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado, REJ 22 (2015), 15; *Krümpelmann*, Motivation

und Handlung im Affekt, FS Welzel, 1974, 327; *Leupold*, Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der actio libera in causa im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken, 2005; *Levy*, Psychopaths and Blame: The Argument from Content, Philosophical Psychology 27 (2014), 351; *Litton*, Responsibility Status of the Psychopath, Rutgers L. J. 39 (2008), 351; *el mismo*, The Mistaken Quest for a Control Test: For a Rationality Standard of Sanity, en: White (ed.), The Insanity Defense, 2017, 185; *Luzón Peña*, Actio libera in causa e imputabilidad, LH Huerta Tocildo, 2020, 483; *Mackay/Brookbanks* (eds.), The Insanity Defence: International and Comparative Perspectives, 2022; *Mañalich*, Norma, causalidad y acción, 2014; *Martín Lorenzo*, Caso del chapista, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 405; *Martínez-Buján*, La ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, LH Luzón Peña, I, 2020, 769; *Martínez Garay*, Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana, RDPC 8 (2001), 34; *la misma*, La imputabilidad penal, 2005; *la misma*, Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad, en: Carbonell Mateu (ed.), La justificación penal, 2008, 321; *Martínez González*, La eximente de alteración en la percepción, LH Casas Barquero, 1996, 42; *Martínez Sánchez*, La inimputabilidad por trastorno mental, 2019; *Mateo Ayala*, La imputabilidad del enfermo psíquico, 2004; *Menghini*, Actio libera in causa, 2015; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2.ª, 1982; *Mitsch*, Actio libera in causa und mittelbare Täterschaft, FS Küper, 2007, 347; *Molina Fernández*, Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1329; *Monge Fernández*, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad, 2008; *Montenegro*, Die Schuld des Menschen, 2023; *Montiel Fernández*, Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 3; *el mismo*, Actio libera in causa como delito de resultado defectuoso, LH Silva Sánchez, 2019, 265; *el mismo*, Legalidad e imputación en Derecho penal, 2020; *Moore*, Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship, 1984; *el mismo*, Act and Crime, 1997; *el mismo*, Placing Blame: A Theory of Criminal Law, 1997 b; *el mismo*, The Quest for a Responsible Responsibility Test: Norwegian Insanity Law after Breivik, CL&Phil 9 (2015), 645; *el mismo*, The Neuroscience of Volitional Excuses, en: Pardo/Paterson (eds.), Philosophical Foundations of Law and Neuroscience, 2016, 179; *el mismo*, Addiction, Responsibility, and Neuroscience, U. Illinois L. R. 2 (2020), 375; *el mismo*, Mechanical Choices, 2020; *Morales Prats*, La alteración en la percepción: contenido y límites, CPC 40 (1990), 65; *Morse*, Culpability and Control, U. Pennsylvania L. R. 142 (1994), 1587; *el mismo*, The "New Syndrome Excuse Syndrome", Criminal Justice Ethics 14 (1995), 3; *el mismo*, Hooked on Hype: Addiction and Responsibility, L&Ph 19 (2000), 3; *el mismo*, Uncontrollable Urges and Rational People, Virginia L. R. 88 (2002), 1025; *el mismo*, Diminished Rationality, Diminished Responsibility, Ohio St. J. C. L. 1 (2003), 289; *el mismo*, Addiction, Genetics and Criminal Responsibility, Law and Contemporary Problems 69 (2006), 165; *el mismo*, Psychopathy and Criminal Responsibility, Neuroethics 1 (2008), 205; *el mismo*, Against Control Tests for Criminal Responsibility, en: Robinson *et al.* (eds.), Criminal Law Conversations, 2009, 449; *el mismo*, Severe Environmental Deprivation, Alabama Civil Rights & Civil Liberties L. R. 2 (2011), 147; *el mismo*, Addiction and Criminal Responsibility, en: Poland/Graham (eds.), Addiction and Responsibility, 2011, 159; *el mismo*, A Good Enough Reason: Addiction, Agency and Criminal Responsibility, Inquiry 56 (2013), 490; *el mismo*, Legal Insanity in the Age of Neuroscience, en: Moratti/Patterson (eds.), Legal Insanity and the Brain: Science, Law and European Courts, 2016, 239; *Mosch*, Schuld, Verantwortung und Determinismus im Strafrecht, 2018; *Murphy*, Moral Death: A Kantian Essay on Psychopathy, Ethics 82 (1972), 284; *Nack*, Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen, GA 2009, 201; *Nadelhoffer*, Retributivism and the Puzzle of Psychopathy, Estado e Sociedade 47 (2016), 156; *Nelkin*, Difficulty and Degrees of Moral Praiseworthiness and Blameworthiness, Noûs 50 (2016), 356; *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *el mismo*, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389; *el mismo*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, en: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000,

121; *Otero González*, Culpabilidad y delincuentes peligrosos, 2021; *M. F. Palma*, Inimputabilidad y oportunidad en Derecho penal, LH Luzón Peña, I, 2020, 583; *Pantaleón Díaz*, La enigmática regla 1.ª del artículo 118.1 del Código Penal. Sobre la responsabilidad civil de los inimputables, InDret 3/2017, 1; *Peñaranda/Puente*, Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones normativas a partir del estado actual de los conocimientos científicos, en: Ortega/Alcázar (eds.), Agresión y psicopatía, 2019, 139; *Pérez del Valle*, Imputabilitas y teoría de la imputación, InDret 2/2015, 1; *Perlin*, God said to Abraham/kill me a son: Why the Insanity Defense and the Incompetence Status are Compatible with and Required by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ACLR 54 (2017), 477; *Portilla Contreras*, El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural, LH Bajo Fernández, 2016, 417; *Puente Rodríguez*, Psicopatía y Derecho penal, RDyPP 45 (2017), 61; *el mismo*, Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes durante y después del procedimiento penal, LL 9699 (2020), 1; *el mismo*, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, 2021; *Quintero Olivares*, Locos y culpables, 1999; *el mismo*, Culpabilidad, imputabilidad y capacidad procesal, en: Flores Prada (ed.), Trastornos mentales y justicia penal, 2017; *Reyes Echandía*, Imputabilidad, 1989; *Riggi*, Interpretación y ley penal, 2010; *Robinson*, Imputed Criminal Liability, Yale L. J. 93 (1984), 609; *el mismo*, Causing the Conditions of One's Defense, Virginia L. R. 71 (1985), 1; *Roxin*, Observaciones sobre la actio libera in causa, ADPCP 1988, 21; *el mismo*, La actio libera in causa: en defensa del modelo del tipo, LH Queralt Jiménez, 2021, 341; *Saks*, Multiple Personality Disorder and Criminal Responsibility, Southern California Interdisciplinary L. J. 10 (2001), 185; *Sánchez Dafauce*, Infracción e inimputabilidad en el sistema del delito, RDPP 52 (2018), 49; *Sánchez Vilanova*, Reflexiones sobre la virtualidad de las alteraciones en la percepción, AFDU Coruña 19 (2015), 437; *la misma*, Neuroimputabilidad, 2019; *la misma*, Neuropredicción: observaciones críticas a propósito de la psicopatía, CPC 134 (2021), 125; *Sanz Morán*, Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal, 2003; *el mismo*, Relevancia procesal de la inimputabilidad, LH Maza Martín, 2018, 601; *el mismo*, El enfermo mental ante el proceso penal, RDPP 56 (2019), 13; *el mismo*, El enfermo mental en el Anteproyecto LECrim 2020, InDret 1/2023, 98; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schiemann*, Schuldunfähigkeit und Gesetzlichkeitsprinzip, en: Hazirlayanar/Duttge/Ünver (Hrsg.), Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2014, 79; *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa, 1992; *Sifferd/Hirstein*, On the Criminal Culpability of Successful and Unsuccessful Psychopaths, Neuroethics 6 (2013), 129; *Silva Sánchez*, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986; *el mismo*, La estructura de la actio libera in causa en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas, LL 1988-1, 910; *el mismo*, La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1.ª, RDCirc 1988-4, 1682; *el mismo*, ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, LH Bacigalupo, I, 2004, 867; *el mismo*, Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio "jurisdiccional" de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 661; *el mismo*, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, InDret 3/2014, 1; *el mismo*, A vueltas con la actio libera in causa, InDret 4/2016, editorial; *el mismo*, Un nuevo modelo para la actio libera in causa, LH Luzón Peña, I, 2020, 1117; *Silva Santaularia*, Mental Insanity at the International Criminal Court, en: White (ed.), The Insanity Defense. Multidisciplinary Views, 2017, 307; *Sinnott-Armstrong/Behnke*, Criminal Law and Multiple Personality Disorder, Southern California Interdisciplinary L. J. 10 (2001), 277; *Slobogin*, An End to Insanity: Recasting the Role of Mental Disability in Criminal Cases, Virginia L. R. 86 (2000), 1199; *el mismo*, Minding Justice: Laws that Deprive People with Mental Disability of Life and Liberty, 2006; *el mismo*, A Defense of the Integrationist Test as a Replacement for the Special Defense of Insanity, Texas Tech L. R. 42 (2009), 523; *Sotomayor*, Inimputabilidad y sistema penal, 1996; *Streng*, Der neue Streit um die actio libera in causa, JZ 1994, 709; *el mismo*, El principio de legalidad en el ámbito de la decisión sobre la capacidad de culpabilidad, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012, 267; *el mismo*, Persönlichkeitsstörungen als Herausforderung für die Schuldfähigkeit-

sentscheidung, ZStW 133 (2021), 613; *Stuckenberg*, Comparing Legal Approaches: Mental Disorders as Grounds for Excluding Criminal Responsibility, Bergen J. Crim. L. & Crim. Just. 4 (2016), 48; *Suárez-Mira*, La imputabilidad del consumidor de drogas, 2000; *Tamarit Sumalla*, Libertad de conciencia y responsabilidad penal, Laicidad y libertades 1 (2001), 383; *el mismo*, Culpabilidad, maldad e imputabilidad, RDPC 17 (2006), 183; *Toepel*, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, 2002; *Torío López*, Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito, LH Cerezo Mir, 2002, 1017; *Urruela Mora*, Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, 2004; *el mismo*, Hacia un nuevo modelo de cooperación entre Derecho penal y psiquiatría, CPC 86 (2005), 241; *el mismo*, La genética como factor relevante a efectos del juicio de imputabilidad penal, RDGH 32 (2010), 165; *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, 2002; *de Vicente Martínez*, Evolución en el tratamiento jurisprudencial de la eximente de anomalía o alteración psíquica, en: Demetrio Crespo (ed.), Neurociencias y Derecho penal, 2020, 235; *la misma*, La discapacidad intelectual en el sistema penal, en: Demetrio Crespo (ed.), Derecho penal y comportamiento humano, 2022, 417; *Watson*, Excusing Addiction, L&Ph 18 (1999), 613; *White* (ed.), The Insanity Defense: Multidisciplinary Views on its History, Trends and Controversias, 2017; *Yaffe*, Intoxication, Recklessness, and Negligence, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 545; *el mismo*, Are Addicts Akratic?, en: Levy (ed.), *Addiction and Self-Control*, 2013, 190; *Zabel*, Der Krankheitsbegriff des § 20 StGB, en: Beck (Hrsg.), Krankheit und Recht, 2016, 135; *Zatuski*, The Insanity Defense. A Philosophical Analysis, 2021.

I. GENERALIDADES

1. LAS ALTERACIONES Y LAS ANOMALÍAS PSÍQUICAS EN EL SISTEMA DEL DELITO

Los efectos del padecimiento de una anomalía psíquica —de una discapacidad mental— pueden, en algunos casos, excluir la imposición de consecuencias jurídico-penales al agente. Sin embargo, la enfermedad en sí deja inalterado su estatuto moral y político. En efecto, la persona con discapacidad psíquica debe ser considerada plena titular de derechos constitucionales. Asimismo, aquella obra como agente moral, salvo en aquellas situaciones en las que su anomalía le produzca un efecto de ausencia de acción (*cfr. supra* capítulo 9/39). Por tanto, la conducta de una persona que padece una discapacidad cognitiva, volitiva o emocional no puede ser entendida como un proceso de la naturaleza, sino que sus actos siguen teniendo sentido, para la sociedad y para el Derecho. Una cuestión distinta es que esos actos no se le imputen a los efectos de imponerle una pena, cuando su padecimiento determine que obra sin dolo ni imprudencia, o bien sin culpabilidad. Sin embargo, esto mismo puede ocurrirle a una persona mentalmente sana, por causas circunstanciales internas —el llamado clásicamente «trastorno mental transitorio»— o externas-situacionales. Por todo ello, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, abriga la pretensión fundamental de evitar cualquier discriminación de estas personas.[1] 1

[1] Este tratado internacional ha generado la polémica sobre si debe derogarse o no la «*insanity defense*» (esto es, la eximente de enfermedad mental). En contra, *Perlin*, ACLR 54 (2017), 494 ss.

2 Los procesos mentales a los que da lugar el padecimiento de una anomalía o una alteración psíquica pueden carecer de toda relevancia jurídico-penal o tenerla, en medida diversa. Ahora bien, cuando la muestran, esta puede advertirse en diversos niveles sistemáticos de la teoría del delito.[2] Así, por ejemplo, (i) en el ámbito relativo al carácter de acción del hecho; (ii) en el propio de la capacidad de realización de la acción indicada, requisito típico en los delitos de omisión; (iii) en el del error de tipo vencible o invencible; (iv) en el error vencible o invencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación —mejor: suposición errónea de la concurrencia de tales presupuestos objetivos—; y (v) en la imputabilidad. Como cabe advertir, la relevancia transcategorial de las alteraciones y anomalías mentales se debe a la fragmentación del juicio de imputación, que es propia de la teoría del delito contemporánea. En efecto, este factor determina que dicho juicio se vaya efectuando parcial y progresivamente a lo largo de diversos niveles sistemáticos. Así, en concreto, en el de la acción, en el de la llamada imputación subjetiva —dolo o imprudencia— y en el de la culpabilidad. Pues bien, las enfermedades y trastornos mentales constituyen, para el Derecho penal, un problema de capacidad de imputación. De ahí que sigan ese mismo itinerario.

2. LA EXCLUSIÓN DE LA IMPUTABILIDAD

2.1. Los modelos teóricos

3 En el ámbito sistemático de la imputabilidad se examinan ciertos efectos derivados de la alteración o la anomalía psíquica padecida por el sujeto en el momento de realizar la conducta antijurídica. Sin embargo, como se ha adelantado, ello se lleva a cabo solo desde una concreta perspectiva normativa. A saber, la de si tales déficits determinan que el agente no pueda comprender la ilicitud de su hecho o que, aunque la comprenda, no pueda actuar conforme a dicha comprensión. De todos modos, en este punto se separan los diversos modelos legales de regulación de la inimputabilidad. En efecto, al respecto cabe adoptar un modelo «médico-psiquiátrico», un modelo mixto «psiquiátrico-psicológico-normativo»[3] o, en fin, un modelo únicamente «psicológico-normativo».

4 La diferencia entre ellos radica en que, en el marco del primero, el juez debe limitarse a constatar la concurrencia de un sustrato psicopatológico en el sujeto al tiempo de cometer el hecho. En cambio, en los dominantes modelos mixtos, el órgano judicial debe apreciar la incidencia de esa patología en la comisión del hecho, mediante la afectación de la dimensión cognitiva o volitiva

---

[2] *Agudelo Betancur* (3.ª, 2007); *Mir Puig* (2.ª, 1982), 97 n. 133; *Joshi Jubert*, ADPCP 1989, 125 ss.; *la misma*, LH Mir Puig, 2017, 643 ss.; *Robinson* (1997), 93; *Silva Sánchez*, LH Bacigalupo, I, 2004, 867 ss.; *el mismo*, InDret 3/2014, 1 ss.; *Molina Fernández*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1329; *Martínez Garay* (2008), 321 ss.

[3] También denominado, aunque de modo incorrecto, «psiquiátrico-psicológico».

del sujeto que lo realiza. Como se advierte, el primer modelo remite al poder legislativo la determinación de la relación —general— entre una patología y el hecho delictivo, de modo que simplifica la prueba en el acto del juicio oral. Frente a él, el tercer modelo hace abstracción de cualquier base patológica y se centra en el contenido de los procesos mentales —es decir, en concreto, en la representación irracional y en la debilidad de voluntad del agente, o sólo en la primera—.[4] Precisamente, este último es sostenido con el argumento de que es el que resulta menos discriminatorio para las personas discapacitadas. En efecto, su aplicación se limita a analizar determinados procesos cognitivos-volitivos-emocionales, que se pueden dar tanto en personas con discapacidad como en las que no la tienen. Con todo, el modelo dominante es el mixto. Es decir, para concluir la inimputabilidad del sujeto, que requiere que se constate en el juicio oral una determinada base empírica, así como que se concluya que esta excluyó la capacidad del sujeto de tener una relación cognitiva o volitiva con las razones del Derecho.

2.2. La estructura de las regulaciones legales

2.2.1. Los dos niveles de análisis

En la línea de lo mencionado, el art. 20.1.° CP español señala que está exento 5
de responsabilidad criminal «el que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Como se advierte, la regla legal tiene dos partes.[5] La primera viene dada por la concurrencia del factor empírico «anomalía o alteración psíquica», que debe constituir la causa del efecto psicológico-normativo. Así, por un lado, la expresión abarca cualquier irregularidad o discrepancia con respecto la norma de funcionamiento de la psique —anomalía—; por el otro, abarca cualquier perturbación o trastorno del psiquismo —alteración psíquica—. Con todo, lo más importante de ella es que no se ciñe al concepto psiquiátrico clásico de enfermedad mental.[6] Por

---

[4] A favor de este, *Slobogin* (2006), 258: «modelo integracionista». Próximos, *Morse*, Ohio St. J. C. L. 1 (2003), 305; *Moore*, CL&Phil 9 (2015), 665 ss. Crítico, en la medida en que pudiera dar lugar a la eliminación de la eximente de enfermedad mental o de las excepciones procesales derivadas de padecer tal enfermedad, *Perlin*, ACLR 54 (2017), 477 ss., 498 ss.

[5] Esto es muy común en nuestro entorno. Por ejemplo, en el art.122-1 CP francés; § 20 CP alemán. También en el *Model Penal Code* norteamericano, en su sección 4.01: *Mental Disease or Defect Excluding Responsibility.* (1) «*A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law*». Igualmente, en el art. 31.1 a) del Estatuto de Roma, que señala que, «sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley». Crítica sobre la estructura de tales cláusulas, *Martínez Garay* (2005), 359.

[6] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 20/4 ss.

el contrario, incluye también los trastornos permanentes de la personalidad. Además, como puede advertirse, entre las anomalías y alteraciones psíquicas se integra el trastorno mental transitorio (art. 20.1.°, II CP). Pues bien, este fenómeno se caracteriza precisamente por la ausencia de base patológica alguna.

6 La segunda parte de la regla se refiere: (i) a los efectos psicológicos de la anomalía o alteración en el momento de la comisión del hecho; y (ii) a la consideración normativo-adscriptiva de estos a los efectos de imputar al sujeto una incapacidad de culpabilidad jurídico-penal. El primero de los efectos psicológicos es la «incapacidad de comprensión de la ilicitud del hecho». De entrada, tal expresión parece evocar la existencia de un error de prohibición invencible condicionado por un fenómeno psicopatológico del sujeto. Sin embargo, en este punto debe tenerse en cuenta que el «conocimiento» de la ilicitud y la «comprensión» de esta pueden aludir a cosas distintas. Ciertamente, el problema que deriva de esta distinción lingüística se ha planteado en la discusión de todos los países.[7] Sin embargo, una opinión doctrinal entiende que la diferencia es irrelevante. En cambio, otra alude a que el término «comprender» abarca no sólo las propiedades cognitivo-teóricas del razonamiento del sujeto, sino también las cognitivo-prácticas o cognitivo-afectivas. Por lo tanto, el conocimiento de la ilicitud alude a un «saber teórico», mientras que sólo la comprensión incorpora a ello un «saber práctico», que tiene implicaciones para la realización o no de una conducta por un agente moral. Pues bien, el alcance de esta distinción puede ser importante, por ejemplo, para el abordaje del problema de las psicopatías y, en general, de los déficits volitivos. Además, tiene relevancia, como se analizará luego, en relación con el concepto de «error de prohibición culturalmente condicionado» (*cfr. infra* capítulo 25/97 ss.).

7 El segundo de los efectos psicológicos de la anomalía o alteración psíquica que pueden dar lugar a la exclusión de la imputabilidad del sujeto es la «incapacidad de actuar conforme a la comprensión de la ilicitud». Con ello se alude a la concurrencia en el sujeto de graves problemas volitivos-emocionales, que impiden su autodeterminación conforme a las razones del Derecho. Es decir, dan cuenta de aquellas situaciones en las que, aunque el sujeto en cuestión sea capaz tanto de conocer como de comprender que la conducta que pretende realizar es antijurídica, no es capaz de abstenerse de realizarla. Como se ha indicado de modo general, la incapacidad de comprender lo injusto del hecho y de adecuar la propia conducta a esa comprensión establece un límite absoluto a cualquier pretensión de culpabilizar al sujeto (*cfr. supra* capítulo 23/84).

2.2.2. La relación «causal»

8 Como puede advertirse en la estructura de la regla legal, la alteración o anomalía mental que tiene relevancia para la exclusión de la imputabilidad

[7] *Velten* (2002); *Castillo Ara* (2019); *Coppola*, J. C. L. & Cr 109 (2019), 17; *la misma*, (2021), 22 ss. Así, en inglés, entre «*to know*» y «*to appreciate*»; en alemán, entre «*Kenntnis*» y «*Einsicht*» o «*Verständnis*».

del agente es la que (i) antecede o coincide en el tiempo con el hecho antijurídico; y, además, (ii) tiene una incidencia «causal» sobre la capacidad del sujeto al cometerlo. Es decir, la que influye de tal modo sobre el proceso de autodeterminación del sujeto conforme al Derecho, que no es posible afirmar que el agente haya tomado una decisión voluntaria contra la norma. Esto pone de relieve una dificultad práctica del juicio relativo a la inimputabilidad, aunque en realidad se trata de un problema común a toda la prueba del hecho delictivo. En efecto, el perito psiquiatra ha de pronunciarse en el presente —durante el juicio oral— sobre una anomalía o alteración padecida por el agente en un momento pasado. Sin embargo, puede que aquella haya desaparecido o que sus manifestaciones hayan cambiado.

La determinación de la «incidencia causal» de la anomalía o alteración requiere efectuar un juicio hipotético con base en criterios de experiencia común, así como psiquiátrico-psicológica. En realidad, se trata de aplicar la fórmula de la *condicio sine qua non* para descartar la concurrencia de causas alternativas (*cfr. supra* capítulo 14/35). Así pues, si, pese que el sujeto mostraba un sustrato psicopatológico en el momento de cometer el hecho, su déficit cognitivo o volitivo puede explicarse por causas alternativas a aquel, la exención de pena no podrá tener como base su inimputabilidad. Por el contrario, tal exención deberá fundamentarse, en su caso, por la vía del error de prohibición invencible o del miedo insuperable (arts. 14.3 y 20.6.° CP español). Además, habrá que concluir que el sujeto no debe ser sometido a un tratamiento coactivo para afrontar su patología, dado que esta no ha influido en el delito. En consecuencia, no se dan los presupuestos de la imposición de una medida de seguridad, que requiere un pronóstico de peligrosidad contrastado en el hecho cometido. 9

2.2.3. *Los déficits cognitivos y volitivos no reconducibles a alteraciones o anomalías psíquicas*

Los déficits —no derivados de anomalías o alteraciones mentales— del agente en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta pueden alcanzar cierta relevancia general a través de la institución del error de prohibición. En cambio, los déficits de comprensión y los déficits volitivos tienen una acogida sustancialmente menor en las legislaciones penales de nuestro entorno. En términos prácticos, la institución de la inimputabilidad —en su dimensión de incapacidad de comprensión— es el único supuesto acogido. Adicionalmente, la legislación española solo contiene la figura de la denominada «alteración de la percepción» (art. 20.3.° CP), que pretende dar respuesta a las consecuencias de una socialización defectuosa del sujeto. Por lo tanto, los demás déficits de comprensión de origen interno carecen de base legal para ser apreciados como eximentes. Así, para su acogida sería imprescindible el recurso a la analogía *in bonam partem* o a la extensión teleológica, con el fin de construir una eximente supralegal. Sin embargo, la doctrina dominante tiende a considerarlos materialmente irrelevantes. 10

11 Otro tanto ocurre con los déficits volitivos de origen interno —pero no psicopatológico—, entre los que se encuentra la debilidad de voluntad derivada de los estados adictivos. En efecto, un sector de la doctrina sostiene, de modo expreso o implícito, que son de incumbencia del agente y, por lo tanto, no afectan a su responsabilidad penal.[8] Lo cierto es que no existe una eximente legal genérica, paralela al error de prohibición, que opere en el ámbito de los defectos volitivos. A este respecto, en la legislación española sólo cabe hallar atenuantes, como la de adicción a drogas, por un lado, y la de estados pasionales, por el otro (art. 21.2.ª y 3.ª CP). Por su parte, estas a lo más que pueden conducir es a la rebaja de pena en uno o dos grados, si se aprecian como muy cualificadas (art. 66 CP). Una posibilidad adicional es la de apreciar la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de imputabilidad disminuida que, de nuevo, conduce a una rebaja de la pena como máximo en dos grados con respecto al marco penal típico (art. 21.7.ª en relación con art. 21.1.ª CP español). Con todo, en determinadas situaciones adictivas resulta muy difícil que prevalezca la motivación jurídica; además, no siempre cabe hacer al adicto responsable por su estado de adicción.[9]

12 En fin, los déficits de comprensión de origen externo sólo hallan acogida —en medida limitada— en los sistemas que reconocen la relevancia del error de comprensión culturalmente condicionado (*cfr. infra* capítulo 25/97 ss.). Por su parte, los déficits volitivos de origen externo sólo adquieren relevancia —a través de la figura del miedo insuperable (*cfr. infra* capítulo 26/47 ss.)— en aquellos casos excepcionales en los que la motivación preponderante se aprecia como de especial intensidad y, además, encuentra comprensión social. Por lo tanto, no existe en Derecho penal una categoría normativa de alcance general que podamos denominar «inexigibilidad» y que permita aceptar la relevancia directa de ciertos defectos volitivos. Es cierto que la presencia en la legislación española —y en la de otros países iberoamericanos: por ejemplo, Argentina, Chile o Colombia— de la eximente de miedo insuperable constituye un marco literal apto para concebir ampliamente la relevancia de algunos defectos volitivos en la teoría del delito. Sin embargo, las emociones distintas del miedo —por ejemplo, la compasión, la ira— no pueden ser consideradas en ese marco legal. En su caso, las diversas situaciones emocionales pueden afrontarse en la legislación positiva española mediante el recurso a la atenuante analógica en relación con las eximentes incompletas a su vez relacionadas con la inimputabilidad o el miedo insuperable (art. 21.7.ª, en relación con el art. 21.1.ª y los arts. 20.1.° y 20.6.° CP español). De nuevo, con efecto únicamente atenuante.

---

[8] De modo explícito, *Jakobs*, ADPCP 1992, 1051 ss.

[9] Distinguiendo casos, *Watson*, L&Ph 18 (1999), 613 ss.; *Morse*, L&Ph 19 (2000), 3 ss.; *el mismo*, Law and Contemporary Problems 69 (2006), 165 ss.; *el mismo* (2011), 159 ss.; *el mismo*, Inquiry 56 (2013), 490 ss.; *Moore*, U. Illinois L. R. 2 (2020), 375 ss.

2.2.4. La extrema dificultad de comprender la ilicitud de la conducta o de adecuar la propia conducta al Derecho

13 La literalidad del texto legal español, al igual que la de textos similares en otros países, reza en términos metafísicos de posibilidad e imposibilidad. Sin embargo, es muy común que la doctrina sostenga que la responsabilidad penal no sólo debe ser excluida en los casos de absoluta incapacidad de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, sino también en los de «dificultad muy intensa». La razón es que, en estos últimos, no se debe exigir bajo pena una actuación del sujeto de modo conforme a Derecho. De conformidad con este planteamiento, ampliamente difundido, cabe concluir que las cláusulas legales relativas a la inimputabilidad comprenden, junto a situaciones de «incapacidad de culpabilidad» en sentido estricto, también situaciones de «exculpación».[10] En otras palabras, situaciones de exclusión de la prohibición bajo pena de la conducta por razones personales —derivadas de la relación del sujeto con la norma de conducta— que también se habían solido designar como de «inexigibilidad».

14 La reconstrucción extensiva del alcance de tales cláusulas plantea dos cuestiones, una de naturaleza exegética y otra sistemática. En efecto, en términos interpretativos, implica la reducción de un elemento limitador de la eximente —el requisito de que se dé una «incapacidad»—, lo que a su vez conlleva una ampliación teleológica del alcance literal de la eximente. Tal proceder no es exactamente analógico *in bonam partem*, pues la incapacidad y la extrema dificultad de comprensión o de adecuación de la propia conducta obviamente no son lo mismo. Sin embargo, la «extensión teleológica» —como base de una eximente supralegal— se puede sostener arguyendo que es razonable desviar estos casos al ámbito del tratamiento terapéutico, coactivo, si existe peligrosidad. En cuanto al plano sistemático, este obliga a considerar si en estos casos sigue siendo correcto afirmar que se excluye la imputabilidad —como capacidad de culpabilidad— o, más bien, lo correcto es afirmar que lo excluido es la culpabilidad «penal». Como se ha indicado, esto último implica admitir que hay un contenido específico de punibilidad de la conducta que se va considerando al hilo de todas las categorías del sistema —por razones de equidad—, sin posponerlo a la categoría específica de la punibilidad. Pues bien, esto es lo que se sostiene en este texto (*cfr. infra* capítulo 27/10). Por su parte, la jurisprudencia de todos los países de nuestro entorno no parece haber seguido esta dirección, sino más bien la opuesta. Esto es, ha adoptado una concepción claramente restrictiva del alcance literal de la eximente. Por tanto, los casos de extrema dificultad del sujeto suelen ubicarse en una reducción de la pena —la apreciación de una eximente incompleta— y, en caso de que concurra peligrosidad, ello se complementa con la imposición adicional de una medida de seguridad.[11]

---

[10] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 18/7.

[11] En algunos ordenamientos, como el español, esta es ejecutada en los términos del denominado «sistema vicarial».

2.2.5. Las anomalías o alteraciones posteriores a la comisión del hecho

15 Las anomalías y alteraciones del agente posteriores a la comisión del hecho típicamente antijurídico también pueden ser relevantes para el Derecho penal. Sin embargo, su relevancia ya no tiene que ver con el proceso de autodeterminación conforme a sentido ni, por tanto, con la imputabilidad.[12] A este respecto, es preciso recordar los conceptos de «sujeto del delito», «sujeto del proceso» y «sujeto de la pena», correspondientes a las tres relaciones básicas que genera el Derecho penal entre el Estado y la persona (*cfr. supra* capítulo 1/50 ss.). Ciertamente, cuando la anomalía o alteración psíquica surge durante el proceso penal lo determinante es su incidencia en la capacidad del sujeto para dirigir su defensa jurídica frente a la pretensión del Estado de imponerle una pena. En fin, cuando aparecen durante la ejecución de la pena privativa de libertad, la cuestión es valorar si ello influye sobre la capacidad del agente para captar el sentido moral de la pena como castigo. Estas cuestiones se abordan con algo más de detenimiento al final de este capítulo.

II. LA INIMPUTABILIDAD DE ORIGEN PSICOPATOLÓGICO

1. GENERALIDADES

1.1. El papel del perito

16 Como se ha anticipado, en la doctrina y en la jurisprudencia existe consenso acerca de que el juicio sobre la imputabilidad de un sujeto se lleva a cabo a través de un método mixto, psiquiátrico-psicológico o, mejor, psiquiátrico-psicológico-normativo. En términos prácticos, ello significa que el juicio que concluye con la afirmación de la imputabilidad —plena o disminuida— o de la inimputabilidad del acusado resulta de la colaboración del perito psiquiatra (o, en su caso, psicólogo) con el juez que toma finalmente la decisión.[13] Así, el perito debe aportar a dicho juicio un dictamen sobre la base psiquiátrica o psiquiátrica-psicológica. Por tanto, su misión consiste en emitir un diagnóstico sobre la salud mental —las anomalías o alteraciones psíquicas, o bien la ausencia de ellas— que tenía el agente en el momento de cometer el hecho típicamente antijurídico. Para tal informe el perito se tiene que servir de los manuales de clasificación y diagnóstico de las psicopatologías, en concreto, de dos textos con relevancia mundial. Por un lado, del manual de la Organización Mundial de la Salud, que se denomina Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE). Por otro, del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales —MDE, más cono-

---

[12] *Silva Sánchez*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 683; *el mismo* (2018), 174 ss. Sobre el problema, con enfoques distintos, ya *Sanz Morán* (2003), 287 ss.; *el mismo*, LH Maza Martín, 2018, 601 ss.; *el mismo*, InDret 1/2023, 98 ss.; *Puente Rodríguez*, LL 9699 (2020), 3 ss.; *el mismo* (2021), 219 ss.; *Doval Pais*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 589 ss. También, *Quintero Olivares* (1999), 160, propugnando concretamente reconstruir la propia inimputabilidad jurídico-penal como falta de capacidad procesal del sujeto, lo que es coherente únicamente con un sistema monista de consecuencias.

[13] *Urruela Mora* (2004), 196; *Martínez Garay* (2005), 360.

cido por su acrónimo en inglés como DSM—.[14] La clasificación de referencia en España es la que proporciona el manual de la OMS (CIE-10-ES), aunque desde el 1 de enero de 2022 existe ya una undécima edición de la mencionada CIE.[15]

El contenido del informe pericial debe versar tanto sobre la calificación de 17
la patología, como sobre su dimensión cuantitativa —el grado de anormalidad— y su aspecto cualitativo —el efecto negativo en la vida del paciente—.[16] En concreto, según se sostiene en la práctica psiquiátrica, la anormalidad debe manifestarse al menos en dos de las siguientes áreas: en la cognitiva, en la afectiva, en la de la actividad interpersonal o en la del control de los impulsos. En todo caso, es preciso tener presente que el diagnóstico psicopatológico que se contiene en el dictamen pericial transmite un conocimiento científico-experimental sobre el estado mental de la persona sometida a estudio. Por lo tanto, se manifiesta en enunciados descriptivos, que se entienden de modo unánime como susceptibles de predicados de verdad o falsedad. Por esta razón los peritos, si faltan a la verdad en su informe, pueden incurrir en el delito de falso testimonio (arts. 459 y 460 CP español).

Ahora bien, el dictamen pericial suele extenderse más allá del diagnóstico 18
psicopatológico. En concreto, comprende un juicio relativo a la afectación de las capacidades —de comprensión del injusto y de actuación conforme a dicha comprensión— del agente sobre cuyo estado de salud mental se informa. Esta parte de su informe es la que se denomina «dictamen medicolegal». Ahora bien, una cuestión así no puede ser abordada con métodos empíricos, de modo que su desarrollo da cuenta de la aplicación de un método deductivo-prudencial. Por su parte, este último refleja inferencias realizadas a partir del conjunto de los conocimientos y de la experiencia del perito. Así pues, es expresión de un procedimiento de naturaleza hermenéutica-interpretativa —no científico-experimental—. En realidad, el objeto del llamado dictamen medicolegal no es empírico, sino que se superpone en parte con el del juicio normativo-adscriptivo acerca de la imputabilidad, que debe llevar a cabo el órgano judicial, lo que genera problemas.[17] En efecto, la aportación del perito, desde la estricta perspectiva jurídico-procesal, no es sino una prueba que debe ser valorada por el juez junto con todas las demás.

1.2. Los planos de la fórmula legal

El contenido de los modelos mixtos de regulación de la inimputabilidad 19
puede reformularse, en términos que se utilizan reiteradamente en esta obra

---

[14] El acrónimo responde a la denominación «*Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders*», elaborado por la Asociación Psiquiátrica Americana. En 2013 se publicó su quinta edición (DSM-5).

[15] *Martínez Sánchez* (2019), 182 ss.

[16] *Toepel* (2002), 200; *Martínez Sánchez* (2019), 159 ss., aludiendo a las dificultades derivadas del método y de la diversidad de escuelas.

[17] *Dölling*, FS Kaiser, II, 1998, 1354; *Toepel* (2002), 216; *Urruela Mora* (2004), 196 ss., 201-202; *Martínez Garay* (2005), 275 ss.; *Nack*, GA 2009, 204 ss.; *Martínez Sánchez* (2019), 258 ss., 570 ss.; *Streng*, ZStW 133 (2021), 620.

(*cfr. supra* capítulos 7/104 ss.; 12/52 ss.; *infra* capítulo 25/46 ss.), distinguiendo entre los planos empírico-descriptivo y normativo-adscriptivo del juicio de imputabilidad. Como se ha indicado, el legislador español alude, en primer lugar, a que debe tener lugar la constatación de una alteración o anomalía psíquica (art. 20.1.° CP), de una intoxicación o de un síndrome de abstinencia (art. 20.2.° CP) o, en fin, de una alteración de la percepción (art. 20.3.° CP). Ahora bien, en segundo lugar, el propio legislador alude a que, para excluir la imputabilidad, el fenómeno constatado debe haber eliminado: (i) la capacidad del sujeto de comprensión de la ilicitud de su conducta; o bien (ii) su capacidad de comportarse conforme a esa comprensión. Esto último se refiere, respectivamente, a los presupuestos cognitivos y comprensivos —racionalidad, particularmente referida a los contenidos de las normas—, así como volitivos —capacidad de autocontrol, fuerza de voluntad— de la atribución de responsabilidad. Por ello, este juicio de imputabilidad *stricto sensu* tiene, como se ha indicado, un carácter normativo-adscriptivo y le incumbe en exclusiva al juez o tribunal.

20 Un amplio sector de la doctrina suele criticar el tenor de las cláusulas legales de inimputabilidad. A su juicio, están lastradas por la concepción clásica liberoarbitrista de la culpabilidad y, en particular, adolecen de no tener en cuenta la imposibilidad de probar en el caso concreto que el agente habría podido «actuar de otro modo». Ciertamente, esta objeción no afecta a los presupuestos cognitivos de la imputabilidad. Sin embargo, sí se pretende proyectarla de modo determinante sobre los presupuestos volitivos.[18] Es decir, sobre el poder del agente de «actuar conforme a su comprensión de la ilicitud de su hecho». Ahora bien, en este punto la mencionada doctrina no tiene en cuenta que sus propios planteamientos acerca de la imputabilidad son presuntivos. Así, por ejemplo, se sirve de nociones como que la imputabilidad de un agente constituye una presunción rebatible —*iuris tantum*—, pero sólo de forma tasada; o que a todo agente se le atribuye una capacidad de autoadministración; o una capacidad de motivación normal (*cfr. supra* capítulo 23/33). Como se advierte, todas ellas, sin excepción, son metáforas de la misma idea fundamental, a saber, que de entrada al agente se le imputa la disposición de alternativas de conducta, sean estas reales o ficticias.[19] La diferencia, sin embargo, no es pequeña. Una reconstrucción realista de la doctrina clásica tiene que estar dispuesta a advertir déficits de libertad en el caso concreto y reconducirlos a eximentes supralegales, en su caso. En cambio, el mencionado sector doctrinal, al acoger un planteamiento meramente constructivista o convencionalista, se ve obligado a cerrar esa posibilidad.

1.3. La contraposición del plano empírico-descriptivo y del normativo-adscriptivo

21 Como ya se ha indicado, la razón última de todo lo anterior es la disolución moderna de las clásicas nociones metafísicas de libertad y «*culpa*», a la que

[18] *Frister* (1993); *el mismo*, FS Frisch, 2013, 533 ss.

[19] *Jakobs* (1976), 17. Próximo, desde perspectivas de psicología social, *Streng*, ZStW 101 (1989), 288-289.

ha seguido el dilema entre adoptar una aproximación clínica o una normativo-adscriptiva al problema de la inimputabilidad. En efecto, la culpabilidad personal, como tal, existe en el plano metafísico de la realidad. Por lo tanto, no se integra ni en el plano científico-experimental de los diagnósticos clínicos, ni tampoco en el plano comunicativo de los juicios jurídico-sociales de imputación.[20] Los seres humanos no podemos acceder de modo seguro a la culpabilidad del prójimo, más aún, ni siquiera a la nuestra propia. Ahora bien, cabe que, de modo imperfecto, nos aproximemos a ella mediante un juicio normativo-adscriptivo cuyo objeto viene dado por los datos empírico-sociales. Sin embargo, el resultado de tal juicio no «es» la culpabilidad de la persona enjuiciada o su exclusión, sino que constituye sólo una modesta aproximación humana a ella. Esta naturaleza aproximativa e imperfecta del método seguido debe ser reconocida, porque se corresponde con la realidad de las cosas. Además, permite advertir la única conclusión posible, a saber, la elevada probabilidad de que en muchos casos de comportamientos delictivos se den serias limitaciones de la capacidad de autodeterminación. Estas deberían tener como efecto relevante la disminución de la imputabilidad penal, con la consiguiente rebaja de la pena.

Pues bien, atendida la imposibilidad de acceder a la «*culpa*» real-metafísica del sujeto, ciertamente es necesario construir una regla de adscripción de imputabilidad penal. De conformidad con el método que se ha empleado en otros lugares de esta obra, en esta regla cabe distinguir: (i) los indicadores empíricos de base; (ii) los criterios normativos de adscripción; y (iii) el resultado del juicio adscriptivo. En efecto, conviene insistir en que, de entrada, resulta decisivo tener en cuenta los datos empíricos relativos a la limitación de las capacidades del sujeto. De lo contrario, sería imposible negar que ha tenido lugar una injusta instrumentalización de aquel. Con todo, lo decisivo es construir los criterios normativos que —dada una determinada base empírica— habrían de guiar al juez en su decisión de no adscribir plena imputabilidad al sujeto, sino una imputabilidad limitada o la plena inimputabilidad. 22

1.4. La psicopatología subyacente: el juicio empírico-descriptivo

1.4.1. Generalidades sobre las anomalías o alteraciones

Como se ha indicado, según la legislación española, en el juicio empírico-descriptivo es preciso constatar la concurrencia en el agente, al tiempo de los hechos, de una anomalía o una alteración psíquica que cause los efectos cognitivos o volitivos relevantes.[21] El alcance de la base psiquiátrica-psicológica, 23

[20] Sin embargo, en este último sentido, *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 153, que lo interpreta como un juicio existencial, de naturaleza comunicativa. En realidad, la naturaleza dialogal-comunicativa, vinculada al reconocimiento del otro como «tú», es decir, «igual a mí» —la perspectiva de segunda persona, no primera, ni tercera— es la que caracteriza el imperfecto juicio humano sobre la culpabilidad de otro.

[21] *Urruela Mora* (2004), 78 ss., 178-179. Desde una perspectiva crítica, *Sánchez Vilanova* (2019), 176 ss.

en las fórmulas legales que la acogen, ha dado lugar a discusión doctrinal en todos los países de nuestro entorno. Así, algunas opiniones la reputan demasiado limitada, planteando la posibilidad de recurrir a la analogía *in bonam partem* en relación con ella.[22] Sin embargo, lo cierto es que, en el concreto caso español, los términos legales «anomalía» o «alteración» apenas tienen virtualidad restrictiva de la eximente.[23] En efecto, lo único que exigen es que el respectivo efecto se asocie a una causa de naturaleza mental —psíquica—, en sentido amplio, con independencia de si esta a su vez tiene base en una lesión neurológica —cerebral—, o no. De este modo, el art. 20.1.° CP no abarca textualmente los casos en los que la incapacidad de comprensión de lo injusto o la imposibilidad de actuación conforme a tal comprensión se vinculan a defectos de percepción sensorial, a la falta de madurez relacionada con la edad, o a estímulos externos. Igualmente, tampoco comprende los casos en los que inciden razones ético-religiosas, sociopolíticas o culturales, así como otros motivos externos. En todo caso, una cuestión distinta de la relativa a la amplitud literal de la cláusula es que los órganos judiciales de todo el mundo apliquen restrictivamente los respectivos textos legales, sin agotar todas las posibilidades de su tenor.

24 La clasificación tradicional de las alteraciones y anomalías mentales consideraba cuatro afecciones básicas, a saber, las psicosis, las neurosis, las psicopatías y otros trastornos de la personalidad. Sin embargo, en la práctica judicial penal su relevancia eximente prácticamente se ha circunscrito a las psicosis.[24] Así, tan pronto como se abandona el terreno, relativamente seguro, de estas, se abre un amplio espacio de divergencias. De hecho, el método utilizado por los tribunales para apreciar la inimputabilidad del sujeto enjuiciado ha venido siendo el de si su patología guarda una relativa analogía con la psicosis, o no. Ciertamente, este género de patologías, y en particular la esquizofrenia, sigue constituyendo el caso claro paradigmático de concurrencia de una base empírica de la inimputabilidad.[25] Sin embargo, ello no tiene por qué conducir a que la exención de pena por inimputabilidad se decida exclusivamente por analogía con ella.

25 En los términos de la mencionada clasificación tradicional, las psicosis se dividen en endógenas o exógenas. Así, las primeras comprenden la esquizofrenia, la paranoia, la psicosis maniacodepresiva y la epilepsia. Por su parte, las exógenas son las que tienen su origen en el alcohol, en las drogas, en infecciones —en su día fue muy relevante la psicosis por sífilis— o en traumatismos, así como en la senilidad o pre-senilidad del sujeto. De modo adicional, la jurisprudencia atribuye también relevancia eximente en casos muy graves del déficit de inteligencia —discapacidad intelectual— denominado desde antiguo oligofrenia. En el resto de los casos, la relevancia jurídico-penal suele limitarse a la atenuación de la pena.

---

[22] Con respecto a la fórmula alemana, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 20/25 ss.

[23] *Iglesias Río*, ADPCP 2003, 163 ss.

[24] STS 440/2018, de 4 de octubre.

[25] *Moore*, CL&Phil 9 (2015), 645 ss., 685.

1.4.2. La discapacidad intelectual

Los distintos grados de discapacidad intelectual del agente se miden mediante el recurso al denominado coeficiente de inteligencia (CI). Sin embargo, este no puede ser un criterio rígido, pues cabe que sus efectos sean muy variables en función de la edad, la educación que haya recibido el sujeto y, en general, el medio social en el que se haya desenvuelto. Por esa misma razón, pueden tener relevancia jurídico-penal en medida diversa. A este respecto, la jurisprudencia ha establecido la normalidad intelectual entre el 90 y el 100 % de CI; la denominada oligofrenia ligera —antes, «debilidad mental»— entre el 50 y el 70 %; la oligofrenia media —antes, «imbecilidad»— entre el 25 y el 50 %; y, en fin, la oligofrenia profunda —antes, «idiocia»— en menos del 25 %.[26] Consiguientemente, ha apreciado la eximente completa del art. 20.1.° CP en casos de oligofrenia profunda, la incompleta en los de oligofrenia media y, en fin, una atenuante en los de oligofrenia ligera. **26**

1.4.3. Las clasificaciones actuales de las psicopatologías

1.4.3.1. Los trastornos de tipo «A»: las psicosis

El DSM-5 subdivide las patologías en trastornos de tipo «A», «B» y «C». Así, en el grupo «A» se encuentran los trastornos esquizoides, paranoicos y esquizotípicos. En efecto, aquí se sitúan las psicosis de la clasificación tradicional, caracterizadas por la irracionalidad del agente, es decir, por su incapacidad de representarse la realidad tal como es. A su vez, esto puede suceder por la incapacidad de entender lo que existe o por tener representaciones irracionales. Por eso, su diagnóstico tiene lugar mediante los denominados «test de realidad», que dan cuenta de la alteración producida en el sujeto. Como ya se indicó, la forma más típica de la psicosis es la esquizofrenia, que se asocia comúnmente con el padecimiento de alucinaciones y delirios. Sin embargo, en este apartado también deben tenerse en cuenta la psicosis maniacodepresiva —el trastorno bipolar—, y la paranoia —el trastorno paranoide, cuyo núcleo es la desconfianza con respecto a los demás, que redunda en miedo—. Por su incidencia en la comisión de hechos delictivos, es preciso resaltar en este último grupo la relevancia del padecimiento de una «manía persecutoria». **27**

1.4.3.2. Los trastornos de tipo «C»: las neurosis

Los trastornos de la personalidad de tipo «C» tienen como variantes el trastorno por evitación, el que tiene lugar por dependencia y el obsesivo-compulsivo. Así pues, en este ámbito se encuentran las patologías clásicamente denominadas neurosis. Estas no implican una ruptura con la realidad, dado que el sujeto conserva las facultades de representación de esta, así como las **28**

[26] SSTS 2141/2001, de 17 de noviembre; 582/2010, de 16 de junio.

de deliberación y decisión. En cambio, dan pie a reacciones psíquicas anormales frente a una determinada situación —angustia, depresión o adopción de mecanismos de defensa—. Tales reacciones, a su vez, pueden llegar a generar impulsos irresistibles o adicciones —así, la drogadicción, la ludopatía,[27] la cleptomanía, la piromanía o alteraciones en la conducta sexual—.[28] En este sentido, en función de los efectos que causen, las neurosis pueden ser: a) fóbicas, b) de angustia y pánico, c) obsesivo-compulsivas, d) histéricas, e) hipocondríacas, f) explosivas, y g) de ludopatía.

1.4.3.3. Los trastornos de tipo «B»: entre otros, las psicopatías

29 Por su parte, en el grupo «B» se cuentan los trastornos de personalidad antisociales, límite, histriónicos y narcisistas. En particular, se ubican en este ámbito las psicopatías. En efecto, la psicopatía es una alteración emocional —una alteración de la personalidad— caracterizada por la ausencia de empatía con los demás.[29] Así, existe cierto acuerdo en que el psicópata puede conocer el contenido de la norma de conducta y que su comportamiento se enmarca en lo prohibido por aquella. En cambio, más discutida puede ser la cuestión de si efectivamente «comprende» la norma.[30] En todo caso, vuelve a existir consenso en cuanto a que muestra un déficit afectivo-valorativo, derivado de la carencia o de la fragilidad de su instancia moral. A este respecto, es común afirmar que en el proceso deliberativo del sujeto psicópata se advierten tres elementos especialmente relevantes: por un lado, la incapacidad de distinguir entre normas morales y meramente convencionales;[31] por otro lado, la ausencia de empatía; y, en fin, la inexistencia de la experiencia de miedo.

30 Sentado esto, un sector doctrinal concluye que, aunque el agente psicópata conozca la antijuridicidad de su hecho, no puede —o le es muy difícil— orientarse según la razón del Derecho. Sobre esta base, sostiene que carece de la capacidad de actuar conforme a la norma —o ello le es muy difícil— y, por tanto, debe ser reputado penalmente inimputable.[32] Frente a ello, otra posición

---

[27] *Correcher Mira*, Revista Española de Drogodependencias 44 (2019), 105 ss.

[28] Sobre esto último, *Otero González* (2021), 75 ss.: pedofilia, sadismo, etcétera; de modo general *Aguilar Cárceles* (2022).

[29] *Cancio Meliá* (2012), 261, 265 ss.; *Peñaranda/Puente* (2019), 139 ss.; *Otero González* (2021), 67 ss.; *Załuski* (2021), 77 ss. En la jurisprudencia, SSTS 437/2008, de 10 de julio; 684/2015, de 11 de noviembre; 566/2018, de 20 de noviembre.

[30] *Duff* (2010), 209 ss., sostiene que el sujeto psicópata es incapaz de entender las razones morales como factores que deben guiar su conducta. Por tanto, tendría afectada la propia posibilidad de «comprensión» de la ilicitud.

[31] En términos plásticos se ha indicado en la doctrina que, para el psicópata, todos los delitos son *mala quia prohibita*.

[32] *Murphy*, Ethics 82 (1972), 284 ss.; *Alonso Álamo*, LH Beristain, 1989, 457; *la misma*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 13-14, 30; *Mateo Ayala* (2003), 321 ss.; con matices, *Morse*, Neuroethics 1 (2008), 205 ss.; *Cancio Meliá* (2013), 543; *Levy*, Philosophical Psychology 27 (2014), 351 ss.; *Załuski* (2021), 78 ss. Escéptico, *Brink*, Lindley Lectures 53 (2013), 1 ss., desde perspectivas de «*fair opportunity*».

rechaza la eficacia eximente de las psicopatías, debido a dos clases de razones distintas. Por un lado, porque parte del concepto psiquiátrico clásico de enfermedad mental y lo toma como baremo para la exención. En efecto, como se ha indicado, la denominada *vis attractiva* del modelo de la psicosis —enajenación mental, en la terminología tradicional— suele conducir a negar que situaciones claramente distintas de aquella puedan excluir la imputabilidad. Así, dado que el psicópata no manifiesta déficits de racionalidad, se concluye que debe ser hecho responsable.[33] Sin embargo, el argumento decisivo no es este. En efecto, lo fundamental es que la posición contraria a la inimputabilidad del psicópata adopta una perspectiva consecuencialista, funcionalista o pragmática. Así, subraya que el problema de la psicopatía es que no se conoce un tratamiento adecuado para ella. Por lo tanto, no cabe pensar en una medida de seguridad que asegure las necesidades de prevención especial y, en suma, de prevención general positiva, salvo su internamiento permanente.[34] Además, se añade que el sujeto podría incluso simular su propia «curación», logrando el cese de la medida. En definitiva, el dato de la peligrosidad no controlable del psicópata acaba conduciendo a su imputabilidad. Con todo, esta se hace compatible en la mayoría de los casos con una atenuación relevante de la pena, al tiempo que, en los casos de pronóstico de reincidencia, se propone que a la pena le suceda una medida de seguridad.[35] De momento, no parece que una solución alternativa sea fácilmente asumible.[36]

1.4.3.4. Algunas conclusiones

Como se advierte, existen dudas sobre si las neurosis y las psicopatías deben alcanzar relevancia excluyente de la imputabilidad penal. En este sentido, el influyente DSM-5 ha sido criticado por su tendencia a una, así denominada, «psicopatologización de la vida social». Es decir, por ser proclive a advertir una patología psíquica en toda posible manifestación del mal, ya sea este activo —una conducta reveladora de un hipotético defecto moral del sujeto— o pasivo —el padecimiento de una situación de dolor moral—. En definitiva, por su amplia identificación de formas de ser (y de obrar) y trastornos de la personalidad. Por su parte, la doctrina dominante y los tribunales se mantienen en que, junto a una «zona clara» de inimputabilidad, existe asimismo una «zona

31

[33] *Puente Rodríguez*, RDyPP 45 (2017), 84 ss.

[34] *Morse*, Neuroethics 1 (2008), 210; *Godman/Jefferson*, CL&Phil 11 (2017), 127 ss.

[35] *Otero González* (2021), 109 ss.

[36] Esquemática, pero gráfica, ya la STS de 23 de noviembre de 1996: «En las psicopatías el dilema entre culpabilidad y prevención se evidencia de modo paradigmático. Desde el punto de vista de la culpabilidad, la anormalidad del psicópata podría provocar una atenuación de la pena. Desde el punto de vista de la prevención, en cambio, determinadas personalidades psicopáticas resultan especialmente terribles y reclaman enérgicas medidas de aseguramiento. En el estado actual de los conocimientos psiquiátricos, el dilema no puede resolverse de modo que queden, a la vez, satisfechas las exigencias del principio de culpabilidad y las finalidades preventivas. Es preciso, pues, ejercitar una opción que, en un Estado de Derecho, no puede ser otra que la de mantenimiento a ultranza del principio de culpabilidad».

oscura» o de incertidumbre. A su vez, esta última coincide precisamente con situaciones como las propias de las neurosis o las psicopatías, o incluso como las de otras patologías sociales, siempre que estas tengan alguna expresión mental. Pues bien, en este último ámbito, las consideraciones de índole preventivo-general —tanto negativa como sobre todo positiva— han conducido a que los tribunales no lleguen a aplicar la eximente.[37]

32 En todo lo anterior apenas se han mencionado las cuestiones emocionales. En realidad, ello se debe a que la doctrina tradicional ha mantenido un enfoque racionalista individualista con respecto a la inimputabilidad. Sin embargo, a esta perspectiva se le va añadiendo cada vez más una visión emocional y social.[38] Así, un sector de la doctrina ha insistido en que las emociones ya inciden sobre las cogniciones (*cfr. supra* capítulo 12/82). En efecto, como ya se indicó, una cosa es el conocimiento teórico y otra el conocimiento práctico —moral—. Este último, que se refiere al significado interpersonal de la conducta en el contexto concreto, depende de las emociones del sujeto cognoscente. Además, la propia motivación moral —las razones para actuar moralmente— no se ve influida sólo por las cogniciones, sino también por la dimensión afectiva del sujeto. En concreto, por su empatía, es decir, su capacidad de sentir por el otro.

2. EL JUICIO NORMATIVO-ADSCRIPTIVO

2.1. Generalidades

33 Como se ha indicado, una aproximación realista al hecho realizado por un agente debería conducir a apreciar si este tuvo la «*culpa*» de lo que hizo y, en su caso, cuánta culpa. Sin embargo, la única aproximación posible, por razones derivadas de la limitación de los juicios humanos, es de menor alcance. Así, en primer lugar, se parte de presumir que toda persona adulta tiene una capacidad de autodeterminación conforme a sentido. Por expresarlo con claridad, se acoge la presunción de que el agente tuvo la «*culpa*» de lo que hizo. A continuación, se procede adoptando una perspectiva empírico-descriptiva. Ciertamente, mediante ella no cabe buscar ni la libertad ni la culpabilidad, puesto que estas son entidades que no se ubican en ese plano empírico de la realidad, sino en el metafísico. Por tanto, lo único que se puede intentar encontrar razonablemente son condicionantes empíricos del hecho del sujeto. Es decir, factores determinantes de déficits o limitaciones de aquella capacidad.

2.2. El punto de partida descriptivo: los indicadores de la regla de adscripción

34 Cabe afirmar que en el proceso penal al sujeto no se le «carga en cuenta» el hecho —eso es una presunción—, sino que lo que sucede es que se le «descuen-

---

[37] *Urruela Mora* (2004), 178 ss.

[38] *Coppola*, J. C. L. & Cr 109 (2019), 1 ss.

tan» circunstancias que excluyen o disminuyen la «cuenta» a su cargo.[39] Los condicionantes más buscados —por ser los más reconocidos como tales— son los cognitivos. Sin embargo, es preciso no olvidar los condicionantes volitivos y los emocionales. En particular, conviene insistir en estos últimos, que inciden tanto en las cogniciones como en las voliciones. El juicio empírico-descriptivo tiene por objeto la identificación de algunos de los «indicadores» de una posible inimputabilidad o, en todo caso, de una posible disminución de la imputabilidad. Con seguridad, existirán otros indicadores a los que, por las limitaciones del conocimiento humano, no será posible acceder. En definitiva, el juicio clínico debe proporcionar toda la información posible sobre los déficits del agente, que constituyen relevantes indicadores para la aplicación de la regla jurídica. En todo caso, una vez llevado a cabo tal juicio empírico-descriptivo, debe efectuarse un nuevo juicio, ahora normativo-adscriptivo de inimputabilidad, o sólo de imputabilidad disminuida. En virtud de este último se determina la medida de la relevancia de los resultados del juicio empírico-descriptivo.

2.3. El tránsito del juicio descriptivo al adscriptivo

2.3.1. La explicación del hecho en virtud de un déficit cognitivo del agente

La alteración o anomalía psíquica puede haber provocado en el agente una 35
alucinación determinante de la ausencia de dolo y de imprudencia. En otros casos cabe que conduzca a un error de hecho o de Derecho extrapenal intersubjetivamente vencible, pero personalmente invencible dado el trastorno del agente. En fin, puede dar lugar a situaciones de *culpa facti* o de *culpa iuris* del sujeto. Todo esto debe examinarse en el lugar sistemático correspondiente, bajo la denominación clásica de «error invencible o vencible condicionado por la enfermedad» (*cfr. supra* capítulo 12/135 ss.). En cambio, lo que aquí interesa de modo especial es el efecto de la anomalía o alteración sobre la capacidad del agente de comprender el ilícito de su hecho. Es decir, de entrada, que su error de prohibición invencible —o difícilmente vencible, en su caso— haya sido «causado» por aquellas. Seguramente, este es el supuesto de posible inimputabilidad más fácil de identificar. Por ello es ampliamente aceptado tanto en la tradición europea como en el restrictivo manejo de la inimputabilidad en el ámbito jurídico angloamericano,[40] proveniente de la antigua regla *M'Naghten*.[41] Con todo, como se ha indicado, sigue abierto el problema de hasta qué punto el conocimiento de la ilicitud determina la efectiva comprensión de esta. Este debate versa sobre la relevancia que se le

---

[39] Este juego de palabras resulta más diáfano en alemán, puesto que «*zurechnen*» significa imputar, cargar en cuenta (contar) y «*abrechnen*», por su parte, descontar.

[40] La denominada «*insanity defense*».

[41] La «*M'Naghten Rule*», sentada en el caso británico «*Regina v. M'Naghten*» (1843), vincula la exención de pena con la constatación de un «déficit de racionalidad» o de afectación cognitiva, prescindiendo de toda consideración de la dimensión emocional.

debe asignar al hecho de que un sujeto conocedor del ilícito de su conducta no logre internalizar las razones de esa ilicitud. En efecto, la ausencia de internalización determina que las razones del Derecho, como razones externas, pierdan fuerza motivacional frente a otras razones o motivos internos del propio sujeto.

2.3.2. La explicación del hecho en virtud de un déficit volitivo-emocional

2.3.2.1. Generalidades

36 Es posible asimismo que la alteración o anomalía psíquica no tenga efectos sobre las capacidades cognitivas del sujeto, sino sólo sobre las facultades volitivas. En la terminología de la legislación española, ello sucede cuando el sujeto carece de la capacidad de actuar conforme a la comprensión del sentido de su conducta como ilícita o tiene dicha capacidad disminuida de modo relevante. Por tanto, el problema es la afectación de la capacidad de autocontrol del agente —o de su fuerza de voluntad—. Lo decisivo es que este déficit volitivo tiene que deberse a causas internas, caracterológicas, con independencia de si estas, a su vez, han sido desencadenadas por un factor exterior o no. En este último ámbito son clásicos los casos en que puede advertirse una lesión cerebral clara y asociarla a la alteración psíquica padecida por el sujeto. Así, por ejemplo, las lesiones debidas a tumores, o a la incrustación de partes de un proyectil o de una pieza metálica cualquiera en el cerebro.[42] Ciertamente, estos tienen la ventaja de contar con un medio de prueba relativamente fácil, a través del escáner. Además, los órganos judiciales suelen dar mayor relevancia al trastorno del que se trate cuando consta que este tiene como base un daño biológico o neurológico, que si se trata de un daño psicológico. De alguna manera, la idea subyacente es que a un agente se le reputa más responsable de su psicología que de su biología. En todo caso, los supuestos relevantes para la imputabilidad deben distinguirse de aquellos en los que la pérdida del control por parte del sujeto se debe únicamente a la amenaza proferida por un tercero, o bien al peligro derivado de una situación natural.

2.3.2.2. Los términos del debate

37 Como se ha ido adelantando, la dimensión volitiva de la inimputabilidad es discutida en cuanto a su fundamento y reconocimiento, así como en lo relativo a su alcance. A este respecto, es especialmente representativo el contenido del debate norteamericano. En efecto, allí un sector doctrinal se muestra absolutamente escéptico en cuanto a la propia dimensión volitiva de la imputabilidad. En consecuencia, trata de reconstruir algunos de estos supuestos como casos de irracionalidad del agente, asignándoles relevancia en virtud de esto último.[43]

---

[42] *Urruela Mora* (2004), 230 ss.; *Otero González* (2021), 79 ss.

[43] *Morse*, Virginia L. R. 88 (2002), 1025 ss.; *el mismo* (2009), 449 ss.; *Litton* (2017), 185 ss.

Así pues, los casos que no admiten tal reconstrucción se consideran jurídicamente irrelevantes. En cambio, la posición contraria se inclina por admitir de modo amplio la relevancia de los déficits volitivos en la imputabilidad, con efectos claramente ampliatorios de la exención.[44] Entre ambos extremos, una posición intermedia trata de distinguir entre los casos de ausencia de capacidad de control y aquellos en los que el sujeto simplemente no ejerció el control, estableciendo los requisitos de la relevancia moral y jurídico-penal de unos y otros.[45] La concreción de todo ello en la fenomenología de las neurosis, de las psicopatías y de otras alteraciones psico-sociales está todavía ampliamente pendiente.[46]

A diferencia de lo que sucede en el debate norteamericano, la discusión **38**
de progenie alemana —incluida la española— se halla marcada, de entrada, por un prejuicio ideológico. En efecto, este es el de que, si se reconoce que existen casos de inimputabilidad por razones volitivas, se está asumiendo una concepción liberoarbitrista de la culpabilidad. Con base en esto, se tiende a prescindir, al menos nominalmente, del análisis de si el agente hubiera podido actuar de acuerdo con su comprensión del injusto de su conducta. En esta línea se enmarca, por ejemplo, la propuesta que pretende circunscribir el juicio de inimputabilidad a si el sujeto carecía de asequibilidad normativa —esto es, de capacidad de ser tomado como interlocutor por la norma—. Sin embargo, en este mismo plano se hallan también otras construcciones que tratan de fundar la imputabilidad en la racionalidad del proceso de decisión del sujeto, de modo análogo a la primera de las posiciones del debate norteamericano.

2.3.2.3. La impulsividad y la debilidad

Sin embargo, lo cierto es que al sujeto que comprende la antijuridicidad **39**
de su hecho le puede faltar la capacidad de autocontrol necesaria para obrar de acuerdo con esa comprensión. A su vez, esto puede tener lugar en dos grandes grupos de casos. Por un lado, en aquellos en los que el proceso que conduce a la actuación discurre de modo muy rápido.[47] Este es el supuesto al que se alude con las expresiones forenses clásicas relativas a los actos en cortocircuito, reacciones impulsivas o explosivas —conductas pasionales—, o actos de defensa instintiva (*cfr. supra* capítulo 9/46). Ahora bien, por otro lado, también puede producirse en otros contextos, en los que la falta de autocontrol es diacrónica, dando lugar a las situaciones de debilidad de voluntad. De hecho, se ha constatado que estas últimas pueden derivarse de algunos trastornos de la personalidad. Así, por ejemplo, la neurosis obsesivo-compulsiva y

---

[44] *Corrado,* Texas T. L. R. 42 (2009), 481 ss.; *Brink,* Lindley Lectures 53 (2013), 1 ss.; *Brink/Nelkin,* Oxford Studies in Agency and Responsibility 1 (2013), 296 ss.

[45] *Moore* (2016), 179 ss.

[46] *Morse,* Ohio St. J. C. L. 1 (2003), 301.

[47] *Haas,* FS Krey, 2010, 117 ss.

otros trastornos del tipo «C» pueden producir desde luego defectos cognitivos, pero también defectos volitivos.[48]

2.3.2.4. La cuestión de la frontera

40 Ahora bien, la identificación de estos dos grupos de casos no pone fin a los problemas. Así, es necesario reflexionar sobre dónde se debe fijar la frontera de la incapacidad de actuación conforme a la comprensión de la ilicitud de la propia conducta. Adicionalmente, sobre si es razonable excluir la culpabilidad penal en virtud de la concurrencia de fenómenos que dan lugar a una elevada dificultad de actuar conforme a la comprensión del Derecho. En definitiva, se trata de explorar la posibilidad de trasladar consideraciones que es común efectuar a propósito de las cogniciones, al ámbito de las voliciones. Un enfoque así tiene muy relevantes consecuencias prácticas que cabe no sea posible concretar en casos de delincuencia grave —con frecuencia asociados a las psicopatías—, pero que quizá sí sea posible plantear a propósito de otros trastornos de la personalidad en relación con delitos menos graves.

41 Adicionalmente, todo ello puede tener un efecto colateral. En concreto, que, igual que se analiza la posibilidad de un «error de prohibición», como déficit cognitivo no patológico del sujeto en relación con la ilicitud de su conducta, también se analice una posible «debilidad de voluntad», como déficit volitivo (no necesariamente patológico) del mismo sujeto en relación con la propia conducta, cuya antijuridicidad conoce. Ciertamente, la debilidad de voluntad —la acrasia— existe, y en algunos casos puede conducir a cometer delitos, en particular de omisión, pero también de comisión activa. La pregunta es si sobre tal base cabe construir una eximente o, al menos, una atenuante de la responsabilidad. Desde luego, una debilidad caracterológica debida a actos previos del propio agente no debería eximir; este es el caso de las adicciones. Sin embargo, no cabe descartar que se haya generado desde la infancia, asociada a algún trastorno de la personalidad de menor entidad unido a una educación absolutamente desacertada.

42 De este modo se llega a la periferia de cualquier alteración o anomalía mental. Por eso, tal eximente o atenuante no existe, al menos en las legislaciones de nuestro entorno, salvo para los mencionados casos de adicciones, que se consideran más adelante a propósito de la atenuación. Con todo, probablemente es necesario analizar con más detalle estas situaciones para determinar si procede la adopción de alguna construcción supralegal o, al menos, el recurso a la atenuante analógica. Desde luego, la jurisprudencia no atribuye a este conjunto de situaciones un efecto excluyente de la imputabilidad sino, muy excepcionalmente, una imputabilidad disminuida con efectos de exención incompleta. Así, lo más común es que se estime que su relevancia sólo justifica

[48] En el *Model Penal Code*, Sec. 4.01 (2) se indica: «*As used in this Article, the terms mental disease or defect do not include an abnormality manifested only by repeated criminal or otherwise antisocial conduct*».

la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP; por ejemplo, en los casos de ludopatía.[49]

2.3.3. *Otros supuestos: el desorden de personalidad múltiple, el lavado de cerebro*

43 El desorden de personalidad múltiple —o desorden de personalidad disociativa— consiste en una división de la mente, de modo tal que el sujeto que lo padece muestra dos o más identidades distintas, que alternativamente toman el control de su comportamiento. Un ejemplo de ello es el famoso caso literario del Dr. Jekyll y Mr. Hyde.[50] Pues bien, el criterio para determinar la relevancia jurídico-penal de estos casos es discutido. Una opinión subraya que sólo procede examinar la concurrencia de los presupuestos de la imputabilidad en la «personalidad» que actúa en el momento de los hechos; esto es, en Mr. Hyde. Otra, en cambio, parte de la ausencia de responsabilidad de «una» de las identidades (o estados mentales, personalidades) por lo que hace la «otra».[51] En realidad, desde la perspectiva de los principios de responsabilidad personal y de la personalidad de las penas, la cuestión es si al Dr. Jekyll se le puede condenar e imponer la pena por lo que hizo Mr. Hyde. Pues bien, ello sólo sería posible desde la perspectiva de una estructura análoga a la de la *actio libera in causa in agendo* o *in omittendo*. Por lo tanto, es preciso determinar si la personalidad no delictiva provocó o pudo evitar la «aparición» en escena de la personalidad criminal. Un caso distinto, en fin, es el del sujeto que cometió el delito en un estado de «lavado de cerebro»,[52] llevado a cabo por parte de los miembros de una secta, o de un grupo terrorista. Al respecto, es común sostener que no se beneficia de una exclusión de la imputabilidad, ni siquiera de la atenuación de esta.[53] Cuestión distinta es que, si tras la comisión del delito tiene lugar un proceso de desprogramación, pueda apreciarse una atenuación e incluso una exención de la pena por asignar alguna relevancia al comportamiento postdelictivo (*cfr. infra* capítulo 27/93).

2.3.4. *La cuestión en los delitos imprudentes*

44 El juicio de culpabilidad puede plantear algunos problemas singulares en los delitos imprudentes. Ello no se debe a que su estructura varíe con respecto a los delitos dolosos. Sin embargo, sí debe admitirse la posibilidad de

---

[49] STS 932/2013, de 4 de diciembre. Crítico, *Correcher Mira*, RECPC 22 (2020), 23-24.

[50] *R.L. Stevenson*, El extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde (1886).

[51] *Braude*, Philosophy, Psychiatry & Psychology 3 (1996), 37 ss. A favor de la exención por un problema de identidad personal, *Saks*, Southern California Interdisciplinary L. J. 10 (2001), 185 ss.; en contra, proponiendo que se examinen desde la perspectiva ordinaria, *Sinnott-Armstrong/Behnke*, Southern California Interdisciplinary L. J. 10 (2001), 277 ss.

[52] En inglés: «*brainwashing*».

[53] En cambio, a favor, *Delgado*, Minnesota L. R. 63 (1978-1979), 9 ss., 11 ss. En contra, *Dressler*, Minnesota L. R. 63 (1979), 358.

que determinados casos de conductas imprudentes se relacionen con algunas situaciones de inimputabilidad o, más todavía, de imputabilidad disminuida. En concreto, determinadas infracciones de deberes de cuidado —en particular, en casos de imprudencia inconsciente— pueden guardar relación con déficits de inteligencia propios de la discapacidad intelectual denominada antiguamente oligofrenia. Por tanto, existen «imprudencias condicionadas» por tales déficits, al igual que por otras patologías.

2.4. Los elementos del juicio normativo de adscripción

2.4.1. La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho

45 El juicio normativo-adscriptivo puede tener lugar desde diferentes puntos de vista. Ahora bien, para poder ser objeto de impugnación mediante las correspondientes vías de recurso, es necesario, en primer lugar, que no se encubra como una mera cuestión de «determinación de los hechos». En segundo lugar, es preciso que no sea ni tópico ni global, sino que se base en reglas concretas y reconocidas en el discurso jurídico. Por su parte, la jurisprudencia española describe el juicio de adscripción de imputabilidad como un «juicio jurídico conforme a criterios de experiencia».[54] Ello muestra que distingue con claridad un plano empírico —de explicación medicolegal— y un plano normativo de comprensión, estrictamente jurídico-penal. Sin embargo, esa distinción de planos fáctico y jurídico tiende a identificarse con la dualidad existente entre los medios de prueba —los dictámenes periciales, otros datos obrantes en la causa— y la valoración de la prueba conforme a las «reglas de la sana crítica».[55] Por su parte, tales reglas procesales de valoración de la prueba se entienden constituidas por «las exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común». El problema es que de este modo el juicio jurídico-procesal de valoración de la prueba y el juicio jurídico-sustantivo de adscripción se acaban identificando. En definitiva, se genera la impresión de que no existen reglas jurídico-sustantivas para adscribir la imputabilidad o la inimputabilidad. Para evitarlo, en este punto, como en general en Derecho penal, es preciso insistir en la necesidad de distinguir entre tres clases distintas de juicios: (a) los juicios empíricos, que son incorporados al proceso como medio de prueba; (b) las reglas procesales de valoración de dicha prueba; y (c) los juicios jurídicos derivados de la aplicación de las reglas sustantivas de adscripción de inimputabilidad.

46 Los elementos de la regla para formular este último juicio normativo de adscripción son los siguientes. En primer lugar, ciertamente, (i) debe atenderse al plano empírico-descriptivo, esto es, a los estados mentales anómalos o alterados, sobre los que informan los peritos, que constituyen indicadores de una posible ausencia o disminución de imputabilidad. Sin embargo, los decisivos

---

[54] STS 243/2005, de 25 de febrero.

[55] Así reza el art. 741 LECrim española.

son los dos elementos adicionales, estrictamente jurídico-sustantivos. Estos son, por un lado, (ii) el elemento exegético-formal derivado de la interpretación de las disposiciones legales relativas a la imputabilidad. Por otro lado, y sobre todo (iii), los criterios jurídico-materiales de naturaleza axiológico-teleológica relativos a la imputabilidad, que necesariamente tienen que hacerse explícitos por parte del órgano judicial.

2.4.2. Los argumentos integrados en la regla

2.4.2.1. Los dos modelos de reglas de adscripción

47 Como ya se señaló, el juicio normativo de adscripción de incapacidad de culpabilidad —inimputabilidad— puede responder a dos clases de criterios rectores (*cfr. supra* capítulo 23/80). Por un lado, cabe que responda a un criterio normativo-individual. A su vez, este tiene que ser deontológico, de modo que su objetivo es contribuir a la determinación de si el sujeto puede merecer pena, a la vista de su capacidad o incapacidad de cumplir con su deber jurídico. Por otro lado, puede reconducirse a un criterio normativo-social, funcional. Este, por su parte, pretende ser consecuencialista, de modo que su criterio decisivo es el de la eficiencia preventivo-general positiva o, en otros términos, el de la necesidad social de castigo.[56]

2.4.2.2. El modelo acogido

2.4.2.2.1. Para las situaciones de radical incapacidad

48 Aquí se toma como punto de partida el criterio normativo-individual, regido por el punto de vista orientativo de una ontología de la incapacidad. Así pues, si existen datos clínicos que llevan a pensar en una incapacidad de autodeterminación del agente, no cabe efectuar una adscripción jurídica de imputabilidad, ni siquiera disminuida. Aparentemente, esto es lo que aprecian los tribunales en los casos de las psicosis más profundas —enfermedad mental en sentido estricto— e igualmente en los supuestos de déficits intelectuales graves.[57] En efecto, la hipotética ausencia de opciones de tratamiento eficaz en el marco de la medida de seguridad que haya que imponer en caso de que el sujeto sea efectivamente peligroso no es un fundamento suficiente para imputar responsabilidad y castigar a quien no lo merece.[58]

49 La única excepción al criterio clínico podría venir dada por la existencia de una provocación de la situación de alteración mental por parte del agente. Desde luego, no cabe provocar activamente una enfermedad mental, pero sí dar pie por omisión del tratamiento prescrito a que ceda la contención psiquiátrica estable-

---

[56] Este último es el modelo propuesto por *Jakobs* (1997); *el mismo* (2008). Crítico, *Neumann* (2000), 123.

[57] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 18/5 y 14.

[58] En contra, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 18/25.

cida para aquella. Sin embargo, en el ordenamiento español esta posibilidad no se contempla de modo expreso para las situaciones con patología subyacente, sino sólo para el trastorno mental transitorio. Por lo tanto, los tribunales excluyen también la adscripción de imputabilidad con base en la conducta previa, esto es, en los casos de provocación —normalmente por omisión: *actio* o bien *omissio libera in omittendo*— de la situación patológica. Así, por ejemplo, cuando un sujeto abandona el tratamiento antipsicótico que le había sido prescrito por el psiquiatra, pese a lo cual sigue conduciendo vehículos de motor. La consecuencia es que la psicosis que padece determina que pase a circular en sentido contrario por una autopista, lo que causa un grave accidente.[59]

50 Ciertamente, cabe sostener que, en estos casos, la solución justa debería ser la atribución de responsabilidad. Sin embargo, esta última es difícil de construir en el plano de la exégesis legal. En efecto, todo indica que el legislador español ha optado por afrontar exclusivamente en el marco conceptual de las medidas de seguridad aquellos casos en los que (i) una patología ha dado lugar a la comisión del hecho delictivo; y (ii) el sujeto activo continúa siendo peligroso. Ello conduce a la imposición de un tratamiento de modo obligatorio, como medida de seguridad ambulatoria, esto es, por lo general sin internamiento. Ahora bien, de este modo queda exento de castigo el injusto culpable de la conducta gravemente imprudente consistente en el abandono del tratamiento por parte del enfermo, que dio lugar a que la patología volviera a aflorar. Sobre esto se efectúan algunas consideraciones adicionales más adelante.

2.4.2.2.2. Para las situaciones de intensa dificultad

51 En cambio, el caso es distinto en los supuestos en los que los datos empíricos llevan a pensar no en una situación de plena incapacidad, sino en una de capacidad intensamente limitada. Ciertamente, en estos últimos también es posible excluir la culpabilidad penal por razones de grave dificultad de autodeterminación, y no solo atenuarla. Sin embargo, aquí el juicio versa sobre la exigibilidad: sobre la imputabilidad punible. Así pues, tal juicio normativo-adscriptivo debe atender también a otros indicadores —individuales y sociales— reveladores de una mayor o menor exigibilidad comunitaria de responsabilidad. Esto significa que en él entran en juego, por un lado, criterios de equidad para con el sujeto. Pero también, por otro lado, criterios de prevención general positiva.[60] En este punto es precisa, en primer lugar, una consideración de la intensidad de la alteración o anomalía, y de su naturaleza cognitiva o volitiva-emocional, que como se ha visto suelen merecer juicios distintos. En segundo lugar, es necesario valorar la medida de la responsabilidad del sujeto por el correspondiente defecto cognitivo y volitivo —esto es, las consideraciones relativas a la conducción de la vida, las incumbencias—.

---

[59] STS 1019/2010, de 2 de noviembre.

[60] Próximo, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 18/6; *Toepel* (2002), 217.

En fin, en tercer lugar, procede atender a las necesidades y posibilidades de alcanzar efectos de prevención general positiva a través de la prevención especial. A su vez, este último sub-juicio tiene dos fases. La primera, si acaso es posible y deseable un tratamiento terapéutico específico y obligatorio, a través de una medida de seguridad. La segunda, si el aseguramiento cognitivo que esta proporciona es suficiente para la estabilización de la norma, de manera que la colectividad admita la ausencia de pena. En definitiva, el modelo responde a la misma lógica propuesta en su momento, según la cual el castigo se fundamenta en una retribución limitada por consideraciones de equidad y de prevención general positiva. Desde luego, sin merecimiento, no es posible sostener el castigo. Ahora bien, viceversa es posible renunciar al castigo merecido por razones de equidad, de ausencia de necesidad e incluso de oportunidad.

El problema fundamental que tiene que afrontar este planteamiento es que **52**
las medidas de seguridad tienen, en la legislación española, un límite máximo de duración derivado de criterios de proporcionalidad con el injusto del hecho cometido.[61] En cambio, no tienen un límite mínimo de duración. En efecto, una medida de seguridad puede y debe cesar al día siguiente de su imposición si el sujeto deja de ser peligroso. Igualmente, una medida de internamiento debe cesar inmediatamente si el efecto de prevención especial pretendido puede alcanzarse mediante una medida ambulatoria. Pues bien, esta mayor «benignidad» de la medida en comparación con la pena determina que en muchos de estos casos se impongan acumulativamente tanto esta última —en su caso, disminuida en virtud de la apreciación de una eximente incompleta— como aquella.[62] Como se advierte, aquí aflora la tensión entre la consideración de la dimensión subjetivo-individual —favorable a la exención, por la gran dificultad de orientar la propia conducta al Derecho— y la preventivo-social —reticente a la exención, en ocasiones, para evitar dar carta de naturaleza a ciertas situaciones ubicuas—.

2.4.2.2.3. Consideraciones finales

En definitiva,la distinción entre imputabilidad e inimputabilidad es categorial —binaria—.[63] Esto significa que todo aquel que, en el momento del hecho, carecía absolutamente de la capacidad de comprensión de lo ilícito o de adecuar su conducta a dicha comprensión es inimputable. Por tanto, no merece pena conforme al texto legal. Ahora bien, en los casos en los que no se da una plena incapacidad, sino una seria dificultad para las referidas comprensión o adecuación, el sujeto merece alguna pena. Como se ha señalado reiteradamente, la infracción de la norma de conducta —la antinormatividad— solo se excluye en virtud de la mencionada incapacidad de autodeterminación. Por tanto, en los casos de elevada dificultad de autodeterminación, lo más que cabe es excluir la

[61] Así, el art. 6.2 CP.

[62] Así, el art. 99 CP.

[63] Sobre lo binario y lo gradual: *Moore* (2016), 179 ss.

aplicación de la norma de sanción o bien limitar la gravedad de la sanción imponible. En este punto inciden razones teleológicas, derivadas de la peculiaridad de la consecuencia jurídica pena —esto es, razones de exigibilidad bajo pena—.

54 Ello es coherente con el tenor literal del art. 20.1.° CP español. En efecto, este precepto obliga a eximir en caso de absoluta incapacidad de comprensión del Derecho o de adecuación de la propia conducta a dicha comprensión. Ahora bien, no establece que la exención sólo deba producirse en esos casos. Sin embargo, en los demás supuestos también entran en juego consideraciones de política del Derecho penal —de exigibilidad—, que se rigen por la lógica de la norma penal de sanción. De hecho, tales criterios se encuentran como criterio regulativo en el ámbito de la tipicidad penal —al determinar la clase de hecho punible—, de la exclusión de la prohibición bajo pena por razones objetivas —el injusto punible del hecho concreto— y, ahora, de la culpabilidad penal —al agente concreto—. Es decir, en todas las categorías teleológicas del sistema (*cfr. infra* capítulo 27/10).

55 Como ya se indicó, las alteraciones y anomalías mentales ocupan una posición ubicua en el sistema del delito. En primer lugar, las que dan lugar a la exclusión de la acción, del dolo o de la imprudencia deben considerarse en las respectivas ubicaciones sistemáticas. Por su parte, las que excluyen la capacidad de comprensión del injusto del hecho o de adecuación de la propia conducta a dicha comprensión —la imputabilidad— ciertamente no impiden la lesión del contenido valorativo de la norma de conducta, pero sí la propia antinormatividad de la conducta —es decir, la infracción de la norma—. Es decir, en tales casos el inimputable no niega la directiva, como tampoco la niega quien obra sin dolo ni imprudencia. Finalmente, en los casos de gran dificultad de comprensión o de adecuación, la conducta es antinormativa, pero la imposición de pena —o la imposición de toda la pena— no constituye una consecuencia equitativa. Por otro lado, es preciso tener en cuenta la dimensión gradual de las disminuciones de la imputabilidad. Ciertamente, sólo la posibilidad de hablar de grados de imputabilidad hace justicia a las diferencias que existen entre muy diversos grupos de personas, todas ellas imputables. En efecto, únicamente de este modo se realiza el postulado del principio de igualdad, que consiste en tratar de modo desigual los casos desiguales. Por tanto, en última instancia la mayor parte de las cuestiones debatidas acerca de la imputabilidad del sujeto deben abordarse en el marco de la doctrina de la individualización de la pena.

III. EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

1. LA BASE EMPÍRICO-DESCRIPTIVA

56 El denominado «trastorno mental transitorio» constituye una forma de alteración mental caracterizada por la ausencia de fondo patológico y por su transitoriedad, esto es, por su duración limitada. En efecto, lo propio del trastorno mental es su naturaleza «situacional». Así pues, en los supuestos a

los que se refiere es la incidencia de algún factor accidental el que produce el efecto de alteración en un sujeto en principio normal. Ello dificulta la emisión del juicio empírico-descriptivo, si se tiene en cuenta que el examen de la persona luego acusada tiene lugar con posterioridad al episodio de la alteración y que lo característico del trastorno es la ausencia de un «fondo patológico». En todo caso, la estimación de la inimputabilidad del agente debe determinar la ausencia de toda consecuencia jurídica. En efecto, la vinculación con la situación concreta impide apreciar en aquel una peligrosidad que pudiera dar lugar a la imposición de medidas de seguridad. Con todo, no cabe descartar la posibilidad de que el afectado por el trastorno padezca una patología que no determine la exención de responsabilidad por sí misma, pero que constituya la base de la producción más o menos reiterada de trastornos transitorios. Ello puede dar lugar a problemas en el momento de decidir sobre la aplicación de medidas de seguridad al sujeto. Igualmente, es posible que en la base de ciertos trastornos mentales transitorios se halle una personalidad que, por su excesiva agresividad, quepa calificar de peligrosa.

Aunque pueden existir trastornos que afecten a la comprensión del injusto del hecho, con mayor frecuencia suelen redundar en un defecto volitivo, es decir, en la «pérdida del control». En este contexto se sitúan las conductas impulsivas —actos en cortocircuito—,[64] en particular los «hechos pasionales»[65] y los «instintivos», realizados para la satisfacción del impulso defensivo o sexual. Cuestión distinta es que estos últimos alcancen la entidad y merezcan la valoración necesaria para eximir de responsabilidad. En este punto, algunos autores, a partir del debate psiquiátrico existente al respecto, han indicado que resulta imposible distinguir entre el impulso irresistible y el meramente no resistido. Por lo tanto, sostienen que debería rechazarse el argumento relativo al déficit volitivo del agente. 57

2. EL JUICIO NORMATIVO-ADSCRIPTIVO

El art. 20.1.°, I CP español exime de responsabilidad criminal a quien, al cometer el hecho, padece la alteración que conocemos como trastorno mental transitorio, siempre que este «le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Sin embargo, el art. 20.1.°, II CP añade que: «El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». En cuanto a lo primero, debe darse por reproducido aquí todo lo señalado antes en cuanto a la estructura y contenido de los juicios normativo-adscriptivos. En cuanto a lo segundo, la imputación al sujeto de la provocación activa (u omisiva) del trastorno, esta ha dado lugar a la larga e intensa discusión doctrinal sobre la *actio libera in causa*, que se examina a continuación. 58

---

[64] *Schewe* (1972), 30; *Krümpelmann*, FS Welzel, 1974, 334, 338.

[65] En alemán: «*Affekttaten*».

IV. LA PROVOCACIÓN —Y LA NO EVITACIÓN— DEL TRASTORNO. LA DOCTRINA DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

1. GENERALIDADES

1.1. Introducción

59 La situación de déficit cognitivo o volitivo derivada del padecimiento de un trastorno mental transitorio o de una situación de intoxicación (art. 20.1.°, II y 20.2.° CP español) puede ser el resultado de una provocación activa dolosa o imprudente por parte del sujeto que lo padece —así, mediante la ingesta de alcohol u otras drogas—. Ahora bien, asimismo puede ser el resultado de una provocación omisiva de este. Ello sucede cuando, pudiendo y debiendo haber previsto que el trastorno sobrevendría, no lo impide. Por ejemplo, en supuestos de interrupción del seguimiento de ciertos tratamientos psiquiátricos. Ahora bien, tal interrupción también puede generar, en el caso de patologías crónicas, que se suscite un episodio agudo de estas (art. 20.1.°, I CP español). En fin, lo concretamente provocado por omisión puede ser un síndrome de abstinencia (art. 20.2.° CP español). Pues bien, la provocación activa u omisiva de todas estas situaciones se ubica en el ámbito conceptual de la doctrina de la *actio libera in causa*, aunque en España la provocación de crisis de las enfermedades mentales, al igual que la provocación de síndromes de abstinencia, carece de relevancia jurídico-penal.

1.2. La terminología y las diversas estructuras

60 La expresión *actio (non libera in se, sed) libera in causa (sua)* —esto es, acción (no libre en sí, sino) libre en su causa— designa, por un lado, un conjunto de supuestos de hecho problemáticos. Estos pueden ser agrupados en la estructura de los «casos de *actio libera in causa*» —es decir, de provocación activa u omisiva de alteraciones o anomalías mentales—. Sin embargo, aquella expresión también designa una determinada propuesta de solución dogmática a tal conjunto de supuestos de hecho. Esta es la llamada «doctrina de la *actio libera in causa*». En realidad, atendida la existencia de una pluralidad de «modelos» dogmáticos de solución de la estructura problemática, resulta preferible hablar de «doctrinas» de la *actio libera in causa*. El origen de todas ellas puede rastrearse, como mínimo, hasta la Ética de Aristóteles.[66] Más tarde, puede advertirse su desarrollo en la distinción de Tomás de Aquino entre el denominado *voluntarium secundum se* y el *voluntarium secundum suam causam* o *voluntarium in sua causa*.[67] En fin, el iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII les dedicó también bastante atención.

61 Existe consenso absoluto sobre la existencia de una estructura problemática de casos que se conoce como *actio libera in causa*. Así, el supuesto de

---

[66] *Aristóteles*, Ética, 1114a.; *Hruschka*, FS Link, 2003, 689 ss.

[67] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica I-II, c. 77, a. 7 c.

hecho que se contempla en ellos es el siguiente. Cabe advertir una conducta inmediatamente relacionada con la producción de un resultado típico —la *actio posterior*—, típicamente antijurídica, pero llevada a cabo por un sujeto en situación de alteración o anomalía psíquica. Ahora bien, es posible identificar una fase previa a aquella —una *actio praecedens*—. En esta, el mismo sujeto, pero en situación de perfecta imputabilidad, ha provocado activamente —de modo doloso[68] o imprudente— su posterior estado de anomalía o alteración, o bien, de forma contraria a deber, no ha impedido su aparición —dolosa o imprudentemente—. En realidad, las estructuras completas de la *actio libera in causa* son el resultado de la combinatoria de tres pares de conceptos. A saber: (a) conducta precedente/conducta posterior; (b) conducta activa/conducta omisiva; y (c) dolo/imprudencia.[69] La integración de la variable activa/omisiva da lugar a una estructura más compleja, que debe denominarse *actio sive (vel) omissio libera in causa* y se divide en: (i) *actio libera in causa*, a su vez subdividida en *actio libera in agendo* y *actio libera in omittendo*; y (ii) *omissio libera in causa*, subdividida en *omissio libera in agendo* y *omissio libera in omittendo*. Ahora bien, atendiendo a la relevancia que la doctrina dominante atribuye a la conducta precedente, lo más razonable sería distinguir, de entrada, entre (i) *actio vel omissio libera in agendo;* y (ii) *actio vel omissio libera in omittendo.*[70] Por su parte, la doctrina angloamericana trata conjuntamente de modo general la cuestión de la provocación de la concurrencia de los elementos de una eximente.[71] Sin embargo, ya se ha observado que los casos de provocación de la ausencia de acción y los de provocación de la concurrencia de los elementos de las causas de justificación constituyen situaciones parcialmente distintas.

2. EL MARCO DE LA DISCUSIÓN

2.1. Las discrepancias político-jurídicas

No existe acuerdo en relación con la consecuencia que se deriva, en el plano 62
normativo, de la concurrencia de los elementos estructurales de la *actio libera in causa*. Por el contrario, al respecto existen diversas opciones político-jurídicas fundamentales. Así, un sector doctrinal (i) considera que en ellos falta el merecimiento de pena y, por tanto, la responsabilidad, dada la falta de concurrencia de un injusto culpable coetáneo, lo que supondría la vulneración

---

[68] Aquí «dolosamente» significa no únicamente con dolo en cuanto a la situación de inimputabilidad que se provoca, sino también con el propósito en cuanto a la producción de un hecho antijurídico en dicha situación de inimputabilidad.

[69] *Silva Sánchez* (1986), 260 ss.; *Joshi Jubert* (1992), 188 ss.

[70] Por su parte, el dolo puede concurrir en los dos momentos (activos u omisivos), en uno o en ninguno. Y lo mismo sucede con la imprudencia.

[71] Bajo la denominación de «*prior fault*», y con base en la estructura de «*causing the conditions of one's defense*»: *Child* (2014), 37 ss. Ya *Robinson*, Yale L. J. 93 (1984), 609 ss.; *el mismo*, Virginia L. R. 71 (1985), 1 ss. Con matices, *Dimock*, CL&Phil 6 (2012), 341 ss.; *la misma*, CL&Phil 7 (2013), 549 ss., distinguiendo entre provocación de causas de justificación y provocación del trastorno, así como entre casos de dolo y de imprudencia.

del principio de coincidencia.[72] Supuestamente, en el caso de la provocación dolosa a ello se añadiría algún elemento adicional. En concreto, que, si la provocación ha generado en el agente un estado de efectiva inimputabilidad, no se entiende que en tal estado pueda ejecutar precisamente lo que planeó en la decisión inicial. Y si no alcanza la inimputabilidad, entonces se le puede castigar normalmente. Por su parte, otra opinión (ii) admite que concurre merecimiento de pena en los hechos, pero advierte que la sanción tropieza con un problema de legalidad. Así, entiende que la eventual responsabilidad penal debería resultar de la tipificación expresa como delito de peligro de las conductas realizadas por el sujeto en el marco de la *actio praecedens* que se estimaran relevantes.[73] Frente a todo ello, la doctrina ampliamente dominante (iii) sostiene que el sujeto debe ser castigado y, además, que puede serlo *de lege lata*. Adicionalmente, sostiene que debe ser castigado con la pena del delito de resultado de lesión finalmente producido.[74] Así pues, sentado esto, la discusión interna versa sobre la individualización de la pena y, sobre todo, sobre la fundamentación de la solución.

2.2. Los diversos «modelos» dogmáticos

2.2.1. Planteamiento

63 Entre quienes sostienen que en los casos de *actio libera in causa* el comportamiento del agente es, ya *de lege lata*, punible con la pena del delito de resultado de lesión finalmente cometido, no existe consenso sobre cómo fundamentar esta conclusión. Esta divergencia es la que ha dado lugar a la contraposición de varios «modelos». Así, en una primera aproximación es posible distinguir entre los modelos de la anticipación —o de la tipicidad—, de la excepción y de la extensión —o ampliación—. Ello tiene lugar en función de que el injusto culpable relevante se sitúe en la conducta precedente,[75] en la conducta posterior,[76] o en la combinación de ambas.[77] Sin embargo, concretando algo más, el dominante modelo de la tipicidad puede subdividirse en el de la autoría directa y el de la autoría mediata —o del instrumento—, en función de que se considere que la *actio praecedens* y su incidencia sobre la *actio posterior* responden más bien a una u otra modalidad de autoría o de tipicidad. En realidad, pueden distinguirse, al menos, seis modelos alternativos. Estos son: (i) el

---

[72] Así, las referencias de *Hruschka* (2005), 168 n. 31.

[73] *Montiel Fernández*, LH Silva Sánchez, 2019, 265 ss.; *el mismo* (2020), 525 ss., 595 ss. Esta solución resulta próxima a la acogida en la legislación alemana y portuguesa, en las que existe un delito de autointoxicación, con la condición objetiva de punibilidad consistente en la comisión de un delito en tal estado (*Figueiredo Dias*, LH Luzón Peña, I, 2020, 663-664). Sin embargo, ello no obsta al manejo de la responsabilidad por la vía de la *actio libera in causa*.

[74] Con matices, *Luzón Peña*, LH Huerta Tocildo, 2020, 487 ss.

[75] Es decir, en la conducta de provocación de la situación defectuosa.

[76] Es decir, en la ejecución del hecho en el contexto de la situación defectuosa.

[77] *Streng*, JZ 1994, 709 ss.; *el mismo* (2012), 267 ss.

modelo puro de la anticipación o, más comúnmente, de la tipicidad —o de la imputación ordinaria—; (ii) el modelo de la excepción —o de la imputación extraordinaria—; (iii) el modelo de la extensión o ampliación; (iv) el modelo de la autoría mediata —o primer modelo modificado de la tipicidad—; (v) el modelo de la comisión por omisión —segundo modelo modificado de la tipicidad—; [78] y (vi) el modelo de la participación —tercer modelo modificado de la tipicidad—. [79] Una variante de este último es la que se defiende aquí. [80]

2.2.2. Las críticas al modelo de la excepción

64 El modelo de la excepción sostiene que la conducta realizada en estado de anomalía o alteración mental provocadas debe reputarse excepcionalmente culpable, al haber sido provocada de modo relevante por el propio sujeto. Ello ha dado lugar a que se le dirijan numerosas críticas. En particular, por un lado, se le ha reprochado su incompatibilidad con los principios de coincidencia y de culpabilidad; por otro, con el principio de legalidad. [81] Las dos primeras objeciones parten de que la segunda conducta de entrada no es culpable. Así pues, recurrir a la provocación previa para construir excepcionalmente su culpabilidad vulnera el propio principio de imputación subjetiva. Además, al hacerlo se lesiona también el principio de coincidencia en el tiempo de la conducta antijurídica y la culpabilidad del sujeto. Ahora bien, lo cierto es que una concepción funcionalista o discursiva de la culpabilidad no tiene especiales problemas para fundamentar en una estructura así la culpabilidad y la coincidencia de esta con el injusto. [82] En cambio, es más importante la objeción relativa al principio de legalidad. En efecto, en aquellas legislaciones en las que no se prevé expresamente la excepción —a saber, que el trastorno provocado no excluye la imputabilidad— el manejo de esta *de lege lata* implica practicar una problemática reducción teleológica de la eximente. [83] Con todo, la legislación española sí prevé dicha excepción, aunque sea de modo parcial.

2.2.3. Las críticas al modelo mayoritario de la tipicidad

65 El modelo de la tipicidad es ampliamente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia. [84] Sin embargo, sus diversas variantes también han merecido crítica. En concreto, se les puede oponer que constituyen, asimismo, modelos

---

[78] *Beck*, ZIS 2018, 206-207, 209.

[79] De la inducción —*Mitsch*, FS Küper, 2007, 359—.

[80] De la cooperación por favorecimiento: *Silva Sánchez*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1117 ss.

[81] *Roxin*, ADPCP 1988, 21 ss.; *Schmidhäuser* (1992), 14 ss.

[82] Así, *Díaz Pita* (2002), 183 ss., con base en la concepción dialógica de la culpabilidad de Neumann; *González Rivero* (2001), 156 ss., partiendo del concepto funcional de culpabilidad de Jakobs.

[83] Muy claro, *Hettinger* (1988), 449.

[84] *Roxin*, ADPCP 1988, 21; *el mismo*, LH Queralt Jiménez, 2021, 341; *Jakobs*, PJ 50 (1998), 241 ss.; *Demetrio Crespo*, LH Barbero Santos, 2001, 993 ss.; *el mismo* (2003), 137 ss.; con matices, *Joshi Jubert* (1992), 378 ss.: el resultado de la tentativa cometida en la *actio praecedens* se produce al iniciar la

de excepción, en la medida en que proponen un excepcional adelantamiento del comienzo y la perfección de la tentativa.[85] En efecto, este adelantamiento responde a la pretensión político-criminal de sostener la plena responsabilidad del sujeto —precisamente a título de autor— con base en lo que este realiza en la *actio praecedens* o, en todo caso, en la fase intermedia subsiguiente a esta y previa a la llamada *actio posterior*. Sin embargo, lo cierto es que se hace difícil situar en dicha conducta previa el injusto propio de un comienzo de la tentativa, cuanto más el de una tentativa perfecta.[86] Además, cabe discutir que sea compatible con el principio de legalidad; en concreto, con la regla legal que establece los requisitos de la tentativa. En fin, la consecuencia adicional del modelo es que degrada lo realizado por el sujeto en la *actio posterior* a la condición de mero curso causal —de «naturaleza»—.[87] Sin embargo, la realización de una conducta en ausencia de imputabilidad no puede identificarse con un supuesto de ausencia de acción. En aquel caso, existe acción humana —expresión de sentido— y dolo o imprudencia típica. Es decir, un agente moral que realiza una *actio moralis*, aunque sea *non libera*.[88] Por ejemplo, parece claro que quien, en estado de intoxicación por drogas, lleva a cabo un robo con intimidación realiza una conducta con sentido.

66 Como se ha adelantado, una variante de este modelo afirma que la estructura de la *actio libera in causa* se corresponde con la autoría mediata. Tal variante, a su vez, ha sido ampliamente acogida con el fin de fundamentar mejor las fases del *iter criminis* en estos casos. Así, por un lado, trata de facilitar la ubicación del comienzo de la tentativa en la conducta precedente —en el momento de incidencia sobre el supuesto «instrumento»—. Por el otro, pretende sostener que la perfección tiene lugar como tarde en la fase intermedia previa al inicio de la conducta posterior —esto es, en el momento en que se pierde el control sobre tal «instrumento». Sin embargo, también esta variante ha sido objeto de crítica.[89] Esta se asienta en que, en los casos de *actio libera in causa*, no cabe afirmar la existencia de dominio de un hombre de atrás sobre uno de delante.[90] En efecto, el ejecutor de la *actio posterior* no es un instrumento «de sí mismo», puesto que «él mismo» está intoxicado, de modo que precisamente carece de autodominio. Con todo, el problema práctico esencial que plantean todas las variantes tradicionales del modelo de la tipicidad es que conducen a la calificación del hecho como tentativa punible, aunque la *actio posterior* no

---

actio posterior; *Alcácer Guirao* (2004), 87 ss. SSTS 589/2010, de 2 de noviembre; 1019/2010, de 2 de noviembre; 361/2012, de 14 de mayo; 539/2014, de 2 de julio.

[85] Críticos *Neumann* (1985), 24 ss., 41 ss.; *Hruschka* (2005), 162 ss., 164 ss.; *Leupold* (2005), 195; *Streng* (2012), 270. En España, *Alonso Álamo*, ADPCP 1989, 55 ss.; *la misma*, LH Muñagorri Laguía, 2021, 297 ss.

[86] *Streng* (2012), 270.

[87] *Dold*, GA 2008, 427 ss.: la *actio libera in causa*, la autoría mediata y la autoría directa son la misma estructura de «dominio de la naturaleza».

[88] Como indica *Joerden* (1988), 42-43, en ella se da «un resto de libertad relevante para la imputación».

[89] Fundamentalmente con argumentos semánticos y lógicos, *Hruschka* (2005), 157 ss., 162 ss., 164 ss.

[90] Así, con razón, *Mitsch*, FS Küper, 2007, 358.

llegue siquiera a empezar.[91] Es decir, aunque el sujeto, una vez intoxicado, no cometa el delito, sino que precisamente se quede aturdido o dormido. Ello no puede fundamentarse en razones objetivas ni subjetivas.

3. UN REPLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1. La perspectiva estructural-conceptual

3.1.1. La incidencia de la teoría de las normas

A los dos modelos principales de la *actio libera in causa* les subyace una concepción diversa de la aplicación de la teoría de las normas al supuesto de hecho, con independencia de si se refieren explícitamente a ello o no.[92] Así, para el modelo de la tipicidad, la *actio praecedens* constituye ya la infracción de la norma de conducta del autor. Esta es, en efecto, la norma que está en la base del tipo de autoría cuya realización se consuma más tarde, al producirse el resultado de la *actio posterior*. En cambio, para el modelo de la excepción, la *actio praecedens* es la infracción de una «incumbencia» (*cfr. supra* capítulo 8/152). Por lo tanto, considera que dicha conducta no está prohibida, aunque tal infracción pueda dar lugar a la posterior aplicación de una regla de «imputación extraordinaria». En virtud de esta última, la eximente de trastorno o intoxicación que *prima facie* concurriría sobre la conducta posterior queda desactivada por la previa provocación del estado de intoxicación. En definitiva, desde esta perspectiva la infracción de la norma jurídica mediante el hecho antijurídico de autoría concurre en la *actio posterior*. Esta última, pese a realizarse en estado de inimputabilidad, se le imputa de modo extraordinario al agente como infracción de un deber personal, es decir, a título de culpabilidad. 67

Desde la perspectiva de la teoría de las normas, la alternativa de modelos expuesta admite una solución intermedia. Para ello cabe partir de que, frente a la tesis del modelo de la anticipación, según la cual en la conducta precedente ya se da una tentativa, el modelo de la excepción sostiene —explícita o implícitamente— que lo realizado por el sujeto durante tal *actio praecedens* es una conducta preparatoria irrelevante. Pues bien, las conductas que se realizan en la fase preparatoria de un delito pueden valorarse de forma diversa. Así, una opinión sostiene que infringen una norma de conducta derivada. En cambio, otras entienden que no infringen ninguna norma de conducta, sino simplemente una incumbencia o bien un deber secundario. Tal infracción simplemente da pie a que se les impute respectivamente el hecho conjunto o el hecho del autor, una vez iniciada la ejecución por parte de este. Ahora bien, esta segunda posición conduce a sostener que quien actúa como interviniente 68

---

[91] En cambio, obsérvese que tanto si todo el *iter* del hecho discurre con plena imputabilidad, como si discurre con plena inimputabilidad, la doctrina dominante tiene que sostener que la tentativa empieza en la *actio posterior*.

[92] *Roxin*, ADPCP 1988, 21 ss.; *el mismo*, LH Queralt Jiménez, 2021, 341 ss.

en la fase previa no realiza nada prohibido por el Derecho. Como ya se indicó, en esta obra se sostiene que las conductas preparatorias, aunque no vulneren la norma de conducta principal, sí lesionan una norma de conducta, que cabe calificar de derivada; por lo tanto, en ellas la conducta no puede reducirse a la mera condición de infractora de una incumbencia (*cfr. supra* capítulos 8/85; 15/13). Aplicado esto a las situaciones de *actio libera in causa*, cabe afirmar, frente al modelo de la excepción, que la *actio praecedens* es lesiva de una norma, y no de una incumbencia; en cambio, frente al modelo dominante, es preciso señalar que la infringida no es una norma principal —de autoría—, sino una norma derivada —de participación—.

3.1.2. La incidencia de la doctrina de la participación en la fase previa

3.1.2.1. El favorecimiento de terceros

69 La realización de actos de participación en el delito durante la fase preparatoria de este resulta absolutamente frecuente. Pues bien, tales actos preparatorios —salvo que sean neutros— son antijurídicos. Como se ha indicado, no infringen la norma de conducta que subyace al tipo del delito consumado y de la tentativa perfecta del autor; y tampoco infringen la norma de conducta de la tentativa imperfecta del autor. Sin embargo, sí infringen una norma de conducta derivada, en concreto, la que prohíbe favorecer la realización de conductas delictivas por parte de terceros. Ahora bien, si se acepta el principio de accesoriedad cuantitativa de la participación, como aquí se hace, esa infracción en fase previa no es *per se* típica. Por el contrario, sólo pasa a ser típica si se inicia la tentativa por parte del autor y a partir del momento en que se inicie. Por eso, puede afirmarse que los actos de participación en fase previa sólo son «condicionadamente típicos». La condición de su tipicidad es el inicio de la conducta de tentativa del autor (*cfr. supra* capítulo 15/15).

3.1.2.2. El «autofavorecimiento»

70 Si una conducta preparatoria es de «autofavorecimiento», la doctrina dominante tiende *a fortiori* a considerar que no constituye injusto alguno.[93] Sin embargo, en la fenomenología criminal los actos de autofavorecimiento también son absolutamente frecuentes.[94] Por ejemplo, en el caso de quien, siendo un mal tirador, cava primero un foso para que su enemigo caiga en él y entonces poder matarle a tiros con tranquilidad. Ahora bien, en caso de realización de actos de autofavorecimiento, el comienzo de la tentativa punible del autor —cuando se inicia la conducta de disparar, una vez que

---

[93] *Jakobs*, FS Puppe, 2011, 554, 556 ss.

[94] Lo pone de relieve *Joerden* (1988), 100, bajo la denominación de «autoayuda» (*Selbsthilfe*). Sobre las denominadas «acciones de ayuda», *Kindhäuser* (1989), 64, pero con conclusiones radicalmente distintas para los casos de actio libera in causa: 123-127.

el enemigo ha caído en el foso— determina que deba aplicarse la regla de consunción (art. 8 CP español). En virtud de esta, el desvalor de tales actos preparatorios queda consumido por la tentativa llevada a cabo por el mismo sujeto, de modo que no son punibles. Es decir, se castiga solo la tentativa —y en su caso, por la misma razón, únicamente la consumación—, de modo que el acto antijurídico realizado en fase preparatoria se convierte en un «hecho copenado previo».[95] No obstante, cabe imaginar casos en los que los actos de tentativa y de consumación no sean punibles por falta de culpabilidad del autor. Por ejemplo, en el caso del foso, si, en el momento inmediatamente previo al inicio de los disparos, el autor deviene inimputable en virtud de un trastorno mental y mata a la víctima en tal estado. En tal caso, el desvalor del acto preparatorio, no consumido por la punibilidad de la tentativa, aflora de nuevo. Ciertamente, esa conducta constituye un acto de intervención realizado en fase preparatoria que contribuye a la propia autoría de un homicidio no punible, por falta de culpabilidad, pero sí típicamente antijurídico. Así pues, la excavación del foso con el mencionado propósito debe ser punible como conducta de participación.

71 La aludida excavación del foso tiene lugar para eliminar ciertos obstáculos técnicos de la ejecución del homicidio. Es decir, constituye una conducta de cooperación «material» con uno mismo —autoayuda técnica—. Ciertamente, en los casos de *actio libera in causa*, la conducta preparatoria es distinta. Así, la provocación de la propia inimputabilidad tiene lugar para eliminar los frenos inhibitorios que se pueden oponer a la realización de la conducta posterior de la que se trate. Esta segunda constituye una forma de cooperación «motivacional» a la posterior ejecución delictiva. En concreto, lo que se trata de conseguir mediante ella es que las razones de la norma —combinadas con otros frenos inhibitorios ordinarios del sujeto— pierdan fuerza de motivación. Ahora bien, en este caso la cooperación motivacional no tiene lugar por vía comunicativa, como sucede de forma ordinaria, sino mediante una vía mecánica; en concreto, mediante la desactivación química (por la ingesta de alcohol u otras drogas) de las inhibiciones frente al delito.

72 Sentado esto, la pregunta es por qué tal neutralización previa de los frenos inhibitorios no es una autoría del delito posterior, ni directa ni mediata. Pues bien, ello se debe a que en tales casos la producción de la inimputabilidad discurre de forma paralela a la pérdida de dominio —no en vano, en el lenguaje ordinario se dice que el sujeto pasa a estar «fuera de sí»—. De este modo, en los supuestos de *actio libera in causa* lo que el sujeto hace es desactivar a su «yo inhibido», para sustituirlo por un «otro-yo desinhibido». En efecto, el yo inhibido de la *actio praecedens* no domina en absoluto al «otro-yo desinhibido», sino que lo que pretende es justamente dejar de dominarlo. Ciertamente, la autointoxicación no sólo no permite controlar la fuerza del sujeto trastornado, sino que la libera de las inhibiciones propias. En definitiva, tal estructura no

[95] *Joerden* (1988), 93 n. 23, 100.

es la de una autoría mediata, que se caracteriza por un dominio actual del hecho. Por el contrario, es la propia de la participación mediante la subordinación del propio cuerpo al yo trastornado, que es el que se sirve de él, una vez desactivado el yo inhibido.[96]

3.1.3. La relevancia de las dos conductas como comportamientos antijurídicos

73 El abordaje de los casos de *actio libera in causa* requiere (i) considerar las dos fases de la conducta del sujeto; y (ii) establecer la relación existente entre ellas. Así, en el caso ordinario de la *actio libera in causa* dolosa está claro que existe un plan delictivo. Según el plan, la ejecución consiste, primero, en intoxicarse; y, luego, en realizar un tipo delictivo en estado de inimputabilidad por intoxicación. Por lo tanto, el plan delictivo discurre, en el plano objetivo, a través de una primera fase preparatoria, pasando por la fase ejecutiva y su finalización, hasta la consumación. Ahora bien, si ese es el plan y su recorrido, entonces el acto de intoxicarse no puede ser otra cosa que un acto preparatorio. Ello se advierte ya en la propia ambigüedad de la parte objetiva del hecho, que no se corresponde con la inequivocidad y la peligrosidad inmediata que se requieren para el comienzo de la ejecución. Sin embargo, también cabe apreciarlo en la parte subjetiva. En esta última es posible apreciar lo que se ha denominado un «triple dolo».[97] En realidad, sin embargo, lo que realmente concurre en el sujeto es: (i) el dolo en cuanto a la intoxicación en sí; y (ii) el propósito (o intención previa) de realizar luego, una vez intoxicado, el tipo objetivo de un delito una vez intoxicado; así como (iii) el propósito de realizar dicho tipo de modo doloso. Esto se corresponde con lo propio de una conducta preparatoria y no ejecutiva.

74 La doctrina dominante asume que la *actio praecedens* tiene que constituir una tentativa, y no un acto preparatorio, porque considera que lo contrario equivaldría a sostener la impunidad *de lege lata* de los supuestos de *actio libera in causa*. En efecto, aunque no lo afirma de modo expreso, parte implícitamente de que, si asumiera que es un acto preparatorio, se encontraría ante una sucesión de actos preparatorios impunes y de actos ejecutivos inculpables y, por tanto, también impunes. Sin embargo, este prejuicio no casa con la doctrina de la intervención en la fase previa, ni con el principio de accesoriedad de la participación. A partir de estos, no existe ningún obstáculo dogmático para describir la *actio praecedens* como el favorecimiento antijurídico y culpable de una conducta propia y posterior de autoría en estado de inimputabilidad. Tal

---

[96] Una propuesta relativamente próxima es la que entiende que el agente, en los casos de *actio libera in causa*, es un «inductor de sí mismo» (*Mitsch*, FS Küper, 2007, 360-361). Sin embargo, esta plantea dos problemas: uno de legalidad y otro conceptual. El primero deriva de que la regulación legal exige que el inductor haya hecho surgir la decisión delictiva «en otro». Por tanto, el castigo de la inducción de uno mismo vulneraría el principio de legalidad. El problema conceptual deriva de que la conducta de la *actio praecedens* no es una de inducción, sino de desinhibición.

[97] *Joshi Jubert* (1992), 401-402.

conducta de favorecimiento es punible a partir del momento en que se inicia la tentativa en situación de inimputabilidad.

3.2. Balance. La *actio praecedens* como autofavorecimiento

El ser humano es un sujeto que planifica. A su vez, planificar quiere decir **75** cooperar con uno mismo. En efecto, en virtud de la planificación, un agente realiza en el presente una acción que constituye una ayuda para la realización de otra inmediatamente futura, y así sucesivamente.[98] Expresado de otro modo, el yo del presente coopera con el yo del futuro, de forma técnica o moral, de modo que cada una de sus acciones puede ser vista como una acción auxiliar para las posteriores.[99] En particular, el yo del presente, en un momento concreto, puede realizar conductas de favorecimiento —motivacional o técnico— actual de su motivación futura para la realización de una determinada conducta. El favorecimiento motivacional actual de motivaciones futuras se denomina «formarse intenciones previas»; es lo que, en la vida moral ordinaria, se llama «hacer propósitos». Por su parte, el favorecimiento técnico actual de motivaciones futuras resulta asimismo muy común. Por ejemplo, si la conducta pretendida es madrugar al día siguiente, el favorecimiento previo realizado durante la noche anterior puede ser acostarse pronto o poner el despertador.

Igualmente cabe que el yo del presente realice conductas de autoayuda a la **76** comisión de delitos en el futuro. Por un lado, de autoayuda material o técnica a dicha ejecución futura. Así, por ejemplo, en el ejemplo del mal tirador, antes mencionado. Sin embargo, por otro lado, también es posible una autoayuda —técnica o motivacional— actual a la motivación delictiva futura. Así, el que no tiene valor para cometer un delito, o muestra inhibiciones para ello, puede ingerir drogas para neutralizar tales miedos o inhibiciones. Ciertamente, el sujeto que se intoxica aporta una condición necesaria de la realización de la conducta futura. Expresado de otro modo, podría afirmarse que tiene un dominio negativo del hecho, puesto que interrumpiendo la intoxicación puede impedir la conducta que supuestamente realizará él mismo más adelante. Sin embargo, carece de dominio positivo, o de configuración, de modo que la doctrina dominante debería concluir asimismo que no es autor.[100] En realidad, tal conducta tiene una naturaleza de favorecimiento que, en el marco de la legislación española, constituye una cooperación necesaria.

---

[98] *Kindhäuser* (1989), 62 ss.

[99] *Kindhäuser*, REJ 22 (2015), 23.

[100] En la medida en que es posible apreciar una cooperación activa, no es necesario aquí recurrir a la propuesta de *Beck*, ZIS 2018, 209-210, de imputar una responsabilidad por omisión. Esta propuesta puede valer para otros casos, más allá de los propios de la cooperación activa, en los que la *actio praecedens* sea neutra, pero exista un deber de adoptar precauciones para evitar efectos lesivos derivados de aquella. En todo caso, estos supuestos no serían de autoría por omisión, sino de cooperación por omisión en la *actio posterior*. La participación por omisión es lo propio de los casos de *actio libera in omittendo*.

3.3. La compatibilidad con la legislación española

77 La conclusión alcanzada es, en primer lugar, compatible con el tenor literal del art. 28.II, b) CP español, que regula la cooperación necesaria. En efecto, este no exige que se coopere con la conducta de otro, sino sencillamente que se coopere a la ejecución del hecho. Ciertamente, cabe admitir que en otras legislaciones se den obstáculos para esta construcción de la *actio praecedens* como forma de participación por autofavorecimiento. A saber, que la concreta regulación legal de las formas de participación en el delito restrinja su punibilidad a los casos en que un sujeto favorece el hecho de otro. En ese caso, sólo podría sostenerse la aplicación del modelo *de lege lata* si se entiende que el sujeto de la *actio posterior* es (normativamente) distinto que el de la *actio praecedens*. Ahora bien, esto es algo que también asumen explícita o implícitamente los defensores de los modelos de la autoría mediata. En segundo lugar, la propuesta de calificar la *actio praecedens* como cooperación punible resulta asimismo compatible con la legislación española en materia de inimputabilidad. El art. 20.1.° CP español señala que en ciertos casos de provocación del trastorno mental no se exime de responsabilidad. Ahora bien, no indica qué pena se impone, ni cuál es su fundamento jurídico. Ciertamente, cabe pensar que el tenor del art. 20.1.° CP es más próximo a la lógica del modelo de la excepción. Sin embargo, el texto legal es compatible con todos los modelos. En fin, en tercer lugar, la *actio libera in causa* imprudente es posible en los términos del art. 20.1.° CP.[101] Ahora bien, para ello no basta con una imprudencia en cuanto al surgimiento del estado de trastorno, sino que lo decisivo es que —obrando con dolo o con imprudencia en cuanto al trastorno en sí— el sujeto haya previsto o debido prever la posterior comisión del delito en estado de trastorno. Obviamente, la punición se halla sujeta a la posibilidad legal de la participación imprudente en el delito de que se trate (*cfr. supra* capítulo 17/88).

3.4. La perspectiva axiológica y las consecuencias prácticas

3.4.1. La impunidad de la mera actio praecedens *y las reacciones contra ella*

78 La consecuencia directa del planteamiento que se sostiene aquí es que, si no llega a producirse el comienzo de la tentativa en la *actio posterior*, entonces la conducta realizada en la *actio praecedens* es antijurídica. Sin embargo, es atípica y, por ello, impune. En efecto, esto es lo que sucede con cualesquiera formas de participación en el delito en fase preparatoria, hasta que empieza la tentativa. Por lo tanto: (i) Cualquier «desistimiento» previo a la *actio posterior*, aunque sea involuntario, determina la impunidad del hecho.[102] (ii) Sin embargo, los

[101] A diferencia de lo que sucede en otros sistemas legales, como, por ejemplo, en el art. 20 CP portugués.

[102] Esta conclusión, que se fundamenta con toda sencillez desde esta perspectiva, ha obligado a la doctrina a recurrir a fundamentaciones no dogmáticas o mucho más complejas: así, la falta de

funcionarios públicos pueden reaccionar contra la *actio praecedens*, que es antijurídica, aunque no punible, neutralizando al sujeto. En fin (iii), también los terceros pueden reaccionar defensivamente contra la *actio praecedens*; pero no en legítima defensa, pues aún no se ha iniciado la tentativa. No está clara la postura que mantienen los partidarios del modelo de la excepción sobre estos extremos. Parece que tendrían que rechazar la posibilidad de legítima defensa durante toda la *actio praecedens* y el período previo al inicio de la *actio posterior*; la cuestión es si admitirían otra clase de reacción defensiva. Por su parte, el modelo de la tipicidad tiene que sostener que ya en la *actio praecedens* cabe legítima defensa contra el sujeto que está provocando su propio trastorno. Esta es la diferencia fundamental, aunque no la única, del planteamiento que aquí se propone con respecto al modelo dominante. En cuanto a las reacciones posibles contra la *actio posterior*, el modelo aquí defendido conduce a que tampoco en la *actio posterior* quepa legítima defensa del afectado, sino sólo estado de necesidad defensivo, en lo que coincide con el modelo de la tipicidad. En cambio, el modelo de la excepción debe sostener que cabe legítima defensa contra el agente que actúa en estado de inimputabilidad provocada (pues su hecho le es imputable a título de culpabilidad).

3.4.2. Los cambios en el título de imputación subjetiva

Si en la *actio praecedens* se obra con dolo y en la *actio posterior*, con imprudencia, el modelo de la tipicidad propone castigar por delito doloso consumado. Únicamente en el caso de que la imprudencia final conllevara una ruptura del «nexo de imputación subjetiva», la responsabilidad debería ser a título de tentativa. En cambio, el modelo de la excepción propone que en tal caso el castigo tenga lugar a título de imprudencia. De este modo, si el delito no es punible en su forma imprudente, el modelo de la excepción conduce a la impunidad, mientras que el modelo de la tipicidad debe conllevar la punibilidad a título de tentativa. Por su parte, el modelo propuesto aquí sostiene que procede apreciar una participación dolosa en un delito imprudente; esta es punible, aunque el delito en cuestión no admita la imputación subjetiva por imprudencia. 79

En cambio, si en la *actio praecedens* se obra con imprudencia y en la *actio posterior* se obra con dolo, el modelo de la tipicidad propone castigar por delito consumado imprudente. Por su parte, el modelo de la excepción tiene que sostener que la pena que procede es la del delito doloso consumado. Sin embargo, esto debería ser compatible con la apreciación de alguna atenuación de la pena en virtud del hecho de que la provocación previa sea imprudente y no dolosa. A propósito de estos casos, se ha señalado —en contra del modelo de la excepción— que este «amplía extraordinariamente el ámbito de punición 80

necesidad de pena, en *Farré Trepat*, EPC XIII (1990), 80-81; o la doctrina de la no producción del «resultado» de la tentativa del sujeto de la *actio praecedens*, en *Joshi Jubert* (1992), 416. También *Alcácer Guirao* (2004), 124 ss.

respecto al modelo de la tipicidad».[103] Esto es cierto. Sin embargo, la misma ampliación es la que produce el modelo de la tipicidad en el caso opuesto, ya mencionado; a saber, en el de provocación dolosa del trastorno a la que sigue una ejecución imprudente. En cambio, la solución que propone el modelo defendido aquí es, para los casos de provocación imprudente de un actuar doloso, la de una participación imprudente en un delito doloso. En efecto, la provocación debe verse como una conducta auxiliar que constituye una acción u omisión contraria a la precaución.[104] El caso más importante en este grupo es aquel en el que el sujeto provoca de modo imprudente la ausencia de imputabilidad y luego comete un delito que sólo es imputable a título de dolo: por ejemplo, el robo, o la violación. En esta variante, especialmente verosímil en términos criminológicos, el modelo de la excepción tiene que asumir el castigo por delito doloso, aunque sea con una penalidad atenuada. Por su parte, el modelo de la tipicidad tiene que sostener la impunidad por no ser típica la conducta realizada en la *actio praecedens*. Aquí se advierte que se trata de una participación imprudente en un delito doloso, lo que en tal caso conduce asimismo a la impunidad, pero lo hace clarificando por qué esto debe ser así.

81 En los casos en los que, en la fase posterior, se comete dolosamente un delito distinto del pretendido en la fase precedente, el modelo de la excepción conduce a la sanción por el delito doloso efectivamente consumado. El modelo de la tipicidad, por su parte, debe concluir la concurrencia de una tentativa del delito pretendido, en su caso en concurso con una imputación imprudente del delito consumado. En cambio, el modelo propuesto aquí procede a distinguir, en función de que fuera o no previsible el delito efectivamente cometido. En todo caso, si lo es, procede apreciar una tentativa de participación dolosa, impune, y una participación imprudente que debe quedar impune en los casos en los que el delito no permite la comisión imprudente. La solución, aquí propuesta, de la participación en virtud de la *actio praecedens* es, asimismo, la preferible en los casos en los que el sujeto, en la *actio posterior*, realiza una conducta típica, pero justificada. En efecto, el modelo de la excepción tiene que optar por la impunidad. Mientras tanto, el de la tipicidad tiene que calificar el hecho como punible a título de tentativa. A su vez, el modelo acogido aquí conduce a una participación punible.

3.4.3. La actuación justificada —o disculpada— en la actio praecedens

82 Ni el modelo de la tipicidad ni el modelo de la excepción se han ocupado especialmente de aquellos casos en los que la *actio praecedens* está justificada o exculpada;[105] por ejemplo, en virtud de un estado de necesidad coactivo.

---

[103] *Martín Lorenzo* (2011), 418.

[104] *Kindhäuser*, REJ 22 (2015), 22 ss.

[105] *Robinson* (1997), 203.

Con todo, la lógica del modelo de la tipicidad debe conducir a la plena exención de responsabilidad. En cambio, desde el modelo de la excepción estos supuestos quedan pendientes de solución en tanto en cuanto no se construya una teoría completa de las incumbencias. Ahora bien, lo razonable es que la vulneración justificada o disculpada de una incumbencia carezca de efectos de imputación extraordinaria. En el modelo propuesto aquí, evidentemente, se trata de una participación impune.

3.4.4. La imputabilidad disminuida en la actio praecedens *y en la* actio posterior

En los casos en los que ya la propia conducta provocadora se realiza en 83
estado de imputabilidad disminuida, el modelo de la excepción ha de afrontar una situación compleja. Por un lado, podría entender que la provocación ya no es relevante, de modo que la *actio posterior* es inculpable sin posibilidad de construir una imputación extraordinaria. Sin embargo, por otro lado, también podría entender que la provocación sigue siendo relevante, de modo que la *actio posterior* se imputa, de modo extraordinario, a título de culpabilidad plena. Ambas soluciones son difíciles de aceptar. Por su parte, el modelo de la tipicidad conduce a una responsabilidad por delito consumado con imputabilidad disminuida. El modelo aquí propuesto conduce a apreciar en la *actio praecedens* una participación en estado de imputabilidad disminuida en relación con una *actio posterior* de autoría en estado de inimputabilidad.

En los casos en que, tras la provocación, sólo se alcanza una situación de 84
imputabilidad disminuida en la *actio posterior*, el que ha de afrontar más problemas es el modelo de la tipicidad. En efecto, o revisa todo su planteamiento, o tiene que hacer plenamente responsable al sujeto, a título de autor, por su conducta en la *actio praecedens*. Por su parte, el modelo de la excepción tiene que sostener la concurrencia de un título de imputación ordinaria (*actio posterior* con imputabilidad disminuida) y otro de imputación extraordinaria (*actio posterior* con imputabilidad disminuida provocada por la *actio praecedens* = *actio posterior* plenamente culpable). El modelo aquí defendido supera también la resolución de estos casos, mediante el recurso a un concurso de leyes entre la participación plenamente responsable y la autoría con imputabilidad disminuida; ello debería dar lugar a la sanción por lo primero.

3.4.5. Los problemas en relación con los delitos de mera actividad, de medios determinados y de propia mano

El modelo propuesto supera también las críticas que se han dirigido al mode- 85
lo de la anticipación a propósito de su dificultad para fundar la realización de los tipos que no definen delitos puros de resultado. Este es el caso de los delitos de mera actividad y de propia mano, de medios determinados o con elementos subjetivos. Ciertamente, los partidarios del modelo de la autoría mediata han

defendido la compatibilidad de su construcción con estas redacciones típicas. Sin embargo, ello no ha generado consenso y se le ha contraargumentado que, al final, no respeta el tenor literal de la descripción legal de tales delitos. En cambio, el modelo del autofavorecimiento salva, al igual que el modelo de la excepción, todas estas dificultades. En efecto, desde la perspectiva que aquí se sostiene se trata de casos de cooperación dolosa, o en su caso imprudente, a la comisión de delitos de medios determinados, de mera actividad o de propia mano. Como se ha señalado reiteradamente, ello no requiere que la conducta del sujeto realice el tipo de autoría de modo antijurídico y culpable. En definitiva, como puede advertirse, en la mayoría de los casos el modelo propuesto aquí conduce a soluciones próximas a las del modelo de la tipicidad; sin embargo, las puede fundamentar mejor. Igualmente, cuando conduce a conclusiones divergentes, ello evita las peores consecuencias de dicho modelo.

4. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA ACTIO *LIBERA IN CAUSA*

86 La fijación del momento de comienzo de la tentativa en la *actio libera in causa* depende del modelo que se adopte para esta figura. Para el modelo inicial de la tipicidad, la tentativa tenía que empezar en el momento en que el sujeto inicia la *actio praecedens*. Ahora bien, tan pronto como se fue acogiendo la variante de la autoría mediata con auto-instrumentalización, ello también condujo a la asunción de las tesis relativas al comienzo de la tentativa en la autoría mediata. En concreto, la de que la tentativa comienza en el momento en el que se pierde el control sobre la actuación del instrumento. Aplicado a lo que aquí interesa, cuando finaliza la *actio pracedens* y el sujeto empieza a hallarse en estado de trastorno.[106] Por su parte, la acogida del modelo de la excepción determina que el comienzo de la tentativa se desplace hasta el inicio ordinario de la actuación ejecutiva en la *actio posterior*. Pues bien, el modelo propuesto aquí coincide con el de la excepción en que la tentativa no empieza hasta que el sujeto da comienzo a la *actio posterior*. Ello es desde luego coherente con la solución acogida aquí para la tentativa en la autoría mediata. Ahora bien, asimismo permite resolver uno de los peores efectos colaterales de la lógica del modelo de la tipicidad: la hiperanticipación de la tentativa y la irrelevancia de lo que suceda en la *actio posterior*.

87 Adicionalmente, procede no olvidar que la *actio libera in causa* no se da sólo en el marco de la realización de una conducta posterior de autoría, sino que puede producirse también en otras en las que tal conducta posterior es constitutiva de participación. Así, por ejemplo, cuando un sujeto ingiere drogas para superar las razones y emociones que le inhiben de ayudar a otro a matar. En el marco de un modelo de autofavorecimiento es posible sostener que se trata de una cooperación con la propia conducta posterior de participación, que debe ser igualmente punible a título de participación. Obviamente, en

[106] *Demetrio Crespo* (2003), 137 ss.

casos así la tentativa no se inicia ni en la *actio praecedens* ni en la *actio posterior* del partícipe, sino cuando el autor da comienzo a la ejecución del hecho.

5. EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA EN LOS CASOS DE ALTERACIONES O ANOMALÍAS NO TRANSITORIAS

88 Ya se adelantó que, en el caso de las alteraciones y anomalías no transitorias, la legislación española no prevé la posibilidad de recurrir a la estructura de *actio libera in causa.* Por lo tanto, el abordaje de los casos en los que concurre alguna forma de provocación es únicamente el de las medidas de seguridad, al igual que si no existiera provocación alguna. En este punto es preciso recordar que, ciertamente, no cabe provocar el advenimiento de una enfermedad mental. Sin embargo, sí es posible dejar de controlar una enfermedad susceptible de ser mantenida bajo control. Así, por ejemplo, cabe que una enfermedad psiquiátrica diagnosticada y tratada, cuyo tratamiento consiste en la ingesta periódica de pastillas, dé lugar a la comisión de un delito porque el paciente omite el cumplimiento de las prescripciones médicas.

89 En puridad estos casos responden a una estructura de *actio libera in omittendo* o bien de *omissio libera in omittendo,* en función de si la conducta posterior típicamente antijurídica consiste en una realización típica activa u omisiva. Sin embargo, la configuración legal de la eximente del art. 20.1.° CP deja al margen tal responsabilidad omisiva por la aparición de una crisis de la enfermedad correspondiente. Es verdad que, en las consecuencias, y dado el sistema vicarial vigente en España, no existe mucha diferencia entre aplicar en estos casos únicamente una medida de seguridad, o bien una pena por la omisión del tratamiento —en tanto que favorecimiento omisivo de la conducta posterior— y una medida de seguridad por la peligrosidad del sujeto acreditada en esta segunda conducta. En efecto, por imperativo del sistema vicarial, debería ejecutarse primero la medida de seguridad y luego la pena, salvo que esta perjudicara el efecto de la medida. Así pues, la consecuencia sería prácticamente la misma que la derivada de no imponer la pena.[107] Sin embargo, la imposición de la pena, aunque no se ejecutara, manifestaría el Derecho y pondría de relieve que es contraria a deber la omisión de tratar las propias enfermedades psiquiátricas que pueden redundar en lesiones de terceros.

90 En todo caso, el modelo propuesto aquí favorece el abordaje dogmático y político-jurídico de estos casos. En efecto, el modelo de la tipicidad tiene que sostener para ellos una responsabilidad a título de autoría por omisión y la imposición sólo de una pena. Como se ha indicado, esto no es compati-

[107] Así, el art. 99 CP español: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3».

ble con el sistema legal español. Por su parte, el modelo de la excepción no puede aplicar su doctrina acerca del fundamento de la punición y tiene que admitir con carácter exclusivo la imposición de una medida de seguridad. En cambio, el modelo que aquí se propone permite advertir que la conducta de autoría —la *actio posterior*— se ha realizado bajo la influencia de la crisis de una enfermedad mental y, por tanto, procede imponer una medida de seguridad. Sin embargo, pone de relieve asimismo que el sujeto favoreció ese hecho mediante una conducta previa de omisión, por lo que debería recibir una pena por tal conducta de participación en el hecho propio. De nuevo se manifiesta que es más distintivo que los otros dos modelos.

V. OTRAS SITUACIONES RELEVANTES EN CUANTO A LA IMPUTABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

1. LOS ESTADOS ASOCIADOS AL CONSUMO DE DROGAS —O A LAS ADICCIONES CONDUCTUALES—

1.1. La base empírico-descriptiva

91 Existen tres estados asociados al consumo de drogas que pueden ser jurídicamente relevantes en el ámbito de la imputabilidad. Estos son el estado de normalidad adictiva, la intoxicación y el síndrome de abstinencia. En efecto, el juicio empírico-descriptivo muestra características muy distintas en cada uno de ellos. Así, en primer lugar, el denominado «estado de normalidad adictiva» se caracteriza por la preocupación y la anticipación de situaciones futuras. Por su parte, la intoxicación constituye un trastorno mental transitorio, con independencia de que concurran posibles patologías que aparecen asociadas al consumo de drogas prolongado en el tiempo. Estas patologías pueden dar lugar incluso a situaciones de «intoxicación crónica». En fin, un sujeto adicto puede no hallarse en estado de intoxicación, ni en estado de «normalidad», sino bajo la influencia de un «síndrome de abstinencia». Esta expresión describe una situación de deseo irrefrenable de consumir droga, que procede de la dependencia —física o psíquica— generada en el sujeto por la sustancia de la que se trate. Lo que aquí resulta de interés es que ese deseo conduce a la comisión de delitos instrumentales, básicamente patrimoniales, pero también violentos, para acceder a la droga. Por lo demás, situaciones próximas al síndrome de abstinencia se pueden dar en adicciones conductuales,[108] al igual que en otros trastornos volitivos.

1.2. El juicio normativo-adscriptivo de ausencia de imputabilidad

92 El art. 20.2.° CP español exime de responsabilidad criminal al que «al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por

[108] *de la Cuesta Arzamendi*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1288 ss., 1298.

el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos». La exención requiere, en primer lugar, que la intoxicación plena sea precisamente el factor que «le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Es decir, exige el establecimiento de una relación de causalidad entre la base psiquiátrica y el efecto psicológico-normativo. En segundo lugar, que el estado de intoxicación «no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión» —lo que se refiere a la infracción penal—.[109] Expresado de otro modo, que se pueda excluir la provocación de la intoxicación, bien con dolo directo de primer grado, para cometer la infracción, o con dolo directo de consecuencias necesarias, dolo eventual o imprudencia consciente —las formas de la previsión—; o, en fin, con culpa inconsciente —forma de la imprevisión con deber de prever— con respecto a su futura comisión. Del mismo modo, el artículo exime a quien, al tiempo de cometer la infracción, «se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias», sin que aquí se añada ningún requisito adicional.

1.3. Las diferencias en cuanto a la responsabilidad a título de *actio libera in causa*

Como se ha señalado, en el caso de la intoxicación por drogas, al igual 93
que en el trastorno mental transitorio, la legislación penal española da pie a apreciar la responsabilidad del sujeto que provoca la situación de alteración mental por dolo o imprudencia.[110] Para ello, es preciso que el propio delito cometido en estado de intoxicación —y no solo la situación de intoxicación— se pueda reconducir a dicha provocación como acto de favorecimiento doloso o imprudente. En cambio, no sucede lo mismo en los delitos cometidos en síndrome de abstinencia derivado de la dependencia del sujeto con respecto a drogas tóxicas o estupefacientes. En este último supuesto, el único requisito para la exclusión de la imputabilidad es que el padecimiento de dicho síndrome «le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Por lo tanto, la provocación del referido síndrome carece de entidad para excluir la exención.

Lo anterior es relevante, en primer lugar, porque excluye la responsabili- 94
dad de quien comete delitos durante un síndrome de abstinencia, pese a que

[109] El art. 31.1. b) del Estatuto de Roma, relativamente similar, exime de responsabilidad al que «estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere».

[110] Crítica, *Dimock*, CL&Phil 5 (2011), 10 ss., sosteniendo que no siempre que se consumen drogas y el sujeto deviene en una situación de intoxicación puede afirmarse que exista imprudencia con respecto al resultado lesivo, lo cual es evidente.

podría haber evitado esto último sometiéndose a un tratamiento de deshabituación. Es decir, pese a que ha provocado —por *actio libera in omittendo*— el síndrome. Además, en segundo lugar, por otra razón encadenada a esta última. En efecto, el estado de intoxicación por drogas puede ser provocado por un sujeto adicto a partir de una situación de normalidad adictiva. Sin embargo, también cabe que se provoque bajo los efectos de un síndrome de abstinencia y, precisamente, para salir de él. En efecto, el perfil criminológico del drogodependiente hace pensar fundamentalmente en la comisión de delitos en estado de síndrome de abstinencia (delincuencia instrumental) o bien que se cometa el delito en estado de intoxicación provocada, siendo así que el acto de provocación a su vez tuvo lugar en estado de síndrome de abstinencia. Pues bien, en este último caso, si concurren los demás requisitos, la propia conducta delictiva en estado de intoxicación no genera responsabilidad, aunque fuera provocada. Ello se debe a que tal provocación habría tenido lugar bajo síndrome de abstinencia, es decir, de un modo que la legislación española considera, a su vez, irresponsable. En definitiva, el legislador español, de modo más o menos consciente, ha optado por rechazar el modelo punitivo en relación con los delitos cometidos en estados asociados al consumo adictivo de drogas. En lugar de este, se propone un modelo de tratamiento. Así pues, tanto los delitos cometidos bajo síndrome de abstinencia como los cometidos en estado de intoxicación provocado a partir de situaciones previamente adictivas —síndromes de abstinencia— se tienen que abordar mediante el recurso a medidas de seguridad. Como ya se ha indicado, esta solución es discutible pues deja sin consideración los momentos de lucidez de los sujetos adictos, en los que estos todavía pueden tomar decisiones responsables. Con todo, ante las dificultades de probar que se haya dado uno de tales intervalos, probablemente es la solución más realista.[111] Además, ciertamente, en estos supuestos lo decisivo es poder aplicar un tratamiento de deshabituación.

2. LA ALTERACIÓN DE LA PERCEPCIÓN

2.1. Generalidades

95 La eximente de alteración de la percepción constituye una singularidad de la legislación española desde 1983. Su introducción en el Código penal coincidió en el tiempo con la derogación de la eximente relativa a la condición del sordomudo que, «siéndolo desde el nacimiento o desde la infancia, no supiera leer ni escribir». Ello ha dado lugar a que se entienda como una sucesora actualizada de aquella. Según su tenor, está exento de responsabilidad «el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad»

[111] STS de 22 de noviembre de 1990: «iniciado el uso de la droga, es más que dudosa la libre determinación volitiva para proceder en uno u otro sentido, independientemente de que la inteligencia permanezca más o menos inalterable». Sin embargo, esta consideración conduciría a construir una eximente de adicción, que no existe en la legislación española.

(art. 20.3.° CP).[112] Sin embargo, parece claro que el campo más relevante de supuestos de hecho a los que actualmente les sería de aplicación la eximente —completa o incompleta— no es el de los casos de sordomudez, sino que se sitúa en contextos distintos. Todos ellos dan cuenta de los problemas de comprensión de la valoración jurídica de la propia conducta. Estos problemas, a su vez, derivan de la progresiva desconexión de diversos grupos sociales con respecto a las concepciones morales generalmente compartidas.

96 Estos procesos de socialización divergente no se reducen sólo a los casos tradicionalmente discutidos como de socialización «defectuosa» o «exótica» —paradigmáticamente, los niños-lobo o, en la literatura, el caso de Tarzán de los monos—.[113] Por el contrario, se asocian también a la pertenencia a las comunidades originarias —indígenas— en Iberoamérica, o bien, en todo caso, a los integrantes de ciertas culturas minoritarias, ya sean estas originarias o procedentes de la emigración —en Europa, sobre todo africana—.[114] Además, hay que tener en cuenta dos factores adicionales. Por un lado, la progresiva conformación de bolsas cada vez más amplias de marginalidad social, también cultural, en los países occidentales. Por otro, la existencia de «tribus» o subculturas urbanas con fuertes elementos de identidad y asimismo distanciadas de los criterios morales mayoritarios. A este respecto, no cabe ignorar que las redes sociales están produciendo de forma intensificada comunidades crecientemente cerradas. Pues bien, desde luego todos esos procesos pueden afectar ciertamente a la «conciencia de la realidad» sociocultural o valorativa de las personas. Sin embargo, probablemente inciden de forma más intensa en la «comprensión» de aquella realidad cultural, en el sentido de la capacidad de internalizarla; y, sobre todo, en la capacidad de actuar conforme a tales valores. Es decir, cabe que produzca más déficits volitivos *lato sensu* que cognitivos (*cfr. infra* capítulo 25/95 ss.).

2.2. La base empírico-descriptiva

97 La eximente de alteración de la percepción muestra la estructura doble —empírica-normativa— que es común en las cláusulas de inimputabilidad. Ahora bien, plantea asimismo problemas distintos. De entrada, es dudoso si su base empírica viene dada por la constatación de un fenómeno interno del sujeto o, por el contrario, es posible considerar la combinación de factores internos y externos a este. En este último caso la prueba de su concurrencia en el proceso no sería únicamente de competencia de un psicólogo, sino también de un antropólogo o de un sociólogo. Pues bien, efectivamente un sector doctrinal se ha mostrado

---

[112] SSTS de 23 de diciembre de 1992; de 18 de octubre de 1993: «es imprescindible que el defecto en la percepción de la realidad tenga su origen en el nacimiento o desde la infancia, de manera que su perpetuación en el tiempo convierta a la persona en un ser insensible al mundo circundante, sin una valoración social y personal de lo justo o injusto».

[113] Ya *M.E. Mayer*, PG, 1915, 283.

[114] *Jakobs* (2008), 104 ss.

favorable a efectuar una interpretación de la eximente en términos etnológico-culturales.[115] Otro, en cambio, se opone a ello.[116] Por su parte, la jurisprudencia ha mostrado cierta disposición a considerar en el contexto de la eximente los problemas de socialización anómala, lo que debe reputarse correcto.[117]

2.3. El juicio normativo-adscriptivo

98 La eximente requiere que quien padece alteraciones en la percepción «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». Esta última expresión se refiere a la grave alteración de la conciencia de la realidad integral, lo que incorpora la dimensión moral. Así pues, el punto de partida para la apreciación de la eximente completa o incompleta es la consideración de que el autor tiene un sistema de valores diferenciado, determinado por su pertenencia a una identidad cultural peculiar y distinta de la dominante. Ello, a su vez, le imposibilita o le hace extremadamente difícil la «comprensión» de los valores mayoritarios, a los efectos de su internalización, o, en todo caso, le imposibilita o dificulta considerablemente la actuación conforme a aquellos valores. Por lo tanto, no cabe excluir que pueda dar lugar a situaciones de error de tipo —por ejemplo, especialmente, con respecto a elementos normativos de sentido o de valoración social— o error de prohibición en sentido estricto. Sentado esto, la eximente de alteración de la percepción debe aplicarse a aquellas situaciones en las que el trasfondo psicológico o sociocultural no genera un error de tipo, ni de prohibición en sentido estricto, ni tampoco puede ser enmarcado en un claro conflicto de conciencia. En todo caso, el defecto de percepción de la realidad tiene que haberse producido antes de alcanzar la vida adulta, esto es, «desde el nacimiento o desde la infancia». Esto último establece una clara distribución de responsabilidades. En efecto, a este elemento de la regla legal le subyace la tesis de que la sociedad corre con la responsabilidad por los defectos de comprensión producidos durante la menor edad del sujeto. En cambio, se parte de que este último tiene el deber de superar los problemas de socia-

---

[115] Ya *Bustos Ramírez* (1982), 191 ss.; *Morales Prats*, CPC 40 (1990), 71; *Tamarit Sumalla*, Laicidad y libertades 1 (2001), 397-398; *Portilla Contreras*, LH Bajo Fernández, 2016, 444 ss.

[116] *Cerezo Mir*, LH Valle Muñiz, 2001, 143 ss.; *el mismo*, LH Núñez Barbero, 2007, 101; *Monge Fernández* (2008), 71; *Carmona Salgado* (2011), 10; *Fernández Torres*, AFDUAM 17 (2013), 436; *Cisneros Ávila* (2018), 265-266.

[117] Así, por ejemplo, «situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto puede suponer 'una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal', reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atenuación o exención del art. 20.3 del Código Penal» (STS 1135/2006, de 16 de noviembre). Asimismo, STS 170/2011, de 24 de marzo.

lización en los que se va viendo inmerso durante la vida adulta y que podrían dar lugar a padecer dificultades de internalización de las normas comunes.

3. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

99 La teoría del delito concebida como doctrina binaria/cualitativa tiene una prolongación gradual/cuantitativa en el marco de la teoría de las circunstancias y de la individualización de la pena. En el caso concreto de la doctrina de la inimputabilidad, ese tránsito tiene lugar a través de los diversos niveles de la disminución de la imputabilidad. Por su parte, el sistema legal español establece un modelo que pasa (i) de las eximentes completas relativas a la imputabilidad; a (ii) las eximentes incompletas; (iii) las atenuantes —incluida la de análoga significación— apreciables como muy cualificadas; (iv) las atenuantes simples, incluida la analógica; y, en fin (v), las reglas generales de determinación de la pena. Así, cuando no concurren todos los requisitos establecidos en el art. 20.1.°, 2.° o 3.° CP español, cabe apreciar la eximente incompleta prevista en el art. 21.1.ª CP, que permite la rebaja de la pena en uno o dos grados (art. 68 CP). Si se considera que la afectación intelectiva o volitiva es aún menor, cabe aplicar la atenuante del art. 21.2.ª CP —si se trata de la adicción a sustancias—, o la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP, en relación con la eximente incompleta del art. 21.1.ª CP (art. 66 CP). También es posible apreciar la atenuante del art. 21.3.ª CP. En fin, cabe la consideración de las circunstancias personales del delincuente en la regla general de individualización de las penas del art. 66.1.6.ª CP.

100 En este sistema legal, sobre todo a propósito de los delitos más graves, existe una importante e insostenible cesura penológica entre la inimputabilidad —absolución— y la situación de máxima disminución de la imputabilidad. Ello se debe a la rigidez de los límites mínimos de las conminaciones penales abstractas —los marcos legales de pena—. Así, en delitos como el homicidio, la pena mínima que cabe imponer a un sujeto ciertamente imputable, pero que padece la máxima disminución imaginable de su imputabilidad, es la de dos años y medio de prisión (art. 138, en relación con los arts. 21.1.ª, 20.1.°, 2.° y 3.° y con el art. 68 CP español). En realidad, esto no es específico de las eximentes incompletas relativas a la inimputabilidad, sino que se produce en general a propósito de la figura de la eximente incompleta. Esta nunca permite alcanzar una solución de continuidad con la exención completa.

VI. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LA INIMPUTABILIDAD

1. LA CARGA DE LA PRUEBA

101 En este punto incide un problema más general, como es el de la carga de la alegación y de la prueba de las eximentes. En países como España o Italia

y, desde luego, en el ámbito angloamericano, no es infrecuente partir de que es a la defensa a quien incumbe probar las «defensas afirmativas» —causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad— a diferencia de las defensas negativas. Sin embargo, ello implica trasladar al proceso penal reglas distributivas que son propias del ámbito civil. Por ello, resulta preferible distinguir entre la carga de producción de prueba —la alegación razonable— de la existencia de factores afectantes a la imputabilidad; y la carga de la prueba en sentido estricto.[118] La primera puede atribuirse a la defensa, pero esta última debe ser atribuida de modo general a la acusación. En todo caso, sólo puede ser objeto de prueba la base empírica. En cambio, el juicio normativo-adscriptivo es cuestión de argumentación jurídica, como ya se ha expuesto.

2. LA RELACIÓN DEL JUICIO NORMATIVO DE ADSCRIPCIÓN DE INIMPUTABILIDAD CON LA PRUEBA PERICIAL

102 Se discute acerca de cuál es el grado de vinculación que ejercen los dictámenes periciales sobre el juez.[119] Desde luego, no le vincula el hipotético contenido de dictamen medicolegal que se halle en aquellos. En efecto, tal juicio interpretativo, como en general los enunciados hermenéuticos de las ciencias sociales del comportamiento, no vinculan en absoluto a los tribunales. Ciertamente pueden ejercer algún tipo de influencia persuasiva, pero su contenido se ve desplazado por el juicio normativo-adscriptivo que lleve a cabo el juez. En cambio, el caso del dictamen psicopatológico, que proporciona un juicio empírico, es distinto. A propósito de este, en primer lugar, el juez debe observar las reglas comunes de valoración de la prueba. En particular, ha de tener en cuenta la competencia profesional y la credibilidad de los peritos, cuyas declaraciones debe valorar con arreglo al principio de «sana crítica» (art. 348 LEC).[120]

103 Si los informes periciales son convergentes en cuanto a que concurre una anomalía, el juez se halla prácticamente vinculado a apreciar tal anomalía, salvo que haya otras pruebas que permitan descartarla. Ahora bien, una vez sentada tal base empírica, le sigue competiendo el juicio normativo-adscriptivo. Con un indicador tan potente, de entrada, el juez habrá de afirmar la existencia de imputabilidad disminuida o de inimputabilidad —en función de la consecuencia adscriptiva que él mismo asigne a los efectos de la anomalía—. En cambio, concluir la plena imputabilidad requeriría una fundamentación especialmente rigurosa, prácticamente reducida a la lógica de la *actio libera in causa*, a la infracción de incumbencias, o a poderosas razones preventivas. Por el contrario, aunque los informes periciales converjan en el sentido de que no advierten anomalía alguna, el juez no está obligado a afirmar la plena

---

[118] *Corda*, RIDPP 2015, 258 ss.

[119] *Martínez Sánchez* (2019), 678 ss.

[120] STS 240/2017, de 5 de abril: el perito es un mero colaborador del juez.

imputabilidad del sujeto. Obviamente, una eventual absolución o atenuación de la pena del acusado podría fundarse sobre bases distintas. En concreto, en una fundamentación analógica *in bonam partem* con respecto a la exclusión de la imputabilidad. Adicionalmente, sobre la base de un error de tipo o de prohibición, o sobre consideraciones de inexigibilidad. A su vez, la disminución de la culpabilidad podría fundamentarse en la analogía con la imputabilidad disminuida y en las atenuantes específicas relativas a la motivación del agente.

Puede plantearse qué sucede si, en un caso en el que existen dictámenes **104**
psicopatológicos contradictorios, el juez no está en condiciones de inclinarse razonablemente por alguno de ellos. Una posibilidad al respecto es la de sostener que el juez debe absolver por aplicación del principio *in dubio pro reo* y abstenerse de entrar en el juicio normativo de adscripción. Esta polémica es similar a la que se plantea en el caso de los informes periciales contradictorios en materia de relación de causalidad entre conducta y resultado. Pues bien, la conclusión, aquí como allí, es la relativa independencia de los juicios adscriptivos con respecto a los juicios descriptivos. Sin embargo, el problema en casos de esta naturaleza es qué indicadores puede dar por probados el juez, a fin de establecer la base fáctica mínima del juicio de adscripción.

3. EL ACCESO DEL JUICIO DE IMPUTABILIDAD A LA APELACIÓN Y A LA CASACIÓN

El juicio empírico-descriptivo constituye una *quaestio facti*. Como tal cuestión **105**
de hecho, no es accesible a la casación (art. 849.1.° LECrim). En realidad, ni siquiera es accesible a la apelación, salvo que se vuelva a practicar la prueba personal con las correspondientes exigencias de inmediación. En cambio, el juicio normativo-adscriptivo es una *quaestio iuris* que, como cualquier cuestión jurídica, debe poder ser revisada en casación.

4. LA ALTERACIÓN O ANOMALÍA MENTAL «SOBREVENIDA»

Con independencia de si en el momento de cometer el hecho antijurídico **106**
era imputable o inimputable, un acusado, en el momento de ser juzgado, puede tener capacidad procesal o no; igualmente, durante la ejecución de la pena, el condenado puede tener la capacidad de entenderla como castigo o no. El establecimiento de una combinatoria elemental entre estas tres capacidades —respectivamente propias del sujeto del delito, del sujeto del proceso y del sujeto de la pena— pone de relieve las diversas situaciones que pueden darse. Así, eliminando las combinaciones que no tienen sentido, cabe que un sujeto sea: (i) imputable, capaz de proceso y capaz de pena; (ii) imputable e incapaz de proceso; (iii) imputable, capaz de proceso e incapaz de pena; (iv) inimputable, pero capaz de proceso; (v) inimputable e incapaz de proceso. Esto pone de relieve que el juicio oral relativo a la imposición de penas a un sujeto imputable en el momento de los hechos, pero que ha devenido incapaz

de proceso, plantea serios problemas (ii).[121] Igualmente los plantea la permanencia en prisión del sujeto que ya no es capaz de entender tal privación de libertad como castigo (iii). En cambio, la imposición de medidas de seguridad a un sujeto procesalmente incapaz —que ya era inimputable en el momento de cometer el hecho— tiene lugar a pesar de que dicho sujeto no pueda organizar su defensa ni entender el significado de la medida (v); y otro tanto ocurre con la ejecución de tales medidas. Ello se debe a que estas últimas no son castigos para los afectados, ni tampoco se mueven —con respecto a ellos— en un plano de sentido moral. Por tanto, no es preciso que sean «entendidas» ni a los efectos procesales, ni a los de su ejecución. De hecho, lo mismo ocurre con las restricciones de libertad acordadas por los órganos judiciales civiles o por las autoridades administrativas para afrontar determinadas patologías mentales autolesivas. Ahora bien, ello no obsta a la necesidad de afrontar esta cuestión mejor de lo que lo hace la legislación española vigente y, en consecuencia, regular el procedimiento de imposición de medidas de seguridad, dotándolo de las garantías que precise.[122]

107 Ciertamente, el tema es polémico.[123] En efecto, hace aflorar la discusión sobre la diferencia estructural y funcional que existe entre el sistema de las penas y el de las medidas de seguridad. En efecto, quien asuma la esencial distinción entre ambas debe advertir que esta no solo afecta al Derecho sustantivo, sino también al Derecho procesal y al Derecho de ejecución de las consecuencias jurídicas impuestas en la jurisdicción penal. Una vez sentado esto, se trata de ser internamente coherente en el enfoque del problema. Así, quien entienda que el sistema de consecuencias jurídicas impuestas en la jurisdicción penal debe responder a la lógica del «monismo de penas y medidas», ha de sostener consiguientemente que el proceso penal debe tener en uno y otro caso las mismas características y garantías. Por el contrario, quien parta —como aquí se hace— de que la pena tiene un contenido metafísico y moral del que carece por completo la medida de seguridad, puede admitir que el proceso de medidas, aunque tenga lugar en el marco de la jurisdicción penal, muestre características diversas del propio de las penas. De hecho, las medidas de seguridad tienen unos presupuestos jurídico-sustantivos radicalmente

---

[121] Así, el art. 383 LECrim: «Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia». Al respecto, STS 844/2017, de 21 de diciembre: «El problema suscitado sugiere, pues, dos opciones interpretativas. La primera, el dictado por el Juez instructor de una resolución de archivo de la causa penal, con la consiguiente remisión de los antecedentes psiquiátricos del acusado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil de incapacitación, con la eventual adopción de una medida jurisdiccional tuitiva de ingreso en un centro psiquiátrico. La segunda, la conclusión del sumario conforme a la regla general y la celebración de un juicio oral que tendría como desenlace una sentencia en la que se impusiera, después de un debate contradictorio, la medida de seguridad de internamiento prevista por el CP».

[122] *Sanz Morán*, InDret 1/2023, 98 ss.

[123] *Puente Rodríguez* (2021), 330 ss., 478 ss.

distintos de los propios de las penas. Del mismo modo, otras consecuencias jurídicas impuestas por los órganos judiciales penales y carentes de la condición de castigo, pueden tener y de hecho tienen otros presupuestos distintos, tanto sustantivos como procesales.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO

108 De conformidad con el art. 118.1 CP español, la exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.°, 2.° y 3.° del art. 20 CP, no comprende la de la responsabilidad civil derivada de delito.[124] Así pues, tanto el que padece una anomalía o alteración mental, como el ebrio y el intoxicado responden civilmente en el proceso penal. Además, en los casos de que el sujeto activo padezca alteraciones permanentes, responden civilmente, de forma solidaria con él, quienes ostenten «su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte». Ello tiene lugar «sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables». En fin, el texto dispone que «los jueces o tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos».

[124] *Pantaleón Díaz*, InDret 3/2017, 1 ss.

Capítulo 25

EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Bibliografía seleccionada: *Agustina Sanllehí*, Sobre el error de prohibición imposible a propósito del caso de los tiradores del muro, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción, 2017, 373; *Alexy*, Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal, Doxa 23 (2000), 210; *Ambos*, El artículo 7 de la Convención Europea de Derecho Humanos, el Common Law y los disparos del muro, ADPCP 2002, 319; *Andrés Santos/Amezua Amezua*, La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispanoamericano de los siglos XVI y XVII, Revista de Historia del Derecho 45 (2013), 245; *Arias Eibe*, El error en Derecho penal, 2007; *Armaza Galdós*, El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano, LH Cerezo Mir, 2002, 545; *Ashworth*, Ignorance of the Criminal Law, and Duties to Avoid it, MLR 74 (2011), 1; *el mismo*, Positive Obligations in Criminal Law, 2013; *Bacigalupo*, El error sobre las excusas absolutorias, CPC 6 (1978), 3; *el mismo*, Delito y punibilidad, 1983; *Bages Santacana*, Breve aproximación al error de prohibición culturalmente condicionado, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 435; *Basílico*, La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal, LH Cerezo Mir, 2002, 555; *el mismo*, Norma y error en el Derecho penal, 2005; *el mismo*, Error de prohibición culturalmente motivado, 2017; *Baucells i Lladós*, La delincuencia por convicción, 2000; *Böse*, Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs.2 GG), FS Krey, 2010, 7; *Burkhardt*, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss, en: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, IV, 1995, 404; *Busch*, Rechtsauskunft und strafrechtlicher Verantwortungsausschluss, 2020; *Bustos Ramírez*, Was ist Schuld?, FS Tiedemann, 2008, 345; *Carnevali Rodríguez*, El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, Polít-Crim 3 (2007), 1; *Caruso*, Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos, 2020; *Castillo Ara*, La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición, RChD 2014, 243; *la misma*, Normbefolgungsunfähigkeit im Strafrecht, 2019; *Cerezo Mir*, La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano, LH Nuñez Barbero, 2007, 101; *Cisneros Ávila*, Derecho penal y diversidad cultural, 2018; *la misma*, El error de comprensión en los delitos culturales. Una visión distinta del error de prohibición, CPC 128 (2019), 163; *Cobos Gómez de Linares*, Presupuestos del error sobre la prohibición, 1987; *F. Córdoba*, La evitabilidad del error de prohibición, 2012; Córdoba Roda, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1962; *Cornelius*, Die Verbotsirrtumslösung zur Bewältigung unklarer Rechtslagen, GA 2015, 101; *Couso*, Fundamentos del derecho penal de culpabilidad, 2006; *de la Cuesta Aguado*, Conocimiento de la ilicitud, 2007; *Darley/ Carlsmith/ Robinson*, The Ex Ante Function of the Criminal Law, Law and Society Review 2001,165; *Figueiredo Días*, O problema da consciência da ilicitude em direito penal, 1987 (5.ª, 2000); *Díaz y García Conlledo*, El error de prohibición: pasado, presente y futuro, LH Torío López, 1999, 335; *el mismo*, El error sobre elementos normativos del tipo penal, 2008; *Donini*, El caso de la ignorancia invencible, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 335; *Eidam*, Auswirkung und Stellenwert strafrechtlicher Expertengutachten auf die Anwendbarkeit von § 17 StGB in wirtschaftsstrafrechtlichen Fallkonstellationen, ZStW 127 (2015), 120; *Els*, Schuld und Strafe bei unklarer Rechtslage, ZIS 2021, 23; *Fakhouri Gómez*, Delimitación entre error de tipo y error de prohibición, 2009; *la misma*, Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad, InDret 4/2009, 1;

Felip i Saborit, Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal, 2000; *el mismo*, Caso de los tiradores del muro, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 509; *Fernández Bautista*, El error de prohibición, LH Mir Puig, 2017, 1071; *la misma*, Los clubes sociales de cannabis, 2021; *Frisch*, El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 157; *el mismo*, La teoría de la conciencia del injusto: debilidades y necesidad de una revisión, LH Mir Puig, 2017, 569; *de la Fuente Hulaud*, El error sobre los elementos típicos de antinormatividad, 2015. Tesis doctoral UPF; *García Vitor*, Diversidad cultural y Derecho penal, 1994; *Garvey*, Authority, Ignorance, and the Guilty Mind, SMU L. R. 67 (2014), 545; *Fernandes Godinho*, Temporal Law and Timeless Human Rights, en: AA.VV., O Direito Penal e o Tempo, 2016, 31; *la misma*, Juristenrecht and Criminal Law: European Identity as a Limit to the Mistake on the Prohibition, en: Aroso Linhares *et al.* (ed.), Jurists' Law and European Identity, 2018, 147; *Gaede*, Der unvermeidbare Verbotsirrtum des anwaltlich beratenen Bürgers — eine Chimäre?, HRRS 2013, 449; *García-Huidobro/Herrera*, El hombre y el Derecho viven en la tradición, PyD 47 (2002), 361; *Grötsch*, Strafrechtliche Zurechnung von Fehlern eines Beraters im Steuerstrafrecht, Wistra 3 (2017), 92; *Gur-Arye*, Reliance on a Lawyer's Mistaken Advice — Should it be an Excuse from Criminal Liability?, AJCL 29 (2002), 455; *Guzmán Dálbora*, Derecho penal y minorías étnicas, RDPC 11 (2004), 93; *J. Hall*, Ignorance and Mistake in Criminal Law, Indiana L. J. 33 (1957), 1; *Hernández Basualto*, Objeto del conocimiento potencial de la antijuridicidad y error de prohibición, LH Künsemüller, 2023, 579; *Herrera Moreno*, Multiculturalismo y Derecho Penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina, RDP 5 (2002), 69; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; *Hruschka*, Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin, FS Welzel, 1974, 115; *el mismo*, Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe am Beispiel der actio libera in causa, FS Link, 2003, 687; *Hurtado Pozo*, Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano, DPyC 29 (2008), 59; *Husak*, Ignorance of Law: A Philosophical Inquiry, 2016; *Husak/von Hirsch*, Culpability and Mistake of Law, en: Shute/Gardner/Horder (eds.), Action and Value in Criminal Law, 1993, 157; *Jakobs*, El principio de culpabilidad, en: el mismo, Estudios, 1997, 365; *el mismo*, Conocimiento y desconocimiento de la norma, en: Problemas capitales del Derecho penal moderno, 1998, 57; *el mismo*, La culpabilidad de los foráneos, en: Jakobs/Cancio/Feijóo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008, 89; *Jericó Ojer*, El conflicto de conciencia ante el derecho penal, 2007; *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes, 1954; *el mismo*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (1958), 64; *Arth. Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1961; *el mismo*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982 *Keedy*, Ignorance and Mistake in the Criminal Law, Harvard L. R. 22 (1908), 75; *Kindhäuser*, Zur Unterscheidung vom Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, 407 (=Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho, en: Frisch *et al.* -eds.-, El error en Derecho penal, 1999, 139); *el mismo*, El error sobre las circunstancias del hecho, REJ 31 (2019), 127; *Lanzi*, Error iuris e sistema penale, 2018; *Laubenthal/Baier*, Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung, GA 2000, 209; *Leite*, Der Unrechtszweifel als Verbotsirrtum, GA 2012, 688; Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum, 2002; *Luzón Peña*, Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación, InDret 1/2013, 1; *de Maglie*, Los delitos culturalmente motivados; *Manso Porto*, Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, 1999; *la misma*, Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal, LH Bacigalupo, I, 2004, 451; *la misma*, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, 2009; *Mañalich*, El delito como injusto culpable, RD 24 (2011), 87; *Martínez-Buján*, El error en la teoría jurídica del delito, 2017; *Massaro*, Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa, 2012; *Meini*, Inimputabilidad penal por diversidad cultural, en: el mismo, Imputación y responsabilidad penal, 2009, 67; *Mezger*, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, FS Kohlrausch, 1944, 180; *Mir Puig*, El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad, en: Eser/Gimbernat/Perron

(eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 141; *Molina Fernández*, El razonable regreso del dolo a la culpabilidad, LH Mir Puig, 2017, 735; *Monge Fernández*, El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad, 2008; *Moreno-Torres*, El error sobre la punibilidad, 2004; *Muñoz Conde*, La creencia errónea de estar obrando lícitamente, EPC 10 (1985/1986), 251; *el mismo*, La objeción de conciencia en Derecho penal, LH Roxin, 1997, 279; *Muñoz Sánchez*, La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis, RECPC 17 (2015), 1; *Naucke*, Staatstheorie und Verbotsirrtum, FS Roxin, 2001, 503; *Nieto Martín*, El conocimiento del derecho, 1999; *Olaizola Nogales*, El error de prohibición, 2007; *la misma*, La relevancia de la motivación cultural en el Código penal, RECPC 20 (2018), 1; *Pawlik*, Error de prohibición en caso de situación legal confusa, InDret 3/2020, 560; *Peralta*, El error inexcusable, LH Luzón Peña, I, 2020, 905; *Pérez Alonso*, La duda sobre la prohibición, ADPCP 1995, 71; *Pérez del Valle*, Impunibilitas y el derecho en sentido subjetivo, InDret 3/2017, 1; *Popp*, Cultural Defense und Allgemeine Verbrechenslehre, en: Rengier/Kuzuhara (Hrsg.), Globalisierung und kulturelle Gegensätze im gegenwärtigen Rechtsstaat, 2017, 85; *Portilla Contreras*, El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural, LH Bajo Fernández, 2016, 417; *Pulitanò*, L'errore di diritto nella teoria del reato, 1976; *el mismo*, Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza, RIDPP 1988, 686; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145; *la misma*, Bemerkungen zum Verbotsirrtum und seiner Vermeidbarkeit, FS Rudolphi, 2004, 231; *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105; *Renzikowski*, Mala per se et delicta mere prohibita — rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot, FS Krey, 2010, 407; *Roxin*, Die strafrechtliche Beurteilung unbehebbarer Unrechtszweifel, GA 2018, 495; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *Safferling*, Los procesos de Núremberg, en Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 161; *Saliger*, Rechtsphilosophische Probleme des Verbotsirrtums, FS Kindhäuser, 2019, 425; *Silva Sánchez*, Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad, ADPCP, 1987, 647; *Simons*, Mistake of Fact or Mistake of Criminal Law? Explaining and Defending the Distinction, CL&Phil 3 (2009), 213; *el mismo*, Ignorance and Mistake of Criminal Law, Noncriminal Law, and Fact, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 487; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007; *Tamarit Sumalla*, Conflictos culturales y dilemas penales, InDret 1/2013, 1; *Timpe*, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums, GA 1984, 51; *Torío López*, El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposo, ADPCP 1980, 79; *Torres Fernández*, Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural, AFDUAM 17 (2013), 406; *la misma*, La diversidad cultural ante el Derecho penal, LH Maza Martín, II, 2018, 657; *Urquizo Olaechea*, El error de comprensión culturalmente condicionado, LH Díez Ripollés, 2023, 965; *Vázquez González*, Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes, 2010; *Velten*, Normkenntnis und Normverständnis, 2002; *Villavicencio Terreros*, Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú, Revue internationale de droit penal 82 (2011), 559; *el mismo*, Diversidad cultural y Derecho penal, 2017; *Villegas Díaz*, Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y Derecho penal, Revista de Derecho (Valdivia) 2 (2012), 177; *Walter*, Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *el mismo*, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingten Unrechtsbewusstsein, FS Welzel, 1974, 499; *van Weezel*, Culpa iuris, LH Jakobs, 2008, 559; *el mismo*, Error y mero desconocimiento en Derecho penal, 2008; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006; *von Weber*, Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas, ADPCP 1953, 9; *Welzel*, Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosphische Studie, 1949; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238; *Wolf*, Error facti et error iuris. Die Vorsatzirrelevanz des Rechtsirrtums, 2019; *Zabel*, Aktuelle Begründungs- und Anwendungsprobleme in der Dogmatik zu § 17 StGB, GA 2008, 33; *Zaffaroni/Alagia/Slokar*, Manual de Derecho penal. Parte general, 2.ª, 2002; *Ziemann/Acosta*, Erschütterungen in Recht und Moral, JRE 27 (2019), 697.

I. GENERALIDADES

1. LA HISTORIA DOGMÁTICA

1.1. La tradición de la relevancia del error de prohibición

1 El que obra en error de prohibición invencible no realiza un hecho culpable, es decir, merecedor de pena. En efecto, la culpabilidad —cuya concurrencia es necesaria para afirmar la plena antinormatividad de la conducta— requiere que el agente actúe con conocimiento de la antijuridicidad de su obrar o, al menos, que hubiera podido conocerla. Esta afirmación recoge el contenido de la legislación vigente o, en todo caso, de la jurisprudencia mayoritaria en los países de nuestro ámbito de cultura. Sin embargo, parece contraria a las disposiciones de los códigos civiles que suelen afirmar que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1 CC español). Además, no es infrecuente afirmar que el origen de estas últimas se halla en el Derecho penal histórico. Pues bien, esto debe ser matizado. En efecto, es cierto que la tradición del Derecho privado romano había sido firme en cuanto a que el desconocimiento del propio derecho subjetivo no afecta al fundamento de una pretensión. Sin embargo, no es posible constatar que los aforismos «la ignorancia del derecho perjudica» o «la ignorancia del derecho no excusa» —*error iuris nocet, ignorantia iuris non excusat*— se acogieran en el Derecho penal romano.[1]

2 En realidad, en el Derecho penal canónico, al igual que en la teología moral, se admitió siempre la posible relevancia del error de prohibición. Para ello, se estableció desde el principio una distinción en cuanto a los posibles objetos del error. En concreto, tal distinción derivaba de si el error recaía: (i) sobre los principios generales del Derecho natural;[2] (ii) sobre los enunciados directamente derivados de estos;[3] o, en fin (iii), sobre disposiciones secundarias, que son el resultado de la *determinatio* de aquellos otros enunciados, en virtud de la acción política.[4] En relación con los primeros no se atribuía ninguna relevancia al error, al considerar que deben ser y, de hecho, son conocidos por todo el mundo, salvo que concurra una grave deformación de la conciencia. En cambio, el error sobre los segundos y los terceros podía dar lugar a una atenuación del reproche o a su exclusión, en función de que se tratara de un error vencible o invencible. Con posterioridad, esta distinción, que, como luego se verá, continúa plenamente vigente en nuestros días, fue desarrollada por la escolástica tardía española.[5] Toda esta influencia directa de la tradición clásica —muy previa a la Ilustración— va más allá de los posibles objetos del error de prohibición. En efecto, también procede de ella la determinación de ciertos casos en los que el error siempre

---

[1] *Keedy*, Harvard L. R. 22 (1908), 77-78; *Binding* (1919), 73 ss., 77, que atribuye la inclusión de esa regla en el Derecho penal medieval a un error de los posglosadores italianos; *Arth. Kaufmann* (1949), 47; *J. Hall*, Indiana L. J. 33 (1957), 16.

[2] «*prima principia communia, principia communissima*».

[3] «*conclusiones principiorum communium*».

[4] «*praecepta secundaria*»: *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 94 a. 6; *Arth. Kaufmann* (1982), 6-7.

[5] *Welzel* (1949), 9-10; *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 411 ss.

es reprochable —y por tanto no puede excluir la responsabilidad—.[6] Así, se consideraba que esto sucede cuando el desconocimiento del agente se debe a una provocación intencional por su parte,[7] o a la infracción grave de un deber de obtención de información.[8] En tales casos, el error —al que se equiparaban la ignorancia y la inadvertencia—[9] carecía de toda relevancia jurídico-penal.

1.2. La doctrina de su irrelevancia: *error iuris nocet*

3 La fuerza adquirida por la tesis de la irrelevancia del error de prohibición en el Derecho penal del siglo XIX está vinculada al modelo ilustrado acerca de la relación entre el Derecho y el ciudadano. En efecto, este partía de tres premisas: (i) el Derecho está integrado básicamente por las leyes, cuya positividad no admite distinciones en función de su contenido; (ii) las leyes, claras e iguales para todos, se publican en el diario oficial; y (iii) el ciudadano lee este diario o gaceta oficial.[10] En un modelo así, directamente orientado a la salvaguarda de la seguridad jurídica derivada de la ley positiva,[11] los actos formales de la promulgación y la publicación de las leyes no solo son condición necesaria de su entrada en vigor. Además, parecen ser una forma suficiente de cumplir los deberes del Estado en cuanto a la difusión del contenido de aquellas. Así pues, si un sujeto determinado no adquiere el conocimiento del Derecho, es que ha vulnerado sus incumbencias relativas a dicha adquisición de conocimiento. En otras palabras, que no se ha ajustado a su condición básica de ciudadano. Por eso, en el caso de que cometa un hecho antijurídico, debe cargar con las consecuencias de este último. Esta forma de ver las cosas es la que refleja, al menos parcialmente, el art. 6.1 del Código civil español al disponer: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».

2. EL MARCO DE LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA

2.1. El debate en la tradición de cuño alemán

2.1.1. La teoría del dolo

2.1.1.1. El marco conceptual

4 En la realidad contemporánea de las legislaciones penales estatales el error de prohibición ha ido adquiriendo paulatina relevancia, pero de for-

---

[6] *Stuckenberg* (2007), 383, 546.

[7] «*ignorantia affectata seu optata*».

[8] «*ignorantia crassa aut supina*»: *Welzel* (1949), 8 ss.

[9] «*ignorantia autem inadvertentia et error aequiparantur*». La ignorancia es un desconocimiento absoluto, mientras que el error es una representación divergente.

[10] *García-Huidobro/Herrera*, PyD 47 (2002), 374.

[11] Crítico desde perspectivas iusnaturalistas y constitucionales, *Naucke*, FS Roxin, 2001, 507, 512-513.

ma relativamente tardía.[12] Así, durante décadas, la doctrina discutió sobre la relevancia o irrelevancia del denominado «error de derecho», en términos claramente diferenciados con respecto a la admisión generalizada de la relevancia del «error de hecho» (*cfr. supra* capítulo 12/114; 13/19). En concreto, esa era la situación en el tránsito del siglo XIX al siglo XX. En ese momento, un paso intermedio de la evolución fue el reconocimiento de la relevancia del error de derecho, siempre que este último fuera «extrapenal». Con ello, sin embargo, se pretendía dar cuenta de la incontestable realidad de que en ocasiones la descripción del hecho típico exige recurrir a nociones procedentes del Derecho administrativo o privado. En términos actuales, se diría que dicho paso intermedio implicaba el reconocimiento de la relevancia del error sobre ciertos elementos normativos del tipo. En concreto, los que se refieren a un sentido o una valoración jurídica —*error iuris non criminalis*—.

5 Así pues, el resultado de la evolución doctrinal y jurisprudencial era la relevancia de la mayor parte de los errores de hecho, así como de buena parte de los errores de derecho —no todos—. En efecto, se partía de la irrelevancia del error de derecho penal, así como de los errores de hecho que redundaban en este último —por ejemplo, la suposición errónea de los presupuestos de hecho de las causas de justificación—. Así, como se indicó en su momento, la «teoría de los elementos negativos del tipo» —elaborada a finales del siglo XIX— fue, entre otras cosas, un intento de rescatar los errores relativos a los presupuestos fácticos de las causas de justificación del ámbito de la irrelevancia al que parecía conducirlos la máxima *error iuris nocet* (*cfr. supra* capítulo 18/103).

2.1.1.2. Los problemas de la teoría y los diversos intentos de solución

6 En el contexto posterior a las codificaciones del siglo XIX, el primer reconocimiento doctrinal generalizado de la relevancia del error de prohibición tuvo lugar en el marco del sistema neokantiano del delito (*cfr. supra* capítulos 7/44 ss.; 8/20).[13] Ello se produjo de la mano de las denominadas «teorías del dolo». En efecto, como se indicó en su momento, en aquel sistema dogmático la categoría de la culpabilidad contenía en su núcleo la figura del *dolus malus*, como criterio de imputación. A su vez, este dolo malo comprendía tanto el dolo natural del agente como el conocimiento de la antijuridicidad de su hecho. En ambos casos, se exigía que el sujeto activo poseyera un «conocimiento actual». Así las cosas, un error invencible —de hecho, o de derecho— excluía tanto el dolo como la imprudencia. Por su parte, un error vencible daba lugar a la sanción por imprudencia: por imprudencia de hecho —*culpa facti*— o por imprudencia de derecho —*culpa iuris*—.

---

[12] *Felip i Saborit* (2000), 27 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 21/5 ss; *Fakhouri Gómez* (2009), 125 ss.

[13] *von Weber*, ADPCP 1953, 9 ss.

7 La teoría del dolo —al requerir un conocimiento actual de la antijuridicidad—conducía a amplios espacios de exención de responsabilidad, lo que la doctrina alemana de la primera mitad del siglo XX intentó limitar. Así, construyó la figura dogmática y político-jurídica de la «ceguera jurídica» o «enemistad con el Derecho».[14] En virtud de esta, un error de prohibición —es decir, una representación errada en términos psíquicos— sufrido por el agente, si era incompatible con el «sano sentimiento del pueblo» alemán, debía dar lugar a plena responsabilidad. Una variante posterior, ya libre de tales premisas ideológicas, sostenía que si el error era plenamente imputable al sujeto activo —es decir, si constituía un error burdo o provocado—, se debía considerar jurídicamente equivalente al conocimiento de la antijuridicidad. En definitiva, permitía seguir sancionando el hecho a título de dolo malo. Sin embargo, se convino en que, dados sus efectos drásticos, una construcción jurídica así, requería una regulación legal expresa, que no llegó a concretarse.

8 En este punto, procede tener presente de modo adicional que las doctrinas del dolo convivían con un sistema legal de incriminación cerrada de la imprudencia (*cfr. supra* capítulo 13/13). Pues bien, en un modelo legal de esta naturaleza, la consecuencia práctica de la aplicación estricta de la teoría del dolo era que el error vencible de prohibición conducía a la impunidad en todos aquellos delitos que —en virtud del sistema de *numerus clausus*— solo son punibles en la forma de comisión dolosa. Expresado en la terminología actualmente vigente, ello no suponía otra cosa que asignar a los errores vencibles de prohibición el mismo tratamiento que a los errores vencibles de tipo. Sin embargo, la mayoría de la doctrina rechazaba esta equiparación, por considerar que, en el caso de los errores de prohibición, la consecuencia de la impunidad debilitaba demasiado la vigencia del Derecho. Para hacer frente a tal consecuencia, se propuso adoptar una regla especial para la imprudencia relativa a la prohibición. En realidad, el alcance de la propuesta era más amplio, pues pretendía incluir una disposición legal relativa a la sanción general de la imprudencia de derecho. Esto es, una especie de «delito de imprudencia de derecho» —*crimen culpae iuris*—, desvinculado de los tipos de delito concretos. Con todo, esta opción, al igual que la de añadir a todos los tipos dolosos otros de imprudencia de derecho —*crimina culposa iuris*— tampoco prosperaron. Como puede observarse, en esta última variante, solo excluía la pena el error invencible de prohibición. Ahora bien, en el caso del error vencible no se optaba por la remisión al tratamiento de la imprudencia *facti*, sino por una atenuación de la pena del delito doloso. Sea como fuere, ninguna de estas doctrinas fue acogida en la legislación penal alemana.[15]

---

[14] *Mezger*, FS Kohlrausch, 1944, 180 ss., 198. Crítico, *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 160.

[15] Crítico frente a ellas, *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 161 ss.

2.1.2. La construcción de la teoría de la culpabilidad

2.1.2.1. Planteamiento

9 La plena admisión doctrinal de la relevancia del error de prohibición solo fue posible mediante el instrumento proporcionado por la denominada «teoría de la culpabilidad».[16] A su vez, esta se enmarcaba en el sistema finalista del delito y en su «concepto puramente normativo de culpabilidad» (*cfr. supra* capítulos 7/50 ss.; 8/26). En efecto, en el marco de este modelo, el dolo natural y la imprudencia, entendida básicamente como *culpa facti*, se habían integrado como elementos del tipo de injusto, dando lugar a la denominada tipicidad subjetiva. En cambio, el conocimiento de la antijuridicidad —en cuyo marco se examinaban la mayoría de los errores de derecho, aunque no todos— se mantenía como elemento del juicio de culpabilidad. Pues bien, en este nuevo contexto sistemático, se construyó un modelo de tratamiento absolutamente distinto para el error de tipo y el error de prohibición, que eran considerados dos fenómenos ontológica y axiológicamente distintos. En el caso del error de prohibición, la acogida de la teoría de la culpabilidad conducía a sostener que, para sancionar al sujeto, no es necesario que este tenga un conocimiento actual de la antijuridicidad de su conducta. Por el contrario, basta con que disponga de una posibilidad de conocimiento —o, en otra expresión, un «conocimiento potencial»—.[17]

2.1.2.2. Las bases de la construcción

10 Como se puede advertir, la teoría de la culpabilidad se basaba en la concepción de Welzel acerca de la misión del Derecho penal, a saber, la protección de bienes jurídicos mediante el fomento de los valores ético-sociales de la acción. Sentado esto, sus consecuencias prácticas eran decisivas. En primer lugar, el plano psicológico del conocimiento o desconocimiento efectivo de la antijuridicidad de su hecho por parte del agente dejaba de ser decisivo. Por el contrario, el único límite psicológico venía dado por la existencia de una posibilidad psico-física de conocer el contenido antijurídico de su conducta.[18] Sentada esta posibilidad, la constatación de un error de prohibición del sujeto era perfectamente compatible con su plena responsabilidad penal, si esto último resultaba coherente en términos de «responsabilidad ético-social del agente».[19] Este es el modelo todavía vigente en la legislación penal alemana, caracterizado por la solución de la atenuación facultativa para el error de prohibición vencible.

11 En efecto, en este marco el juez, en el caso concreto, debe valorar cuál ha sido la entidad del deber de obtener conocimiento infringido por el sujeto. El

---

[16] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 164 ss.; *Córdoba Roda* (1962).

[17] Lo que constituye una *contradictio in adiecto*: *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 19/30.

[18] *Welzel* (1949), 26.

[19] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 4, 164.

punto de partida es que la fidelidad al Derecho estatal —que se identifica con el cumplimiento del deber de esforzarse por conocerlo— constituye uno de los valores ético-sociales fundamentales. Así pues, si se estima que el agente no se ha esforzado lo más mínimo, dadas sus circunstancias, aunque se reconozca que no ha actuado con conocimiento, sino en error vencible, cabe descartar la atenuación de su responsabilidad. Ahora bien, viceversa, asimismo cabe apreciar un error invencible de prohibición en un caso en el que, aunque habría podido conocer el Derecho, esto no le era exigible al sujeto por la elevada dificultad de obtención de tal conocimiento. De este modo, el plano normativo de la vencibilidad o invencibilidad del error del agente pasaba a primar sobre el plano psicológico de su conocimiento o desconocimiento.

2.1.2.3. Las consecuencias del modelo

12 La teoría de la culpabilidad, con su propuesta de atenuación facultativa de la pena en casos de error vencible de prohibición, hizo posible que la jurisprudencia acabara por admitir la posible relevancia del error de prohibición. En efecto, dicho modelo, en primer lugar, eliminaba cualquier laguna de punibilidad derivada del sistema cerrado de incriminación de la imprudencia.[20] Además, en segundo lugar, situaba el núcleo fundamental del debate en el deber de conocer el Derecho,[21] su alcance y las consecuencias de su infracción. De este modo, en la práctica, se equiparaban dos casos distintos de manifestación de déficits volitivos. Por un lado, la actuación del sujeto pese a tener conocimiento de lo antijurídico de su conducta —donde el déficit volitivo radica precisamente en actuar pese a saberlo—. Por otro, la actuación con un desconocimiento contrario a deber de dicha antijuridicidad. En este último caso, se trata de un déficit cognitivo imputable al sujeto, que en última instancia da cuenta igualmente de la existencia de un déficit volitivo en aquel.

13 El modelo puede estimarse relativamente próximo al que ya se había sostenido varios siglos antes en el marco de la doctrina de la Escolástica. Sin embargo, la diferencia radica en que este último partía de una diferencia material entre clases de prohibiciones; en cambio, la teoría de la culpabilidad adopta como punto de partida el deber de lealtad al Derecho estatal que, aparentemente, concibe como una unidad. Establecida esta distinción decisiva, es cierto que en ambos modelos el criterio rector viene dado por la noción de vencibilidad, entendida no solo como posibilidad de superar el error, sino también como exigibilidad de hacerlo —existencia de un deber de superarlo—. En efecto, la doctrina clásica había entendido que debe reputarse evitable «la ignorancia de aquellas cosas que se puede y se debe saber» —*ignorantia eorum quae scire tenetur et potest*—.[22] Por lo demás, añadía que la ignorancia deliberada —*igno-*

[20] *Díaz y García Conlledo* (2008), 173.

[21] En la actualidad se diría «incumbencia».

[22] *Hruschka*, FS Welzel, 1974, 115 ss.; *el mismo*, FS Link, 2003, 694.

rantia affectata—, provocada dolosamente por el propio sujeto, determina la plena responsabilidad de este.[23]

2.1.2.4. La recepción en la jurisprudencia

14 El primer reconocimiento jurisprudencial de la relevancia del error de prohibición tuvo lugar en la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 18 de marzo de 1952. Dos décadas después —en 1975— la figura accedió a la regulación legal de aquel país.[24] En España fue seguramente la STS de 30 de marzo de 1976 la primera que acogió la diferenciación entre error de tipo y de prohibición, apreciando la posible relevancia de este último. A su vez, tal dualidad pasó a ser reconocida legalmente en 1983. Ciertamente, se introdujo una atenuación obligatoria para el error de prohibición vencible, lo que distanciaba a tal regulación del modelo puro de la teoría de la culpabilidad.[25] Sin embargo, con independencia de este importante matiz, el sistema legal español asumió la diversidad de tratamiento del error excluyente del dolo —error de tipo— y del error de prohibición en términos análogos a los acogidos por la doctrina dominante alemana (en el vigente art. 14 CP). En cambio, en Italia el art. 5 del Código penal —*ignoranza della legge penale*— señala expresamente que «nadie puede invocar en su descargo la ignorancia de la ley penal».[26] Ciertamente, ello parece conducir a la irrelevancia del error de prohibición. Con todo, la sentencia de la Corte Constitucional 364/1988, de 23-24 de marzo, que declaró la ilegitimidad parcial de dicho artículo, ha permitido atribuirle cierta relevancia en aquel país.[27]

2.1.3. Las propuestas del regreso a la teoría del dolo: la «reunificación» del dolo malo

2.1.3.1. Planteamiento

15 En el Código penal español, el art. 14.3 señala que «el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». A su vez, cláusulas relativamente similares pueden hallarse en varias legislaciones penales de Iberoamérica. En cambio, en otras no se ha producido todavía una consagración legal del modelo de diferenciación entre el error excluyente del dolo típico —comúnmente denominado error de tipo— y el error de prohibición, con las respectivas consecuencias jurídicas.

---

[23] La actual «*willful blindness*» o, en español, ceguera voluntaria (ignorancia deliberada).

[24] En el parágrafo 17 del CP alemán, con una cláusula de atenuación facultativa para el error vencible. Una regulación similar es la contenida en el art. 17.2 CP portugués.

[25] Ahora, a favor de la atenuación obligatoria en Alemania: *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 21/71; *Naucke*, FS Roxin, 2001, 517; *Zabel*, GA 2008, 55.

[26] En el original: «*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*».

[27] *Pulitanò*, RIDPP 1988, 686 ss.; *Donini* (2011), 335 ss.

Simultáneamente, como se indicó en su momento, existe una posición doctrinal favorable a la reunificación del dolo malo, de modo que los supuestos de error tengan un tratamiento unitario (*cfr. supra* capítulo 12/24).[28] Ahora bien, la plena acogida de esta tesis requiere una reforma legal que, de momento, no se plantea.

16 Ciertamente, la base axiológica de la distinción entre el error de tipo —excluyente del dolo típico— y el error de prohibición —excluyente del conocimiento de la antijuridicidad— es discutible por varias razones. Por un lado, si se toma como objeto el Derecho estatal en su conjunto, no está claro que el error de prohibición sea más fácil de evitar que el error de tipo. Como se ha indicado, los errores de hecho no son meros errores de percepción, sino que tienen que ver con el conocimiento de leyes científico-experimentales o bien de criterios sociales de sentido o valoración. Además, los errores de tipo no son solo errores fácticos —de hechos brutos o institucionales sociales—, sino que también pueden ser errores de Derecho. Estos últimos pueden versar sobre significados o valoraciones jurídicas, sobre una prohibición extrapenal e incluso, excepcionalmente, sobre una prohibición penal —por ejemplo, en los llamados «delitos ancilares»— (*cfr. supra* capítulo 17/112).

17 Por lo demás, tampoco está claro que todo error de prohibición sea más reprochable que el error de tipo. Es verdad que en algunos delitos cabe afirmar la existencia de la denominada «función de llamada» del tipo, que obliga a un esfuerzo especial por determinar si la conducta está prohibida (*cfr. supra* capítulo 18/50 ss.). Sin embargo, precisamente en tales casos —por ejemplo, el de quien mata a otro— no se suele admitir el error de prohibición, salvo en lo relativo a las causas de justificación. En todo caso, más allá de la justificación —muy excepcional— de los delitos *mala in se* nucleares, la diferencia no es fácil de legitimar. En fin, tampoco está claro que los errores de tipo comporten fracasos en la relación con el manejo del mundo; o que siempre conduzcan al padecimiento de una *poena naturalis* (*cfr. supra* capítulo 12/31; *infra* capítulo 27/90). En efecto, en el caso de algunos sujetos, sus errores de tipo pueden ser selectivos, de modo que no les afecten jamás a ellos o personas cercanas; y también existen delitos en los que el error de tipo no conlleva jamás esa consecuencia.

2.1.3.2. De nuevo, el problema de la culpa iuris *relativa a la prohibición*

18 Ahora bien, en los términos de una dogmática *de lege ferenda* no está claro que todo error vencible excluyente del dolo malo deba ser sometido al régimen legal de la imprudencia, con las consecuencias propias del sistema vigente de incriminación de esta —*numerus clausus*—. En efecto, el problema del tratamiento del error vencible de prohibición, que ya se suscitó en el

[28] *Jakobs* (1998), 57 ss.; *Walter* (2006); *van Weezel*, LH Jakobs, 2008, 559 ss.; *Molina Fernández*, LH Mir Puig, 2017, 735 ss.

marco de las antiguas teorías del dolo, no se resuelve por sí solo mediante la reconstrucción dogmática del dolo malo. Además, requiere un reexamen tanto del régimen legal del error, como de la regulación legal de la imprudencia. A este respecto, caben las siguientes opciones: (i) remitir la *culpa iuris* que tiene por objeto la prohibición de la conducta —el error vencible de prohibición— a la regulación convencional de la imprudencia con su sistema de *numerus clausus*, realizando en este las reformas concretas que fueran precisas; o (ii) construir una cláusula de *culpa iuris* relativa a la prohibición, indicando si esta rige para todos los delitos o solo para los más graves y, al mismo tiempo, previendo penas que, en principio, deberían ser próximas a las de los delitos imprudentes.[29] La primera de ambas soluciones es la que aquí se ha acogido de modo parcial, al calificar como errores de tipo aquellos errores sobre la prohibición extrapenal que afectan al conocimiento del propio significado de la conducta. Sin embargo, esta solución no vale para todos los casos de *culpa iuris* relativa a la prohibición. Por ejemplo, la suposición errónea vencible de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación —error de prohibición indirecto o error de permisión— no recibe un tratamiento plenamente razonable si se somete al régimen de la imprudencia (*cfr. supra* capítulo 18/114). Por lo demás, sería preciso revisar si el régimen —de *numerus clausus*— de la imprudencia debe extenderse a más supuestos de los actualmente contemplados. Desde luego, el establecimiento de dicho régimen en su día no tuvo en cuenta los casos de imprudencia relativos a la prohibición jurídica de la conducta.

2.2. El debate en la tradición angloamericana

19 En la cultura jurídica angloamericana el principio *ignorantia legis non excusat* todavía tiene una amplia vigencia. En efecto, las legislaciones que se integran en esa tradición se hallan muy lejos de acoger de modo general la doctrina de la relevancia general del error de derecho[30] por oposición a lo que sucede con el error de hecho.[31] Es más, tampoco han distinguido con claridad el error de derecho penal y el error de derecho extrapenal.[32] Así, buena parte de los problemas relacionados con los errores sobre elementos normativos del tipo, elementos de valoración global del hecho y errores sobre leyes penales en blanco se entremezclan con los propios del error de prohibición. Ciertamente, cabe admitir que esto tampoco ha sido resuelto completamente en nuestro ámbito cultural. Sin embargo, en el mundo angloamericano son muchos los ordenamientos legales en los que las cuestiones de derecho son objeto de una «responsabilidad objetiva», lo que ciertamente no tiene parangón en nuestra tradición.

---

[29] En este sentido, *Pawlik* (2012), 408 ss.

[30] En inglés: «*mistake of law*». Sobre el debate, *Ashworth*, MLR 74 (2011), 1 ss.

[31] En inglés: «*mistake of fact*».

[32] Crítico, *Simons*, CL&Phil 3 (2009), 213 ss.; *el mismo*, Ohio St. J. C. L. 9 (2012), 487 ss.

En las legislaciones angloamericanas en las que se admite cierta relevancia del desconocimiento de la antijuridicidad, se acoge la distinción de Tomás de Aquino. Concretamente, la establecida entre los delitos que constituyen *mala in se*, en cuyo ámbito se niega expresamente toda relevancia al error de prohibición; y los delitos *mala quia prohibita*, en los que se advierte la posibilidad del reconocimiento de su relevancia excluyente de la responsabilidad.[33] Por eso se critica que tal error sea siempre tenido por irrelevante, en particular a propósito de los llamados «delitos regulatorios».[34] Es decir, en casos de *mala quia prohibita*, en los que la publicidad, la determinación y la estabilidad son mucho menores que en los *mala in se*. Ahora bien, en sentido opuesto también existen doctrinas pragmáticas que contribuyen a una reducción del peso específico del alegato de error precisamente en el ámbito de los *mala quia prohibita*.[35] 20

II. EL OBJETO DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN

1.1. Planteamiento

La doctrina no ha alcanzado consenso acerca de cuál es el perímetro concreto del objeto del conocimiento de la antijuridicidad. A su vez, esto viene causado por la discrepancia existente en cuanto al objeto del conocimiento propio del dolo típico (*cfr. supra* capítulo 12/121). Así, el sector doctrinal que reduce el ámbito de este último amplía, a su vez, el del objeto del conocimiento de la antijuridicidad. Viceversa, la opinión que extiende aquel espacio tiene que limitar los casos de error de prohibición. Por lo demás, la polémica tiene una decisiva dimensión práctica, puesto que en todos los ordenamientos que han acogido la distinción de ambas clases de errores, sus respectivos regímenes legales son obviamente distintos. En conceto, en el marco de la legislación española, se trata de decidir qué modalidades de error deben someterse al régimen del art. 14.1 CP, y cuáles al del art. 14.3 CP. En el supuesto del error invencible, ambas modalidades de error conducen a la impunidad, aunque por razones distintas. En el primer caso, por la exclusión del dolo típico; en el segundo, por la exclusión del conocimiento de la antijuridicidad —y, por tanto, de la culpabilidad—. Ahora bien, si el error se reputa vencible, las diferencias son drásticas. En efecto, el error vencible de tipo conduce, en su caso, a la imposición de la pena del delito imprudente correspondiente. Esto significa que, si el legislador no ha contemplado específicamente tal hecho imprudente como punible, la conducta es impune. En cambio, el error de prohibición 21

---

[33] *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 430.

[34] En inglés: «*regulatory crimes*».

[35] Así, el principio del hielo delgado —«*thin ice principle*»—: «*Those who scate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in*», formulado en el caso británico «*Knuller vs. Director of Public Prosecutions*», de 1973. Al respecto, *Ambos*, ADPCP 2002, 324.

vencible es siempre punible, según se ha indicado, con la atenuación de la pena en un grado, de modo obligatorio, y en dos grados, de modo facultativo.

1.2. Los puntos de discrepancia doctrinal

1.2.1. Los casos límite entre error de tipo y error de prohibición

1.2.1.1. Generalidades

22 Como se ha indicado, en la doctrinas jurídico-penales acerca del tratamiento del error existen dos tendencias contrapuestas (*cfr. supra* capítulo 12/114).[36] Así, una de ellas tiende a reducir el alcance del error de tipo ampliando el ámbito del error de prohibición.[37] Viceversa, la otra es proclive a ampliar el error de tipo a costa del error de prohibición, lo que deriva de exigir para el dolo el conocimiento del significado social lesivo de la conducta.[38] Sentado esto, la primera posición —pese a sus discrepancias internas—, se aproxima a una rehabilitación de la distinción clásica entre error de hecho y error de derecho, aplicando a aquel el régimen del error de tipo y a este último, el régimen del error de prohibición. Por su parte, la segunda conduce a una ampliación del espacio del error de tipo, incluyendo en este la mayor parte de los errores de derecho, lo que deja al error de prohibición —al menos en algunos tipos de delito— sin apenas ámbito de aplicación. Con todo, la cuestión trasciende a lo estrictamente conceptual. En efecto, como se ha anticipado, en ella está en juego la determinación de si la *culpa facti* y la *culpa iuris* relativa a la prohibición jurídica de la conducta deben tener la misma regulación.

23 La extensión del ámbito del error de tipo conduce a que la mayor parte de los casos de *culpa iuris* deban ser tratados como errores excluyentes del dolo y, en definitiva, sometidos al régimen legal de la imprudencia. Por su parte, la extensión del ámbito del error de prohibición conduce a castigar las imprudencias de derecho —en todo su alcance o con más o menos restricciones— como casos de delitos dolosos con una pena atenuada. De este modo, se reduce el impacto de la decisión legislativa de incriminar solo excepcionalmente los casos de imprudencia. En efecto, esta última pasa a incidir únicamente en los casos de imprudencia de hecho.

1.2.1.2. Los modelos

24 El modelo de la distinción entre error de hecho y error de derecho tiene la ventaja de la aparente claridad, así como de su relativa raigambre en la historia. Ciertamente, existe una diferencia analítica entre una y otra clase

---

[36] *Burkhardt* (1995), 416 ss.

[37] *Kindhäuser* (1999), 139 ss.; *el mismo,* REJ 31 (2019), 127 ss.; *Mañalich,* RD 24 (2011), 87 ss.

[38] *Díaz y García Conlledo* (2008); *Fakhouri Gómez* (2009).

de error. Sin embargo, la diversidad axiológica de su tratamiento jurídico no puede justificarse ni por razones de incentivos y desincentivos, ni por consideraciones estructurales. En efecto, la línea entre las conductas cuya realización se desincentiva por puras razones cognitivas —quien no conoce las leyes naturales puede padecer sus efectos— y aquellas en las que esto no sucede, no pasa por la distinción entre errores de hecho y de derecho. En el mundo de los hechos institucionales jurídicos, el conocimiento de estos tiene igualmente incentivos cognitivos. Así, por ejemplo, el que ignora las reglas del derecho de propiedad, se puede perjudicar a sí mismo. Por otro lado, la delimitación de error de hecho y de derecho no coincide con la diferencia entre los planos de la acción y de la motivación. Es decir, no fija la frontera entre la «evitabilidad» del hecho delictivo y la «motivabilidad» de su sujeto. Tal frontera pasa, más bien, por la separación entre lo que tiene significado jurídico y la valoración jurídica de ese significado, es decir, aparentemente más cerca de la frontera establecida por la doctrina dominante entre el error de tipo y el error de prohibición.

Por su parte, el modelo unitario en cuya virtud todo error excluye el dolo **25**
malo tiene asimismo la ventaja de la claridad. Sin embargo, plantea un problema de naturaleza legal, que es el tratamiento de la imprudencia relativa a la prohibición —de la *culpa iuris* prescriptiva—. Ciertamente, cabe aceptar que «en una culpabilidad no definida por el conocimiento de la antijuridicidad no se manifiesta el carácter doloso del injusto».[39] Sin embargo, por un lado, es dudoso que en los delitos que no son punibles a título de imprudencia el error vencible de prohibición deba quedar impune. Del mismo modo, por otro lado, parece incongruente que el tratamiento de un error de prohibición vencible excluyente del dolo sea la pena del delito doloso, por mucho que esta se atenúe.

1.2.2. La zona gris entre el error excluyente del dolo y el error sobre la ilicitud de la conducta

Apenas existe discusión acerca de que el error sobre los elementos fácticos **26**
que integran la descripción típica de un delito constituye un error excluyente del dolo. Por lo tanto, todos los errores sobre la base empírica de la descripción típica, tanto si esta es bruta como social-institucional (en sus dimensiones significativa y valorativa), excluyen el dolo. En la terminología usual, es pacífico afirmar que aquellos dan lugar a errores de tipo y, en la legislación española, a errores sometidos al régimen del art. 14.1 CP. Más allá de esto, existe un amplio acuerdo en cuanto a que el error sobre elementos normativos de sentido jurídico —«cosa», «ajena», «documento»— excluye el dolo. En efecto, la amplia mayoría de la doctrina acoge asimismo esta posición. En cambio, reina la discrepancia en relación con el error relativo a elementos normativos

[39] *Mañalich*, RD 24 (2011), 106 ss., 113.

de valoración jurídica, a las leyes penales en blanco, así como en relación con los presupuestos fácticos y normativos de las causas de justificación. Por lo demás, esto último significa que incluso es precipitada la afirmación general de que todos los errores de hecho excluyen el dolo. En efecto, por un lado, se sigue debatiendo en cuanto a los errores de hecho en materia de causas de justificación. Además, por otro lado, existen errores de hecho sobre circunstancias ajenas a los tipos de delito y a las causas de justificación que solo tienen relevancia, en su caso, como errores de prohibición. Por ejemplo, el error de quien comete un delito creyendo, por razones fácticas, que se encuentra fuera del territorio del Estado que lo prohíbe. En cuanto a los errores relativos a elementos normativos de valoración jurídica, así como a las disposiciones de complemento de las leyes penales en blanco, existen posiciones enfrentadas. Un sector considera que se trata siempre de errores de prohibición. Otro, en cambio, distingue entre los errores que afectan a sus presupuestos fácticos —los hechos— y los relativos a la normatividad —al derecho— extrapenal. En fin, un tercer sector los califica de error de tipo, en la medida en que el legislador se haya servido de aquellos elementos jurídicos para la descripción de la conducta penalmente —típicamente— desaprobada. Esta es la posición que se sigue en esta obra a propósito de los *mala quia prohibita*, en los que se recurre a la técnica de las leyes penales en blanco para la descripción del significado de la conducta (*cfr. supra* capítulo 12/126).

27 En efecto, como se indicó en su momento, es importante tener presente que una misma clase de error —concretamente, por ejemplo, un error sobre el Derecho administrativo— puede recibir el tratamiento jurídico-penal del error de tipo —error excluyente del dolo— o del error de prohibición dependiendo del tipo de delito del que se trate. Es decir, en función de si la referencia a la infracción de las normas jurídico-administrativas se integra o no en la descripción del significado de la conducta penalmente desaprobada (*cfr. supra* capítulo 12/133). En concreto, si aquella es uno de los elementos integrantes «del hecho constitutivo de la infracción penal» —que constituyen el objeto del dolo—, el error sobre ella excluye el dolo. Si no, únicamente excluye el conocimiento de la antijuridicidad. De nuevo, esto pone de relieve la imposibilidad de realizar afirmaciones válidas para todos los tipos de delito.

28 La reducción del error excluyente del dolo a casos de error sobre hechos empíricos y la calificación de todos los demás como errores de prohibición plantea un problema claro. En efecto, aboca a que se traten como casos de dolo —eso sí, con pena atenuada— algunas de las más claras imprudencias en el sentido clásico de la expresión. Lo mismo ocurre —en menor medida— con las posiciones que remiten todos los errores sobre elementos normativos-jurídicos al ámbito del error de prohibición. Esto sucede incluso —aunque todavía en una menor medida— en el caso de la doctrina dominante y del propio sistema legal. En realidad, puede afirmarse que resulta insostenible un régimen legal que: (i) distingue de modo conceptualmente impreciso —y axiológicamente discutible— entre clases de errores; (ii) impone penas claramente distintas

a unos y otros; y (iii) contiene además un modelo de *numerus clausus* para el castigo de los errores vencibles de tipo y de *numerus apertus* para el castigo de los errores vencibles de prohibición. Ahora bien, tampoco es seguro que las posibles alternativas resulten convincentes para todos. Como se ha indicado, estas podrían pasar: (i) por ampliar el sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia a los supuestos de *culpa iuris* relativa a la prohibición, con la posibilidad de que tuviera que convertirse en un sistema de *numerus apertus*; o (ii) regular los supuestos de *culpa iuris* relativa a la prohibición mediante una cláusula general que distinguiera entre delitos graves, en los que fuera punible, y otros, en los que no lo fuera, estableciendo además penas no muy distintas de las propias de la imprudencia *facti* —e *iuris*, no relativa a la prohibición—.

1.2.3. La zona gris entre el error sobre la ilicitud y los errores irrelevantes

1.2.3.1. La descripción del problema

29 Como se ha señalado, en uno de sus extremos el error de prohibición limita con el error excluyente del dolo. Pues bien, en el otro limita con los errores irrelevantes de subsunción. En efecto, los errores relativos a las leyes penales, o a la punibilidad del hecho, son, en tanto que errores de subsunción legal, penalmente irrelevantes. La única excepción es la del error de subsunción que redunde en un error de prohibición, es decir, en un error relativo a la antijuridicidad general del comportamiento, en tanto que vulnerador de la norma de conducta. En este sentido, la jurisprudencia española señala con reiteración que el castigo de un hecho no requiere que el sujeto tenga el conocimiento concreto de la ley penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento genérico de que el hecho está castigado como delito. A su juicio, no hace falta conocer siquiera que existe un Código Penal que castiga determinadas conductas. Por el contrario, basta con que el sujeto sepa, al nivel de un profano, que las normas que regulan la convivencia social prohíben ese comportamiento que realiza.[40]

30 Un análisis de esta jurisprudencia, que ciertamente tiene el apoyo de la doctrina dominante, requiere partir de la distinción entre la norma de conducta y la norma de sanción. En efecto, una cosa es que el agente desconozca que su comportamiento lesiona la norma de conducta. En cambio, otra bien distinta es que desconozca que su realización está conminada con pena, en virtud de la norma de sanción penal que acompaña a aquella norma de conducta. Para constatar la concurrencia de una infracción delictiva solo es imprescindible lo primero. Frente a ello, la exigencia del conocimiento de la ley penal para apreciar la concurrencia de una conducta antinormativa deriva

[40] STS 302/2003, de 27 febrero. Resulta discutible que baste con conocer que la propia conducta daña a otro en términos que dan lugar a una obligación de reparación. En efecto, la propia expresión de «ilícito civil» es problemática. Eso podría conducir a requerir que se conociera el carácter públicamente lesivo de la propia conducta (establecido en normas administrativas). Así, *Nieto Martín* (1999).

de concepciones emparentadas con la doctrina de la coacción psicológica de Feuerbach.[41] En efecto, según esta, solo quien conoce la amenaza de pena puede hallarse intimidado por esta, de modo que la posterior comisión del delito refleje la prevalencia del estímulo delictivo sobre la coacción jurídica. Cuando ello tiene lugar, el modelo requiere la imposición efectiva de la pena para confirmar la seriedad de la amenaza (*cfr. supra* capítulo 3/59 ss.). Por lo demás, en el marco de esta extrema ampliación del objeto del dolo malo se sitúa la presunción de dolo —*praesumptio doli*— de Feuerbach. Ciertamente, esta pretendía compensar los efectos de la exigencia de un dolo con tan amplio objeto, facilitando su prueba.[42]

1.2.3.2. La opción por el término medio

1.2.3.2.1. Planteamiento

31 El conocimiento de la antijuridicidad —igual que su reverso, el error de prohibición— no puede tener por objeto la norma de sanción. En efecto, aquel requiere exclusivamente que el sujeto conozca que su conducta lesiona el contenido de una norma de conducta. Expresado de otro modo, el que sabe que su conducta lesiona el contenido de una norma de conducta y, pese a ello, actúa, entonces infringe tal norma de conducta. En el caso de los *mala quia prohibita* el «conocimiento de la antijuridicidad» general de la conducta es un elemento integrante del dolo, esto es, del conocimiento del significado de la propia conducta. En efecto, como se ha reiterado, el hecho constitutivo de la infracción penal comprende, en tales casos, la propia infracción administrativa. Así pues, en los delitos *mala quia prohibita*, en los que el error sobre la prohibición extrapenal excluye el dolo, es preciso distinguir dos clases adicionales de error: (i) el error de prohibición indirecto —error de permisión— relativo a la incidencia de causas de justificación; y (ii) el error sobre la gravedad relativa de la antijuridicidad de la infracción, que determina la existencia de un error acerca de su incriminación —prohibición bajo pena—.

32 El desconocimiento del sujeto acerca de que comete precisamente un injusto penal debe tener relevancia por razones de trato equitativo. En efecto, aunque quien conoce que obra de modo antijurídico infringe la norma de conducta —realiza una conducta antinormativa— no parece compatible con la equidad que se le aplique una norma de sanción penal si no ha podido conocer la gravedad relativa de la conducta que lleva a cabo. Así, quien comete un delito creyendo que lo que realiza constituye una infracción —más o menos trivial— del Derecho de policía administrativa ciertamente no incurre en error de prohibición, pero sí en alguna clase de «error relativo a la prohibición». En efecto, la criminalización de una conducta posee un significado simbólico

---

[41] Crítico, *Binding* (1919), 34-35. En cambio, exigen el conocimiento concreto de la punibilidad *Bacigalupo*, CPC 6 (1978), 3 ss.; *el mismo* (1983); *Moreno-Torres* (2004).

[42] Crítico, *Binding* (1919), 78-79.

que trasciende al dato fáctico de que se le imponga una pena. En particular, cumple una función de señalización de lo que más importa en una comunidad política dada. Por ello, para aplicarle la norma de sanción penal, el sujeto que realiza una conducta antinormativa debe haber podido conocer si su conducta se cuenta entre las penalmente desaprobadas y no justificadas ni exentas de prohibición bajo pena. En suma, la conducta de quien sabe que obra de modo prohibido, pero desconoce de modo invencible la especial gravedad de su conducta —determinada por el hecho de haber sido criminalizada—, no puede ser castigado por ella.[43] En cambio, no son relevantes el error relativo a una condición objetiva de punibilidad, o la suposición errónea de la concurrencia de causa de exclusión de la pena —de una excusa absolutoria— (*cfr. infra* capítulo 27/54).[44]

1.2.3.2.2. El tratamiento del error sobre la prohibición bajo pena

El error del sujeto sobre la prohibición bajo pena de la conducta que realiza 33
no es un error de prohibición *stricto sensu*, ni en términos dogmáticos, ni a los efectos de aplicar el art. 14.3 CP español.[45] No lo es en términos dogmáticos, por razones tanto conceptuales como axiológicas. Ahora bien, tampoco lo es en términos legales. Ciertamente, la articulación de las expresiones que describen las clases de error en el Código penal español es gramaticalmente compleja: el error «sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» y el error «sobre la ilicitud» tienen zonas de intersección. Sin embargo, la interpretación sistemática e histórica conducen a reducir el alcance de este último a errores sobre la vulneración de la norma de conducta. Así pues, el sujeto que conoce la antijuridicidad general de su conducta obra de modo antinormativo —antijurídico y culpable— o, expresado de otro modo, no yerra sobre la ilicitud del hecho, aunque no sepa que dicha conducta está prohibida bajo pena.[46] Sin embargo, cabe sostener que, si yerra sobre la ilicitud penal, este error debe excluir la «culpabilidad penal» o «punible» de su conducta. Así pues, quien lo padece de modo invencible se encuentra exculpado. Una cuestión distinta de esta apreciación es que se pueda sostener que, si conoce el carácter antijurídico de su conducta, el sujeto tiene que cerciorarse de si esta constituye un injusto agravado o no. En consecuencia, que, si incurre en un error, este tiene que ser reputado necesariamente vencible. Sea como fuere, el conocimiento de

---

[43] Próximos, con argumentos distintos, *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 21/21 ss.; *Silva Sánchez*, ADCP 1987, 647 ss.; *el mismo* (1992), 403; *Felip i Saborit* (2000), 123 ss.; *Couso* (2006), 486 ss.; *Hernández Basualto*, LH Künsemüller, 2023, 579 ss. En contra, *Arias Eibe* (2007), 132 ss.; *van Weezel* (2008), 68 ss., 70; con matices, *Martínez-Buján* (2017), 63, 77 ss.

[44] Entre ellas, por ejemplo, la condición de ser mayor de catorce años, en cuanto a la aplicación de las disposiciones del Derecho penal juvenil; o de ser mayor de dieciocho años, en cuanto a las disposiciones del Derecho penal de adultos. Por eso, no debe usarse la expresión «error sobre la punibilidad» en el contexto de la descripción de esta posición.

[45] *Díaz y García Conlledo*, LH Torío López, 1999, 356 ss. Distinta, *Fakhouri Gómez* (2009), 475-476, 498.

[46] Distintos, *Felip i Saborit* (2000), 128; *Fakhouri Gómez* (2009), 475 ss.

que una conducta reviste tal especial gravedad requerirá normalmente que dicho sujeto sepa que la infracción ha sido criminalizada. De este modo, su error sobre este punto se mostrará como un «error de subsunción», relevante no por generar un error de prohibición, sino un error sobre la prohibición bajo pena de la conducta.

34 La base que pueda existir en la legislación española para la apreciación de tal error como error relevante es discutible. Una exención completa de pena solo podría construirse de modo supralegal por analogía *in bonam partem* con el art. 14.3 CP.[47] Por su parte, la atenuación de la pena por desconocimiento vencible de la prohibición bajo pena de la conducta debe poder sostenerse con base en la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP, apreciada en su caso como muy cualificada (*cfr. infra* capítulo 28/36).

1.3. La ilicitud de la conducta concreta como objeto del conocimiento

1.3.1. Generalidades

35 El «error de prohibición» no es un error sobre la prohibición abstracta de una clase de conductas, sino uno relativo al carácter ilícito de la propia conducta concreta.[48] Por lo tanto, para alcanzar tal conocimiento es necesario representarse la relación entre tal conducta y la norma. Así, pueden darse cuatro situaciones de error: (i) que el sujeto desconozca tanto el significado de lo que está haciendo como el contenido de la norma que lo prohíbe; (ii) que no conozca el significado de su conducta, aunque sí conozca la norma que prohíbe la clase de acciones en la que se integra; (iii) que conozca el significado de lo que hace, pero desconozca la norma que prohíbe en abstracto la clase de conductas a la que pertenece su actuar;[49] (iv) que conozca tanto el significado de la conducta que realiza como el contenido de la norma que prohíbe la clase de acciones, pero se equivoque en la subsunción de aquella en esta. Así las cosas, los supuestos (i) y (ii) contienen los casos que se califican comúnmente de error de tipo, de modo que permiten poner de relieve que todo error de tipo es, en última instancia, un error de prohibición y de ello deriva realmente su relevancia.[50] Por su parte, el grupo (iii) se refiere a los casos designados usualmente como de error de prohibición. En fin, el grupo (iv) comprende algunos de los casos que se consideran constitutivos de error de subsunción. Como ya se ha indicado, los errores de subsunción de la conducta en una ley penal solo pueden ser relevantes: (a) si dan lugar a un error de prohibición en sentido estricto, esto es, a una equivocación sobre la norma de conducta; o (b) de modo supralegal, y para quien admita

---

[47] *Nieto Martín* (1999), 103; *Díaz y García Conlledo*, LH Torío López, 1999, 357; *el mismo* (2008), 163; *Olaizola Nogales* (2007), 65.

[48] *Binding* (1919), 68-69.

[49] *Binding* (1919), 86.

[50] *Binding* (1919), 84; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 19/34; *Molina Fernández*, LH Mir Puig, 2017, 740.

esta construcción que aquí se propone, si da lugar a un error sobre la prohibición bajo pena.

1.3.2. El juicio del agente sobre la ilicitud de su conducta concreta

36 El carácter concreto del objeto del conocimiento obliga a realizar un análisis secuencial de los presupuestos de su concurrencia. Así, para conocer la antijuridicidad concreta de la propia conducta es preciso, en primer lugar (i), conocer el baremo de la juridicidad —de la conformidad a Derecho—, esto es, el contenido de la norma. En efecto, solo partiendo de ahí cabe determinar qué la contraviene —lo disconforme con el Derecho—. En segundo lugar (ii), es preciso conocer el significado de la propia conducta. En fin, en tercer lugar (iii), es necesario llevar a cabo la subsunción de este en aquella. Por tanto, el objeto del conocimiento viene dado, por la valoración general; por la propia conducta; y, en fin, por la subsunción de esta en aquella.[51] El baremo de la juridicidad lo proporcionan aquellas disposiciones que delimitan intersubjetivamente las esferas de actuación lícita. Es decir, las valoraciones que subyacen a las normas de conducta. En efecto, las conductas que desbordan tales disposiciones delimitadoras reciben una valoración jurídica negativa. Sentado esto, la identificación del alcance de la norma es, en algunos casos, un efecto natural del proceso personal de socialización. Ciertamente, esto es lo propio del núcleo de los delitos *mala in se*, aunque incluso en estos las fronteras de las normas de conducta sean vagas, así como de los delitos *mala in se* periféricos, cuyo contenido viene dado por normas sociales. En cambio, con respecto a los delitos *mala in se* periféricos cuyo contenido se ha visto influido por el Derecho privado o público, así como en el caso de los *mala quia prohibita*, no es posible sostener que su conocimiento provenga siempre del proceso de educación, socialización e información ordinaria del ciudadano medio. Por el contrario, en estos otros casos con frecuencia se hace imposible conocer el baremo de la juridicidad sin llevar a cabo la interpretación del tipo legal, infiriendo de éste la norma de conducta. Ahora bien, no cabe ignorar que la interpretación típica es una tarea en ocasiones muy difícil, que llevan a cabo trabajosamente los tribunales de justicia.

37 En todo caso, una vez que el sujeto actúa con dolo típico y conoce el contenido de la norma, tiene que integrar la propia conducta en el ámbito de las que contravienen el Derecho. Es decir, aplicar la norma al caso. Para ello es necesario aproximar los planos de la interpretación normativa y del significado a la propia conducta, situándolas en un plano de abstracción intermedia. De ahí que, en la práctica, pueda afirmarse que el error de prohibición es siempre un error del proceso de valoración de la conducta orientado a su calificación como ilícita. Tal proceso se ha solido denominar «subsunción», de lo que deriva la calificación como «errores de subsunción» de los errores que aparecen a lo

[51] *Binding* (1918), 72 ss.

largo de él. Sin embargo, como se ha advertido, tal proceso es con frecuencia trabajoso, pues no constituye una operación lógica, sino fundamentalmente axiológica. En su realización aparecen los errores derivados del desconocimiento del contenido de la norma, del desconocimiento del significado del hecho y de la defectuosa valoración de este último a la luz de aquel. Desde luego, es muy claro el supuesto en el que la subsunción procede así: (i) sé que «matar está desvalorado jurídicamente»; (ii) «sé que mi conducta es un matar»; luego (iii) «sé que mi conducta está desvalorada jurídicamente». Ahora bien, resulta evidente que no todos los casos son igual de sencillos. Por eso, en este contexto tiene más sentido aludir a la necesidad de realizar una «valoración paralela» en el plano del profano que en el error de tipo. Sin embargo, ni siquiera es preciso que tenga lugar esa valoración profana de modo explícito. En realidad, basta con una conciencia acompañante, paralela a la co-consciencia debatida a propósito del dolo (*cfr. supra* capítulo 12/94).

1.4. Las clases de error de prohibición en función de su objeto

38 El error de prohibición, que versa sobre el contenido valorativo de la norma de conducta, puede tener por objeto el componente positivo de esta, que se infiere de las redacciones de los tipos. A esta modalidad se le denomina «error de prohibición directo». Ahora bien, cabe asimismo que verse (i) sobre los presupuestos fácticos y normativos; (ii) sobre los límites; o (iii) sobre la existencia de una determinada causa de justificación (*cfr. supra* capítulo 18/103). Es decir, sobre el componente negativo o delimitador de la norma de conducta, que viene dado por las disposiciones permisivas. A esta otra clase de error de prohibición se la denomina «error de prohibición indirecto» o «de permisión». Esta constatación pone de relieve que la afirmación clásica y jurisprudencial de que en el núcleo de los delitos *mala in se* no cabe alegar nunca un error de prohibición es precipitada. Tal aseveración puede referirse de modo radical al error de prohibición directo, pero no al indirecto. En efecto, aun cuando la justificación de los delitos *mala in se* nucleares es absolutamente excepcional, ciertamente cabe que se den supuestos de error de prohibición; por ejemplo, sobre los límites de la causa de justificación de legítima defensa.

39 En realidad, la suposición errónea de que la conducta, aun típica, pueda estar justificada es, en la práctica, la modalidad de error de prohibición más frecuente, sobre todo en su dimensión relativa a los límites de las causas de justificación. En este punto, debe tenerse presente que aquí no solo se plantea el tema del error sobre los límites de la legítima defensa y el estado de necesidad, relativamente poco frecuente en la práctica. Sobre todo, hay que considerar también la cuestión del error relativo a los límites del ejercicio legítimo de un derecho y del cumplimiento del deber. En definitiva, toda la discutida materia de las colisiones (aparentes) de derechos y de deberes (*cfr. supra* capítulo 21/24). Precisamente en este último ámbito cabe que el error de prohibición (indirecto) provenga de que el sujeto cree que la norma de

conducta derivada de la redacción de un tipo legal vulnera disposiciones superiores, de rango constitucional o convencional.[52] En cambio, resulta bastante más complicado el caso en el que el sujeto entiende que la redacción de un tipo de delito vulnera normas suprapositivas o cree que estas últimas justifican la conducta típica.[53] En efecto, la consecuencia de lo anterior es que piense que la norma de conducta derivada del Derecho positivo es nula, de modo que tiene el derecho a lesionar su contenido y, en suma, su conducta no es antijurídica. Viceversa, es perfectamente concebible el error consistente en que el sujeto ignore que la justificación de su conducta en virtud de una disposición permisiva legalmente vigente vulnera la Constitución, los tratados o normas suprapositivas. Como se advierte, en el error de prohibición se manifiesta la dimensión subjetiva del problema de la articulación jerárquica de las normas de rango diverso en el marco del sistema multinivel de fuentes.

Como se ha indicado, los errores relevantes son los relativos al contenido **40**
de la norma de conducta. Por lo tanto, la suposición errónea de que la conducta no se encuentra prohibida bajo pena (o de que se halla exculpada) o de que no es punible, debe reputarse irrelevante. Cuestión distinta es la posible relevancia, ajena tanto al error de tipo como al error de prohibición, de la suposición errónea de que concurren los elementos de una situación objetiva o personal de exculpación, es decir, de exclusión de la prohibición bajo pena por razones objetivas o personales. El abordaje de estas situaciones debe llevarse a cabo, en función de las circunstancias concurrentes, a través del régimen de las eximentes completas e incompletas y de la imprudencia.

2. LAS FUENTES DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA PROPIA CONDUCTA

2.1. Generalidades

Como se ha indicado, para poseer conocimiento de la antijuridicidad es **41**
preciso que el sujeto actúe como juez profano de su propia conducta. En efecto, requiere un sujeto «conocedor del Derecho», aunque esto no deba identificarse con el conocimiento de «las leyes». Pues bien, para identificar el contenido de la norma de conducta cabe recurrir a diversas fuentes indirectas y directas. Estas pueden ser: (i) el proceso general de socialización —en la familia, la escuela, la universidad o mediante los medios de comunicación— o los procesos específicos de formación u obtención de información; (ii) una experiencia personal o de personas próximas, en todo caso, tópica, esto es, no generalizable y en ocasiones contradictoria; o (iii) el conocimiento directo de las fuentes del Derecho, con diferentes niveles, más o menos profanos, de aproximación. En este último caso, el contenido de la norma de conducta puede

[52] *Arm. Kaufmann*, ZStW 80 (1958), 40-41; *Arth. Kaufmann* (1961), 139; *Rudolphi* (1969), 189-190; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 170-171; *Jakobs* (1998), 63 ss., 66.

[53] *Jakobs* (1998), 63 ss., lleva estos casos al ámbito del autor por convicción.

obtenerse a partir del conocimiento del Derecho legal: privado, administrativo o penal. Sin embargo, cabe también que se obtenga a partir del conocimiento de un Derecho positivo supralegal, ya sea este constitucional o internacional —Derecho de los tratados: singularmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea—. En última instancia, el contenido de la norma de conducta puede obtenerse del conocimiento del Derecho suprapositivo.

42 A este respecto es preciso tener en cuenta que el conocimiento de la desvaloración jurídica de la propia conducta requiere frecuentemente el conocimiento de la praxis jurisprudencial nacional e internacional. En efecto, las leyes no son claras, así que los destinatarios de las normas no acceden de modo directo al conocimiento de estas, sino solo a través de vías indirectas. Como se ha indicado, la garantía de previsibilidad se obtiene, más bien, de la actuación consolidada de los tribunales, que es la expresión de la pragmática de la disposición legal correspondiente (*cfr. supra* capítulo 4/26). En este punto puede ser de particular importancia la praxis de los tribunales en relación con las disposiciones permisivas, dado el menor grado de taxatividad de estas últimas. Así, cabe pensar, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional e internacional sobre los conflictos de pretensiones relativas a derechos fundamentales —así, honor, intimidad y libertad religiosa, en su relación con la libertad de expresión—.

43 Sentado todo esto, procede advertir que, salvo en el caso de infracciones *mala in se* nucleares, no es tan evidente que un sujeto tenga conocimiento de la antijuridicidad. En efecto, en los delitos *mala in se* periféricos, en los *mala quia prohibita* y, de modo general, en el caso de los límites de las causas de justificación, puede darse de modo no infrecuente un error de prohibición. Ciertamente, esto no significa que tal error sea invencible, sino vencible, es decir, que ponga de relieve que el sujeto ha infringido su incumbencia de obtener el conocimiento del Derecho. Además, cabe que la evitación del error hubiera sido muy fácil recurriendo a las fuentes ordinarias de conocimiento, lo cual hace necesario valorar qué tratamiento debe darse a supuestos así. Ahora bien, también es posible que el cumplimiento de la incumbencia de conocer el Derecho, como tarea propia del sujeto integrante permanente o circunstancial de una comunidad política, se haga inexigible en determinadas circunstancias. Uno de los casos límite es el relativo al conocimiento, por parte del habitante de un territorio, de una ley extranjera con vigencia extraterritorial, sobre todo si esta —divergente de la ley del territorio— no se refiere al núcleo de los delitos *mala in se*.

2.2. El ejemplo de la suposición errónea de la justificación en el caso del núcleo de los delitos *mala in se*

44 El «caso de los tiradores del muro» tuvo que afrontar el supuesto de hecho generado por una ley de la extinta República Democrática Alemana,

que justificaba tirar a matar contra cualquier persona que intentara huir de aquel país.[54] En concreto, versó sobre la posibilidad de que aquellos tiradores hubieran incurrido en un error indirecto de prohibición —error de permisión—. Así, a propósito del enjuiciamiento de las conductas de los guardias fronterizos, se sostuvieron cuatro opiniones doctrinales sobre el estatus de vigencia y de validez de esa causa de justificación. La primera (i) afirmaba que era nula conforme al propio ordenamiento jurídico de la exRDA, puesto que esta, en su Constitución, se adhería a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por su parte, la segunda (ii) defendía que podía ser excepcionalmente anulada por la legislación vigente en la República Federal Alemana, como Estado sucesor tras la reunificación, que obviamente prohibía tales conductas. Ciertamente, esto chocaba con el principio de irretroactividad de las leyes penales, pero podía defenderse de modo excepcional dada la naturaleza de los delitos cometidos —contrarios a los derechos humanos—.[55] La tercera (iii) sostenía que la ley era nula por vulnerar los preceptos del Derecho suprapositivo.[56] En fin, la cuarta (iv) afirmaba que era vigente y válida, de modo que podía y debía ser aplicada (*cfr. supra* capítulo 4/70).

Pues bien, en este complejo escenario de teoría del Derecho en cuanto 45
al estatus objetivo de la disposición permisiva, se suscitó adicionalmente la cuestión relativa al posible error de prohibición de los soldados de la guardia de fronteras. En este punto, el problema fundamental es si acaso una legislación positiva largamente vigente o un sistema político-cultural dados pueden llegar a deformar la conciencia natural en cuanto a la prohibición de los delitos *mala in se* nucleares. En el caso de que se aprecie esta posibilidad, la pregunta siguiente tiene por objeto determinar a quién se le imputa la eventual deformación de la conciencia del sujeto activo. Por un lado, cabe que se le impute a él mismo (*ignorantia affectata*). Ahora bien, por otro, cabe que se le impute al sistema de injusto —o estructura de pecado—, en cuyo caso, sí cabría apreciar un error vencible e incluso invencible, en función de las posibilidades de superar la influencia de aquella estructura (*cfr. supra* capítulo 23/102). En general, al menos en los casos más graves, la solución del error vencible parece la más razonable. Esto debe aplicarse *mutatis mutandis* a aquellos en los que el sujeto se representa erróneamente la licitud de su conducta, pese a advertir la lesividad típica de esta, por suponer que en ella concurre una causa de justificación —el ejercicio de un derecho— derivada de razones culturales. Esto es lo que parece suceder en los supuestos de mutilación genital femenina que, por tanto, deben ser punibles en alguna medida salvo en las situaciones límite de persecución extraterritorial.

---

[54] *Felip i Saborit* (2011), 509 ss.; *Agustina Sanllehí* (2017), 373 ss.; *Saliger*, FS Kindhäuser, 2019, 430 ss.

[55] *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 422 ss.; distinto, *Silva Sánchez* (2018), 63.

[56] *Radbruch*, SJZ 1946, 107.

III. EL CONTENIDO DEL «CONOCIMIENTO» DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. GENERALIDADES

46 El conocimiento de la antijuridicidad es un requisito de la responsabilidad porque en todo delito existe una dimensión de infracción del deber. En efecto, quien no conoce la antijuridicidad de su conducta, lesiona obviamente el contenido de la norma jurídica. Sin embargo, únicamente quien conoce el contenido de tal norma desatiende las razones contenidas en esta, de modo que infringe el Derecho. Así, el que decide obrar pese a saber que está lesionando el Derecho, niega mediante su conducta el propio Derecho. Además, si su delito tiene víctimas personales, las niega como personas, titulares de bienes humanos cuyo valor jurídico ha sido reputado superior a sus pretensiones como sujeto activo. Con ello, sin agravar la medida de la lesión de los bienes del sujeto pasivo, agrava la antijuridicidad de su hecho en términos comunicativos o simbólicos.

47 Existen dos opciones en cuanto al juicio en cuya virtud se atribuye a un sujeto el conocimiento de la antijuridicidad. La primera es entender que por «conocimiento» debe entenderse el resultado de un juicio descriptivo psicológico-individual, lo que —cada vez más— equivale a identificarlo como una entidad empírico-cerebral. Desde esta perspectiva, el problema es determinar la concurrencia de un estado mental susceptible de verificación, ya sea como conocimiento seguro o probable, como duda, o como desconocimiento. En cambio, la segunda es entender que el conocimiento de la antijuridicidad es el resultado de un juicio normativo-adscriptivo o de imputación. Como ya se señaló a propósito del dolo, esto último no obsta a que la base del juicio de adscripción venga dada por determinados indicadores fácticos. Sentado esto, el baremo de la regla de adscripción se obtiene a partir de la existencia de deberes de conocer, de modo que atiende a la gravedad de la infracción de las incumbencias de conocimiento.

48 Otro tanto cabe afirmar a propósito de la «vencibilidad» del error. En efecto, esta puede entenderse como un estado de posibilidad física o, por el contrario, como un deber de superar el error en el que se ha incurrido. Desde luego, en virtud del principio *ultra posse nemo obligatur*, no cabe exigir la superación de un error a quien no puede hacerlo. En cambio, sí es posible no exigir la superación de su error a quien, pudiendo vencerlo, ello le resultaría extraordinariamente difícil. Por tanto, errores empíricamente vencibles pueden reputarse normativamente invencibles. En los casos de imposibilidad de conocer, falta la culpabilidad, en el sentido de antinormatividad; en los de grave dificultad, la culpabilidad penal, por razones de inexigibilidad. El problema inverso viene dado por aquellos casos de desconocimiento evitable en los que, dada la facilidad con la que el sujeto podría haber salido de su error, este se podría considerar burdo y, por ello, no merecedor de atenuación alguna. O bien, por aquellos casos en los que el desconocimiento haya sido provocado por el propio sujeto.

Una cuestión adicional, debatida en su día, fue la relativa a si basta con el 49
conocimiento de la antijuridicidad o, por el contrario, la culpabilidad requiere además una voluntad en relación con esta.[57] Pues bien, para que se excluya el error de prohibición, basta con que se conozca la antijuridicidad, sin necesidad alguna de que el sujeto, además, «quiera» la antijuridicidad de su conducta. La voluntad relativa a la conducta, en tanto que antijurídica, debe abordarse en un momento sistemático posterior.

2. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA-DESCRIPTIVA: EL CONOCIMIENTO COMO CUESTIÓN DE HECHO

2.1. Generalidades

Como ya se indicó a propósito del dolo, una posición doctrinal y jurispru- 50
dencial sostiene que el conocimiento de la antijuridicidad es un estado mental, esto es, un hecho interno que se determina mediante un juicio empírico-descriptivo. Eso sí, en este punto resulta obviamente preciso recurrir a la prueba de indicios. Esta doctrina ha sido extendida por la jurisprudencia española al ámbito del error de prohibición. Así las cosas, la consecuencia es que un juicio de primera instancia que excluya la existencia de error o lo califique de invencible no puede ser revocado en apelación —sosteniendo respectivamente que concurre conocimiento o un error vencible— por un órgano judicial que no haya presenciado la prueba.[58] Por lo demás, esto determina que aquella primera calificación no pueda ser alterada en la casación.

2.2. La duda y la «co-consciencia»

En este contexto debe ubicarse el debate sobre el tratamiento que debe dar- 51
se a las situaciones de duda. En efecto, más allá de los casos de conocimiento seguro, se halla el estado psicológico de la duda.[59] Pues bien, la jurisprudencia y la doctrina dominante tienden a calificar los supuestos de duda del agente directamente como casos de conocimiento eventual de la antijuridicidad.[60] Sin embargo, en realidad, existen casos muy diversos de duda, puesto que esta constituye un estado complejo, que se mueve entre la certeza positiva (1=100%) y la certeza negativa (0). Así, hay duda en que tiene por posible al 99% la antijuridicidad de su hecho, y también en quien se la representa solo con una probabilidad de un 1%. Ciertamente, es difícil medir el grado

---

[57] Sobre la polémica, *Warda*, FS Welzel, 1974, 522-523; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 19/29.

[58] STC 37/2018, de 23 de abril. SSTS 91/2018, de 21 de febrero; 722/2020, de 30 de diciembre.

[59] El Diccionario de la RAE define la duda como «suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones».

[60] SSTS 1077/1996, de 16 de diciembre; 1141/1997, de 14 de noviembre; 336/2009, de 2 de abril; 684/2018, de 20 de diciembre. Con matices, *Nieto Martín* (1999), 217 ss.; *Felip i Saborit* (2000), 129 ss.; *Olaizola Nogales* (2007), 69 ss. En contra, con claridad, *Leite*, GA 2012, 688 ss., entendiendo que el caso de duda es error vencible

de probabilidad con el que el sujeto se representa ambas opciones en cada caso. Esto es lo que ha conducido a que, para delimitar el «conocimiento eventual de la antijuridicidad» del error vencible de prohibición, la doctrina aplique criterios similares a los empleados para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente.[61] Por lo tanto, si el sujeto se representa la antijuridicidad de su conducta con una amplia probabilidad —en otros términos, advierte la seria posibilidad de que sea así—,[62] debe apreciarse la concurrencia de un conocimiento eventual de la antijuridicidad. En cambio, en otros casos de duda lo razonable es apreciar un error vencible; es más, en algunos de ellos lo procedente es recurrir al error invencible.[63]

52 Además, el estado de duda sobre el contenido de la norma de conducta puede responder a causas diversas. Una de ellas —no despreciable— es la ausencia de claridad de la situación jurídica. Esta, a su vez, se puede suscitar como consecuencia de la oscuridad de los tipos legales o de la ausencia de una interpretación unívoca por parte de los órganos judiciales.[64] Por ello, es necesario distinguir entre las dudas resolubles y las irresolubles.[65] Como se ha indicado, las primeras se pueden ubicar, a su vez, en el ámbito del conocimiento eventual o en el del error vencible. A partir de ahí, la mayor o menor facilidad del procedimiento para salir de dudas puede conducir a una u otra calificación. Así, la actuación bajo una duda difícilmente resoluble debería calificarse como error vencible o, alternativamente, tratarse como una situación análoga al error vencible, porque en tal caso concurre una exigibilidad disminuida de abstenerse de actuar. En cambio, el caso de la duda irresoluble es distinto. Por un lado, el ordenamiento debe dirigir al sujeto activo uno de los siguientes dos principios: en caso de duda, abstente; o bien, en caso de duda, actúa. Por otro lado, es importante determinar aquí si a quien le incumbe despejar la duda en la que el sujeto se halla inmerso es a este último o al Estado. Pues bien, si la situación de duda es imputable al Estado y esta es objetivamente irresoluble, no cabe sino apreciar un error invencible de prohibición o una situación análoga a este, que dé lugar a la exención de responsabilidad por inexigibilidad de abstenerse de obrar.[66]

53 También resultan problemáticos los casos de co-consciencia, como ya se indicó a propósito del dolo. En realidad, en primer lugar, es preciso distinguir entre la co-consciencia segura y la «co-consciencia eventual».[67] En efecto, es

---

[61] *Arm. Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 85-86; *Horn* (1969), 36-37; *Rudolphi* (1969), 126, 128-129; *Warda*, FS Welzel, 1974, 500-501.

[62] STS 484/2015, de 7 de septiembre, la primera sentencia en materia de clubes sociales de cannabis.

[63] *Pérez Alonso*, ADPCP 1995, 71 ss.

[64] *Muñoz Conde*, EPC 10 (1985/1986), 331-332; *Naucke*, FS Roxin, 2001, 516-517; *Saliger*, FS Kindhäuser, 2019, 433 ss.

[65] *Olaizola Nogales* (2007), 80-81.

[66] *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, 656. Parcialmente distinto, *Pérez Alonso*, ADPCP 1995, 85 ss.

[67] En contra de su calificación como casos de conocimiento, *Warda*, FS Welzel, 1974, 506.

posible que el sujeto no haya pensado expresamente en la relación entre su conducta y la norma. Sin embargo, cabe que asimismo se pueda concluir que, de haberlo hecho, se habría encontrado en una situación de duda acerca de si su conducta infringía o no la norma. En tal caso, es necesario distinguir tal estructura de la de una imprudencia inconsciente referida a la prohibición. Desde luego, dicha diferenciación es perfectamente posible en el plano teórico, pues «co-consciencia» no es «inconsciencia». Sin embargo, en un caso concreto cabe que haya que decidir entre imputarle al sujeto activo una «co-consciencia eventual» o bien un error de prohibición debido a una imprudencia inconsciente. Como se ha venido indicando, esta distinción requiere aplicar los principios generales de distinción entre dolo e imprudencia.

3. LA CONCEPCIÓN NORMATIVO-ADSCRIPTIVA

3.1. Generalidades

54 La adopción de la concepción normativo-adscriptiva conduce a que la solución correspondiente a cada caso dependa de reglas sustantivas.[68] En efecto, en virtud de estas al agente se le adscribe conocimiento de la antijuridicidad, o bien un error vencible. Sin embargo, el fundamento último de aquellas tiene que derivar de modelos jurídico-políticos relativos a la relación entre el sujeto activo y el Estado, así como a la distribución de cargas entre uno y otro. En concreto, en cuanto al alcance del respectivo deber de informar o bien del deber de obtener información acerca del Derecho.[69]

3.2. Los modelos jurídico-políticos de base

55 Un primer modelo normativo posible puede calificarse como modelo formal de *error prohibitionis nocet*. En efecto este parte de (i) una premisa prescriptiva: todo sujeto debe conocer el contenido de las leyes publicadas; a esta le añade (ii) una premisa descriptiva: la ley penal «L» está publicada; [70] con lo cual llega (iii) a la conclusión adscriptiva: al agente «A» se le adscribe el conocimiento del contenido de la norma de conducta que se infiere de la ley penal «L». En efecto, un sistema del Derecho penal que no asigne relevancia al error de prohibición constituye la manifestación de un Estado que sigue un criterio muy preciso de distribución de las cargas de información. Según este, los deberes del Estado en cuanto a garantizar el conocimiento general del Derecho se agotan en la promulgación y publicación formal de las leyes. Más allá, es de incumbencia del destinatario adquirir el conocimiento de las normas de conducta que rigen en el territorio en el que vive; y un incumplimiento de esta incumbencia no puede

---

[68] *Olaizola Nogales* (2007), 127 ss.; *F. Córdoba* (2012), 71 ss.

[69] Próximo, *Naucke*, FS Roxin, 2001, 512 ss.

[70] En contra de este modelo político-jurídico, la STS 782/2016, de 19 de octubre: no es exigible consultar los boletines oficiales para descartar cambios de política criminal.

redundar en su beneficio en caso de infracción. Sin embargo, parece que este no es el modelo jurídico-político vigente en los ordenamientos que atribuyen relevancia al error de prohibición. Por el contrario, estos últimos parten de una situación que podría describirse así: (i) El Estado tiene deberes de proporcionar conocimiento de las leyes que trascienden al acto de su publicación;[71] (ii) el ciudadano, por su parte, tiene deberes de procurarse el conocimiento de las normas de conducta; y (iii) es preciso hallar un principio distributivo en cuya virtud se decida en qué casos los costes del desconocimiento corren a cargo del ciudadano y en qué casos corren a cargo del Estado. Pues bien, a partir de aquí, cabe pensar en varios submodelos.

56 Así las cosas, un modelo que cabría calificar de «normativo-social global» tiene que partir de la premisa prescriptiva (i) de que todo sujeto, salvo excepciones derivadas de su patología o de una socialización anormal, debe conocer, en cuanto al contenido de las normas, lo que conoce el sujeto medio fiel al Derecho en el sector de que se trate. Si, a continuación, es posible afirmar la premisa descriptiva (ii), de que el sujeto medio fiel al Derecho, en el sector de que se trate, conoce el contenido de una determinada norma de conducta, entonces es posible alcanzar la conclusión adscriptiva (iii): al sujeto «A» se le atribuye el conocimiento del contenido de la correspondiente norma. De este modelo parten aquellas concepciones doctrinales que distinguen, a efectos de error, entre *mala in se* y *mala quia prohibita*; y aquellas que asimismo tienen en cuenta los deberes de no provocar el desconocimiento del derecho y de obtener la información básica acerca del derecho del sector en el que el agente desarrolla su actividad.

57 Como alternativa al anterior, cabe establecer un «modelo normativo-cultural grupal». En este, la premisa prescriptiva (i) es que todo sujeto debe conocer, en cuanto al contenido de las normas, lo que conoce una persona fiel al Derecho en el correspondiente grupo cultural. Por su parte, si la premisa descriptiva (ii) es que la persona media fiel al Derecho en el grupo cultural correspondiente conoce el contenido de la norma, la conclusión (iii) es que al sujeto «A» se le atribuye el conocimiento del contenido de tal norma. El error culturalmente condicionado o los temas derivados de las leyes con vigencia extraterritorial —entre otros— obligan, de algún modo, a considerar la posibilidad de integrar el modelo anterior con elementos de este. En fin, cabe pensar en un modelo «normativo-individual». Este parte de la premisa prescriptiva (i) de que todo sujeto debe conocer, en cuanto al contenido de las normas, lo que, según sus circunstancias personales, parece justo que conozca. A continuación, se hace preciso considerar la premisa descriptiva (ii) de si es justo exigir que este conozca la norma «N», dadas sus circunstancias. En función de ello, se alcanzará la conclusión (iii) de si se le adscribe el conocimiento de la norma. La acogida de este modelo, en la medida de lo humanamente posible, es la que se postula aquí.[72]

---

[71] *Ashworth*, MLR 74 (2011), 21 ss.

[72] Próxima, *Manso Porto* (2009).

3.3. Las incumbencias de conocer y las reglas de adscripción de conocimiento

58 En el marco de cualquiera de los tres submodelos descritos, el paso siguiente es, en primer lugar, determinar cuáles son las incumbencias de conocimiento de las normas de conducta. Estas se basan en la posición de garante por la propia persona, que forma parte de la autocomprensión de esta como sujeto que razona en el tiempo (*cfr. supra* capítulo 8/163). A continuación, en segundo lugar, hay que puntualizar cuáles son los casos de infracción relevante de aquellas, en la medida en que su cumplimiento podía reputarse exigible. En fin, hay que establecer los indicadores de tales casos de infracción no amparada por inexigibilidad, que deben ser objeto de prueba. Pues bien, de entrada, en este punto la práctica constante de los tribunales permite establecer una primera regla que procede de la tradición clásica.[73] Esta es que la máxima *error iuris nocet* debe regir, a propósito del error de prohibición directo,[74] en el caso de aquellas conductas que cualquier comunidad política califica como delictivas. Expresado de otro modo, que la ignorancia del Derecho natural no excusa —*ignorantia iuris naturalis non excusat*—.[75] La jurisprudencia contemporánea identifica este grupo de conductas con aquellas que lesionan derechos humanos fundamentales, sosteniendo que con respecto a ellas no cabe admitir excepción cultural alguna.[76] De todos modos, esto no significa que su alcance se limite a estas, pues en ocasiones se acogen otros criterios solo parcialmente próximos.[77]

59 Con todo, el ámbito de aplicación de la mencionada regla —que parece probatoria, en el sentido de que la alegación de tal error no es creíble— debe someterse a algunos matices. En primer lugar, incluso en las infracciones de ilicitud notoria existen zonas grises en el campo conceptual —esto es, más allá del núcleo— de los términos utilizados para describirlas. Además, debe recordarse que en estos casos puede darse un error indirecto de prohibición. En efecto, quien sabe que el homicidio es un tipo de delito *malum in se*, puede no obstante creer que su comisión en el caso concreto está justificada por legítima defensa —por ignorancia sobre los límites de esta—. En fin, es preciso tener en cuenta algunas excepciones, como la de los sujetos pertenecientes a

---

[73] *Burkhardt* (1995), 408 ss. Ya *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 172-173.

[74] *Jakobs* (1998), 62.

[75] SSTS 704/2001, de 30 abril; 898/2014, de 22 de diciembre.

[76] STS 835/2012, de 31 de octubre: «El respeto a las tradiciones y culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos, que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones»; SSTS 302/2013, de 27 de febrero; 602/2015, de 13 de octubre. En este sentido, *Cerezo Mir*, LH Núñez Barbero, 2007, 107-108: error siempre vencible; *de Maglie* (2012), 266; *Torres Fernández*, AFDUAM 17 (2013), 442.

[77] STS de 11 de octubre de 1996: «no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud». O bien el de la STS de 16 de diciembre de 1996: el caso en el que el sujeto es consciente de que su conducta «produce daños a la generalidad o individuos».

otras culturas, especialmente cuando estos se encuentran en su propio país. En efecto, por mucho que la mutilación genital femenina sea uno de los paradigmas de *malum in se*, no cabe excluir que una persona que vive en un país africano donde su práctica es tradicional pueda pensar que se halla justificada.

60 Es común afirmar que, en el resto de las infracciones, el error de prohibición puede exculpar, siempre que sea excusable. En efecto, a diferencia de lo que sucede con el *ius naturale*, en el marco del *ius civile* puede admitirse la relevancia de la ignorancia, en función del grado de divulgación de la norma correspondiente, aunque también se den casos de ignorancia injusta —*iniusta ignorantia*—.[78] Como puede advertirse, estas distinciones guardan una amplia correspondencia con la distinción de tres ámbitos de delitos, a la que se alude de modo constante en esta obra. Además, ponen de relieve la corrección de la doctrina acerca de la «divisibilidad» de la conciencia de la antijuridicidad. Ciertamente, cabe que, de las diversas conductas que realiza un sujeto de modo simultáneo, conozca la antijuridicidad de una y se encuentre en error de prohibición respecto a otra u otras.[79] Por ese motivo, entre otros, no tiene sentido iniciar el sistema de la teoría del delito por la culpabilidad. En efecto, esta categoría sistemática, como la justificación, contiene criterios concretamente relativos a la clase de tipo de delito de que se trate en el caso.

4. LOS GRUPOS DE CASOS PROBLEMÁTICOS

4.1. El caso límite

61 La incumbencia de adquirir el conocimiento del contenido de las normas de conducta es un deber de quien habita en un determinado territorio. Este deber, a su vez, se asocia a la vigencia territorial de las leyes penales (*cfr. supra* capítulo 4/103 ss.). Sin embargo, precisamente por esa razón, tal incumbencia tiene límites. Estos derivan de la concurrencia de criterios distintos de vigencia de las leyes penales, debidos a razones personales o a la protección de determinados intereses. Así, es fácil observar dificultades para exigir el conocimiento de la antijuridicidad en el caso de una ley que, con un criterio de vigencia extraterritorial, pretende vincular incluso a personas que viven en otros países. Ello resulta especialmente problemático en el caso de aquellas personas que, en el país correspondiente, incluso pertenecen a una comunidad cultural que cuenta con normas especiales de vigencia personal. En efecto, en este último caso debe ser considerada adicionalmente la medida de vigencia real del ordenamiento estatal del territorio.

62 Este es, por poner solo un ejemplo, el problema subyacente a la apreciación de error de prohibición en los casos de aplicación extraterritorial de la legislación española en materia de mutilación genital femenina. En efecto, desde

[78] Similar, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 21/10.

[79] STS de 31 de octubre de 1992.

luego los tribunales españoles entran a valorar también el carácter prohibido o no de la conducta en el ordenamiento del correspondiente territorio —normalmente, africano—. Sin embargo, ello no tiene suficientemente en cuenta el hecho de que la prohibición formal puede ser perfectamente compatible con una situación de tolerancia fáctica, que puede ser fuente de un error de prohibición indirecto. Por lo tanto, el criterio general de que no cabe admitir la alegación de error de prohibición en relación con el núcleo de los delitos *mala in se* tiene que admitir una excepción en estos casos, al menos en determinadas variantes de su configuración concreta.[80]

4.2. Los casos difíciles

4.2.1. Por razones territoriales o personales

63 Entre el mencionado caso límite y el caso común de aplicación de una ley con vigencia territorial a una persona que reside de modo ordinario en el territorio, se dan dos clases de supuestos de hechos grises. Por un lado, el de la aplicación extraterritorial de leyes relativas a delitos que constituyen *mala quia prohibita*. Por otro, el de la aplicación, dentro del territorio, de leyes relativas incluso a delitos *mala in se* nucleares o periféricos, pero a personas que viven en el seno de comunidades que, por razones lingüístico-culturales, mantienen una amplia incomunicación con el conjunto de la comunidad.[81] El primero tiene por objeto tipos legales alejados del núcleo de los delitos *mala in se* que, en España, tienen vigencia extraterritorial, como el de blanqueo de activos. En cuanto al segundo, pretende considerar que el error de prohibición del agente puede tener su origen en su pertenencia a un grupo cultural en el que se comparten convicciones ético-jurídicas divergentes del ordenamiento jurídico del Estado del territorio. En tales casos suele hablarse de un «error de prohibición culturalmente condicionado». Sin embargo, es preciso subrayar que la razón del error no se halla en la pertenencia a un grupo cultural divergente, sino en la incomunicación de quienes lo integran con la cultura mayoritaria. Esto significa, a su vez, que la concurrencia de error no puede ser apreciada en términos grupales, sino solo individuales.

64 En este punto, la jurisprudencia ha partido de que un período de tiempo largo de permanencia en España, el conocimiento de la lengua y la socialización fuera del gueto son argumentos favorables para apreciar el conocimiento de la antijuridicidad.[82] Esto significa que, en la práctica, se acoge una regla de distribución de cargas distinta de la ordinaria, en cuya virtud se atribuyen al

---

[80] Aparentemente en contra, *Godinho* (2018), 147 ss.

[81] STS 644/2003, de 25 de marzo.

[82] En casos de mutilación genital femenina, la STS 835/2012, de 31 de octubre, aprecia un error vencible; la STS 939/2013, de 16 de diciembre, aprecia un error invencible cuando es practicada antes de trasladarse a España; la STS 339/2014, de 8 de mayo, excluye tanto el error invencible como el vencible.

Estado deberes adicionales a los de la promulgación y publicación formal de las leyes.[83] En concreto, deberes de facilitar el conocimiento de la lengua y la integración cultural. Así, los inmigrantes recién llegados que no conocen la lengua y realizan una conducta delictiva que es lícita en su ámbito cultural son candidatos a la apreciación de un error de prohibición invencible. En última instancia, hay que tener presente que, aunque se aprecie un error invencible de prohibición culturalmente condicionado, el proceso público y la sentencia desempeñan un papel muy importante. En efecto, dan pie a que no solo los sujetos acusados, sino también los integrantes de todo su entorno sociocultural conozcan de modo claro la antijuridicidad del hecho.

4.2.2. Por razones legales o judiciales

4.2.2.1. La sucesión de leyes en el tiempo

65 Otras dos situaciones problemáticas tienen que ver (i) con la vigencia de las leyes penales en el tiempo; (ii) con el hecho de que estas se integran con disposiciones de otros sectores del ordenamiento jurídico, de diversa procedencia y distintos niveles jerárquicos; y (iii) con que son aplicadas por órganos judiciales independientes. En efecto, ciertos casos de sucesión de leyes, con entrada en vigor de una ley posterior desfavorable, así como los escenarios de situación jurídica insegura por diversidad legal o jurisprudencial, generan una discusión distinta. En concreto, en los momentos inmediatamente posteriores al punto temporal de sucesión de leyes o de cambios jurisprudenciales que redundan en una norma de conducta posterior desfavorable al reo, es problemática la estimación de que el sujeto conoce la antijuridicidad de su conducta. Sobre todo, si a esto se añaden elementos adicionales que permiten inferir una confianza del agente en la persistencia de la vigencia de la regulación o la interpretación anterior.[84]

4.2.2.2. La situación jurídica insegura

4.2.2.2.1. Las leyes oscuras

66 Las leyes no plenamente taxativas son muy frecuentes en la legislación penal. Ello se debe, por un lado, a que, en los límites, todos los conceptos legales —incluso aquellos que poseen un núcleo claro relativamente amplio— padecen problemas de indefinición. Por otro, a que, en el caso de algunos conceptos, su núcleo de claridad es pequeño, de modo que el amplio campo conceptual requiere una concreción en el proceso aplicativo. En todos estos casos, la colaboración judicial es imprescindible para la fijación de los límites de la norma de conducta. Ahora bien, este proceso de progresiva concreción

[83] En este sentido, *Ashworth*, MLR 74 (2011), 5.

[84] STS 1070/2007, de 14 de diciembre.

es largo y no se halla exento de contradicciones. Así pues, mientras tiene lugar el proceso judicial de concreción, pueden darse situaciones de amplia inseguridad en cuanto al ámbito de lo prohibido.[85] En tales casos, una posible solución de emergencia es apreciar un error de prohibición invencible.[86] Ciertamente, la jurisprudencia y un sector de la doctrina son reticentes a apreciarlo.[87] Sin embargo, no es posible sostener el conocimiento de la antijuridicidad con base en que opere una especie de principio de precaución, de modo que haya que tener en cuenta todas las alternativas interpretativas posibles. Desde luego, una vez que se va consolidando una opinión mayoritaria, hay que atenerse a esta. Con todo, si la prohibición de la conducta no aparece como la opción claramente más probable, lo razonable es apreciar un error invencible.

4.2.2.2.2. La divergencia de sentencias judiciales

Los contornos del contenido de la norma de conducta se van aclarando en **67**
virtud de la reiterada aplicación de la ley por parte de los órganos judiciales. Ahora bien, aquellos pueden mantenerse oscuros en los casos de inexistencia de pronunciamientos de los tribunales o de divergencia entre estos. En este último caso, si las sentencias son de órganos de distinto rango, lo común es afirmar que el agente tiene que atenerse a la posición del órgano de mayor rango jerárquico. En cambio, si aquellos son del mismo rango, se dice que hay que atender a ambas. En este sentido, una posición jurisprudencial afirma que «el autor que hace suyo el criterio que le es más favorable, asume también el riesgo de violar la ley, de modo que si, no obstante, actúa, lo hace siempre, en principio en error de prohibición evitable, si no con conciencia eventual del ilícito».[88] Así las cosas, únicamente se admite un error de prohibición invencible en el caso de sentencias divergentes dictadas por el mismo órgano judicial.[89] Sin embargo, de entrada resulta problemático afirmar que el mismo Estado que no establece con claridad el ámbito de lo prohibido puede exigir a un ciudadano que se abstenga de actuar. En efecto, una regla elemental de distribución de cargas establece que la claridad de las leyes es incumbencia de los órganos del Estado, de modo que la oscuridad de estas les es imputable. Por lo tanto, de entrada, la solución de los casos más graves no debería ser otra que la inaplicación de la ley por puras razones constitucionales.[90] Desde luego, quien actúa bajo una ley oscura, o en el contexto de interpretaciones

---

[85] *Naucke*, FS Roxin, 2001, 516 ss.; *Saliger*, FS Kindhäuser, 2019, 433 ss.

[86] STC 62/1982, de 15 de octubre: en los tipos que incorporan conceptos cuya delimitación da lugar a un margen de apreciación judicial no se lesiona el principio de legalidad «sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal».

[87] *F. Córdoba* (2012), 255 ss.

[88] Aunque añade que ello «sin perjuicio de que alguno de esos supuestos pudiera ser tratado como caso de no exigibilidad»: STS 146/2017, de 14 de diciembre.

[89] STS 380/2020, de 8 de julio; *Pawlik*, InDret 3/2020, 572.

[90] *Saliger*, FS Kindhäuser, 2019, 435-436.

jurisprudenciales divergentes, no ha incumplido sus deberes en cuanto al conocimiento del Derecho. Así pues, puede esgrimir la vigencia del principio de confianza, en la medida en que la jurisprudencia no haya sentado con claridad el ámbito de lo punible.

68 En suma, en estos casos, la situación del agente es equivalente a la de un error invencible, aunque no siempre se pueda hablar de la concurrencia de un error en un sentido psicológico, sino de una situación de duda. Por lo tanto, a propósito de ellos caben dos opciones. Una es apreciar la regla del error invencible de prohibición de modo directo, o bien la concurrencia de una situación análoga a aquel —funcionalmente equivalente—, con base en la analogía *in bonam partem.*[91] La otra, entender que, dadas las circunstancias, no cabe exigir bajo pena el cumplimiento de la norma, apreciando una causa supralegal de inexigibilidad.[92] En definitiva, debe estimarse que falta la culpabilidad penal del agente. Ciertamente, en tales casos resulta imposible conocer la norma de conducta y, en esta situación, aunque fuera posible abstenerse de actuar, no cabe exigir al agente que lo haga bajo amenaza de pena.

4.2.2.3. Las disposiciones regulatorias

69 Tradicionalmente se ha partido de que quien se mueve en un sector de actividad en el que rigen normas reguladoras específicas, o las conoce o, en todo caso, debe conocerlas.[93] Por lo tanto, su error no puede considerarse invencible, sino que el debate tiene que versar sobre si es vencible o burdo. En este punto suele tenerse en cuenta el principio de paridad de conocimientos: del mismo modo que el sujeto tiene conocimientos específicos sobre el negocio, debe poseer también conocimientos sobre las normas sectoriales aplicables.[94] Ahora bien, precisamente en estos ámbitos cabe que el error de prohibición traiga causa de disposiciones generales o de actos de las administraciones públicas. En efecto, el administrado puede confiar en que aquello que no está prohibido por disposiciones administrativas, allí donde estas desempeñan una clara función de conducción cotidiana de conductas, tampoco lo esté por la norma de conducta penalmente garantizada. Igualmente, el administrado puede confiar razonablemente en que los actos administrativos son conformes con las disposiciones generales.[95] Ciertamente, es sabido que existen excepciones a esta lógica. Sin embargo, salvo indicios contrarios a la vigencia del argumento de la confianza —por ejemplo, en contextos de

---

[91] *Roxin*, GA 2018, 495 ss.

[92] *Naucke*, FS Roxin, 2001, 517; *Zabel*, GA 2008, 48-49, 53.

[93] *Alfonso de Castro* (1568), lib. II, cap. XIV, ya atribuía relevancia al error invencible de derecho, salvo al que recaiga sobre normas relativas al sector específico de actividad en el que se mueve de modo ordinario el agente.

[94] *Böse*, FS Krey, 2010, 10.

[95] *Olaizola Nogales* (2007), 184 ss. Como indica el art. 39.1 de la LPAC 39/2015, de 1 de octubre: «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos».

corrupción—, parece razonable sostener que los errores condicionados por la actuación administrativa deben reputarse invencibles. Una manifestación de estos criterios se halla en la doctrina de la «creencia razonable»[96] que refleja el Código penal modelo norteamericano.[97]

En el polémico «caso de los clubes cannábicos»[98] es discutible que existiera objetivamente tal situación jurídica insegura o, en todo caso, que lo fuera de modo invencible. En efecto, las comunidades autónomas que habían regulado administrativamente la materia habían invadido de modo manifiesto las competencias exclusivas del Estado en materia de régimen de estupefacientes. Por esta razón el Tribunal Constitucional anuló las leyes autonómicas promulgadas. En cuanto a la aplicación judicial penal de los delitos relativos a estupefacientes, solo algún órgano judicial aislado consideró que tales clubes generaban un supuesto impune de consumo compartido. En fin, de haber recurrido a un asesoramiento imparcial y no voluntarista, los titulares de tales clubes habrían podido obtener una información acerca de la antijuridicidad de su conducta. Por lo tanto, con independencia de la necesidad de examen de las circunstancias de cada caso, el error de prohibición vencible es probablemente la calificación más razonable para las conductas de gestión de tales clubes.[99] **70**

4.2.2.4. El asesoramiento público o privado

Un caso parcialmente distinto es el error condicionado por una fuente fiable de información,[100] en concreto, por un asesoramiento errado, sea este público o privado. En efecto, a la hora de evaluar la vencibilidad o invencibilidad del error del sujeto hay que tener en cuenta, además de sus condiciones **71**

---

[96] En inglés: «*reasonable belief*».

[97] *Model Penal Code § 2.04* (3): «*A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when: (a) the statute or other enactment defining the offense is not known to the actor and has not been published or otherwise reasonably made available prior to the conduct alleged; or (b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense*».

[98] En diversas comunidades autónomas españolas se constituyeron clubes de consumidores de cannabis, con centenares de socios, en los que se explotaba comercialmente dicha sustancia estupefaciente. Algunas de tales regiones procedieron a regularlos administrativamente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional anuló tales regulaciones por invadir competencias del Estado. Por su parte, el Tribunal Supremo entendió que tales clubes no podían acogerse a su doctrina de la atipicidad del consumo compartido de drogas. Al respecto, *Muñoz Sánchez*, RECPC 17 (2015), 1 ss.; *Fernández Bautista*, LH Mir Puig, 2017, 1071 ss.; *la misma* (2021), 63 ss.

[99] La STS 484/2015 de 7 de septiembre, apreció error vencible respecto a un delito contra la salud pública, aunque con un voto particular favorable a apreciar un error de prohibición invencible. Una cuestión distinta es que la apreciación de error vencible revoque un pronunciamiento absolutorio de instancia, lo que no sería posible por razones procesales: STC 37/2018, de 23 de abril.

[100] *Nieto Martín* (1999), 212 ss.; *Olaizola Nogales* (2007), 188; *F. Córdoba* (2012), 202 ss., 214 ss.; *Caruso* (2020), 83 ss.

psicológicas y culturales, sus posibilidades de recibir asesoramiento.[101] Así, por ejemplo, si se ha recurrido a un órgano consultivo de la administración, es razonable interpretar la norma de conducta en los términos indicados por aquel. En España este el caso de las consultas que los contribuyentes elevan a la Dirección General de Tributos. Con todo, lo cierto es que, en este punto, la posición del Tribunal Supremo español ha sido ambivalente. Así, la existencia de una fuente de asesoramiento público ha solido conducir a apreciar un error de prohibición invencible. Por ejemplo, en los casos de realización de un tipo de delito por un alcalde, el asesoramiento —defectuoso— prestado por el secretario de la administración local ha sido reputado razón suficiente para apreciar tal error.[102] En cambio, la alegada existencia de un asesoramiento privado defectuoso se ha valorado como un indicio de lo contrario, esto es, de la comisión del hecho con pleno conocimiento de la antijuridicidad. Probablemente la razón es probatoria, pero la divergencia debería ser explicada mejor.

72 El recurso al asesoramiento jurídico en materias complejas es una incumbencia razonable de quien opera en sectores de actividad caracterizados por la existencia de regulaciones específicas.[103] En este punto, la doctrina del «consejo informado» del TEDH[104] tiende a afirmar que no puede hablarse de error invencible cuando el contenido de la norma de conducta se habría podido conocer si se hubiera recurrido a un asesoramiento experto. Por lo tanto, *a contrario*, si se ha recurrido a tal asesoramiento, el error sufrido como consecuencia del asesoramiento defectuoso debe reputarse invencible.[105] En realidad, la cuestión decisiva debe tener por objeto la determinación de los requisitos que son exigibles al asesoramiento prestado para que pueda tener aquel efecto.[106] Así las cosas, el caso más claro de error invencible con base en un asesoramiento privado es aquel en el que es prestado por un asesor: (i) que sea competente, especializado y fiable; (ii) que sea imparcial, lo que significa que ha de ser un profesional no implicado en la ejecución del hecho, es decir, no un «asesor complaciente»; (iii) que haya sido informado de todos los elementos de hecho del caso; y (iv) que formule su consejo de modo claro. Las exigencias adicionales de que el asesoramiento se exprese en un texto escrito y que haya sido convenientemente firmado tienen fundamentalmente un alcance probatorio de la seriedad de la solicitud de información y del exacto alcance del consejo. A partir del caso claro mencionado, cabe discutir otros,

---

[101] STS 644/2003, de 25 marzo.

[102] Ya, SSTS de 2 de diciembre de 1993; de 31 de mayo de 1995; el error se reputa vencible en la STS de 2 de julio de 1994.

[103] STS 1077/1996, de 16 de diciembre; *Gur-Arye*, AJCL 29 (2002), 455 ss.; *Grötsch*, Wistra 3 (2017), 92 ss.; *Saliger*, FS Kindhäuser, 2019, 437 ss.

[104] En francés, «*conseil éclairé*». Por ejemplo, STEDH de 23 de febrero de 2017 (de Tommaso c. Italia).

[105] STS 778/2013, de 22 de octubre.

[106] STS 1868/1999, de 3 enero.

menos claros, en los que faltan, en mayor o menor medida, algunos de los elementos mencionados. En todo caso, debe tenerse en cuenta, como premisa permanente, que el asesorado difícilmente va a tener una meta-competencia para juzgar la profesionalidad del asesor; y que el asesoramiento no puede prolongarse *ad infinitum*, por razones tanto financieras como directamente de tiempo.[107]

4.2.3. El problema de los límites de las causas de justificación

73 En el caso del denominado «error de prohibición indirecto», el conocimiento de la antijuridicidad requiere que el agente realice la compleja operación de determinación o especificación de su pretensión en relación con la pretensión opuesta derivada del tipo de delito. Esto da cuenta de la dificultad que plantea el conocimiento de los límites de las causas de justificación —en particular, del ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber—. En estos casos, sobre los que se proyectan con frecuencia cuestiones relativas a las colisiones entre derechos *prima facie* fundamentales, puede ser razonable la apreciación de un error de permisión vencible e incluso invencible. A título de ejemplo, cabe aludir a la polémica en la que con frecuencia se ven envueltos los tribunales sobre los límites de la libertad de expresión.

IV. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS ERRORES INVENCIBLES, VENCIBLES, BURDOS Y PROVOCADOS

1. GENERALIDADES

74 La jurisprudencia ha señalado que «en el ámbito del error de prohibición no rige el principio del conocimiento, sino el principio de la responsabilidad».[108] A este respecto, es cierto, en primer lugar, que el sistema del conocimiento de la antijuridicidad se describe de modo inexacto sobre la base del código binario psicológico «conocimiento o error». En segundo lugar, también es erróneo describirlo, una vez establecida la concurrencia de un error, en los términos de una «vencibilidad o invencibilidad» entendidas exclusivamente en sentido empírico.[109] Frente a ello, lo que procede es partir de la dualidad básica entre «posibilidad» e «imposibilidad» de adquirir un conocimiento —*ad impossibilia nemo tenetur*— y superponerle la dualidad entre el «deber» y la «ausencia de deber», entendida como referencia a la exigibilidad de adquirirlo. Así las cosas, los dos polos de la institución vienen fijados, en un extremo, por el supuesto del desconocimiento excluyente de la responsabilidad penal —el llamado error invencible— y, en el otro extremo, por el supuesto de conocimiento actual —*in actu*— y un desconocimiento *in actu* extremadamente fácil de superar, como

---

[107] *Gaede*, HRRS 2013, 449 ss.; *Saliger*, FS Kindhäuser 2019, 438.

[108] STS 1054/2004, de 4 de octubre.

[109] Ya, *Timpe*, GA 1984, 51 ss.

supuestos de máxima responsabilidad.[110] De uno a otro extremo, se discurre por el error de prohibición intersubjetivamente invencible, el que solo es personalmente invencible, el error muy difícilmente vencible, el ordinariamente vencible y, en fin, el error burdo. La diferencia entre cada escalón y el siguiente es gradual. Esto significa que hay que aceptar la existencia de casos dudosos.

2. LA PANORÁMICA DE LOS ERRORES DE PROHIBICIÓN

75 La situación de error invencible de prohibición no debe construirse con base en el dato físico-psicológico de la «imposibilidad de adquirir el conocimiento» de la antijuridicidad. Desde luego, si el sujeto no pudo en absoluto adquirir el conocimiento relativo a la antijuridicidad de su conducta, su error debe ser reputado invencible —*ad impossibilia nemo tenetur*—. Sin embargo, aun cuando ello fuera posible, cabe que tal adquisición fuera tan extremadamente difícil que el Derecho no se la exija. En estos casos, debe apreciarse también un error invencible, aun cuando existiera la posibilidad teórica de evitar el error. De este modo, cabe afirmar que un error de prohibición es invencible en dos casos: (i) cuando el sujeto no pudo en modo alguno conocer la antijuridicidad de su conducta —ni *in actu* ni con anterioridad—; y (ii) cuando el sujeto podría haberlo conocido, pero dado el enorme esfuerzo que ello le supondría, el Derecho opta por no exigírselo.

76 En el otro extremo, el dato psicológico de la concurrencia en el sujeto de un conocimiento *in actu* de la antijuridicidad de su conducta desde luego tiene importancia. Sin embargo, también cabe que el agente sufra un error de prohibición tan absolutamente fácil de superar, que se considere que la no evitación de ese error le es atribuible por completo. Es más, es posible incluso que el sujeto haya provocado su error activamente. En uno y otro caso, la constatación de ausencia de conocimiento de la antijuridicidad *in actu* es compatible con no eximirle de responsabilidad. En efecto, tal conclusión concuerda con los criterios procedentes de la tradición clásica. Así, en virtud del primero de ellos, el error es irrelevante cuando responde a una infracción extremadamente grave del deber de informarse sobre el Derecho —*ignorantia crassa* o *supina*, esto es, error burdo—. Con base en el segundo, el error es irrelevante cuando ha sido provocado activamente por el sujeto —*ignorantia affectata*—. Ciertamente, el alcance de estas consideraciones axiológicas debe matizarse en el marco de una legislación como la española, puesto que esta contiene una cláusula de atenuación obligatoria de la pena para los casos de error vencible de prohibición, sea cual sea la facilidad de su superación. Sin embargo, el respeto de esta cláusula legal debe ser asimismo compatible con la consideración valorativa expuesta. Así pues, en casos de extrema facilidad de evitación del error, la atenuación de responsabilidad con base en el error vencible debe ser la mínima posible, en el marco del texto legal.

---

[110] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 19/6 ss.

Entre los dos extremos mencionados, el abanico de los supuestos de error 77
vencible o evitable comprende todos aquellos grupos de casos en los que la superación del error, por un lado, no era imposible ni extremadamente difícil —irresponsabilidad por inexigibilidad— y, por otro, tampoco era extremadamente fácil —responsabilidad plena o próxima a esta—. Esta amplitud del ámbito del error de prohibición vencible debe dar lugar a conformar un modelo tipológico de abordaje, que cubra diferencias de penas muy relevantes. En concreto, la que existe entre el máximo del marco punitivo inferior en un grado al propio del delito cometido y el mínimo del marco punitivo inferior en dos grados al de dicho delito (art. 14.3 CP español). Por poner un ejemplo, en el caso de un delito sancionado con la pena de diez a quince años, el espectro punitivo comprendería entre dos años, seis meses y un día, y diez años.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DIVERSOS GRUPOS DE CASOS

3.1. El error invencible por imposibilidad y por inexigibilidad

Si se llega a la conclusión de que la superación de su error de prohibición 78
era radicalmente imposible para el autor del delito —tanto en el momento del hecho como con anterioridad a este—, entonces no cabe castigarle.[111] Esta situación describe el núcleo duro de los casos en los que un error debe ser reputado invencible y constituye una obvia concreción del principio de que a nadie se le puede exigir lo imposible —*ad impossibilia nemo tenetur*—. Ahora bien, la imposibilidad absoluta de conocimiento de la antijuridicidad tanto en el momento de realizar la conducta típica como en un momento anterior constituye una excepción absoluta. En realidad, se asocia a la existencia de situaciones de inimputabilidad o de sujetos que llevan una vida por completo alejada de la civilización.[112] Por eso, en la práctica resulta más relevante el supuesto de aquellos errores que se reputan también invencibles porque, aun no existiendo imposibilidad absoluta de conocer la antijuridicidad, sí se da una extrema dificultad para hacerlo. En este punto el criterio rector es la inexigibilidad,[113] de modo que las divergencias doctrinales sobre su alcance se concretan en la determinación de cuál debe ser la medida de exigencia en

---

[111] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 21/35; *Manso Porto* (2009), 81 ss.

[112] Un caso especial en la segunda postguerra mundial fue el de los denominados, en Alemania, niños lobos: *Burkhardt* (1995), 410 n. 22.

[113] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 21/38, remitiendo luego a su categoría sistemática de la «responsabilidad». La STS de 7 de febrero de 1996 apreció un error invencible de prohibición a la embarazada que se sometió a un aborto en el que no concurrían las condiciones materiales ni formales de la eximente conformada por el «sistema de indicaciones». El argumento fue que «a la referida acusada, carente de conocimientos médicos y jurídicos, no le era exigible ir más allá de comprobar fuera de lo dictaminado por el médico y la condición de centro autorizado al que acudió si existía o no la situación viabilizadora de la aplicación de la referida indicación y bastaba con el dictamen facultativo (aunque fuera emitido por uno carente de la especialidad legalmente requerida) para reputar existente dicha situación y, por ello, debe estimarse que tenía una creencia fundada y por tanto invencible de estar obrando lícitamente al prestar su consentimiento para el cese de la gestación».

relación con el esfuerzo que habría que desplegar para obtener el conocimiento de la antijuridicidad.[114] En efecto, el criterio puede ser estandarizado en términos comunitarios o grupales, o bien más individualizado, lo que significa que puede ser más exigente o claramente indulgente.

79 Una ulterior precisión de esta idea requiere distinguir entre los casos de error de prohibición intersubjetivamente invencible y los de error solo personalmente invencible. El núcleo del primero de ellos se relaciona ante todo con la noción de Estado del Derecho. En efecto, desde luego un error de prohibición debe reputarse intersubjetivamente invencible cuando se dan situaciones de inseguridad jurídica objetiva. En realidad, en algunos de estos supuestos se da una invencibilidad por imposibilidad, en la medida en que el Derecho no ha sido concretado. En cambio, el segundo guarda relación con las características del sujeto. En efecto, un error es personalmente invencible cuando el acceso del sujeto al Derecho se ve imposibilitado o dificultado por características subjetivas de este, más o menos compartidas por otros. Como se ha indicado, este es el caso de los indígenas recién contactados por la civilización, de extranjeros en casos de vigencia extraterritorial del ordenamiento jurídico de un Estado, de inmigrantes recién llegados a un país que carecen de conocimientos del lenguaje, etcétera.

3.2. El error vencible ordinario

3.2.1. El baremo individual

80 Para la determinación de si un error es personalmente invencible o, por el contrario, ya es vencible resulta preciso adoptar un baremo individual.[115] Ahora bien, ello no implica que la decisión tenga la naturaleza de una cuestión psicológica. En efecto, a este respecto únicamente cabe adoptar un método normativo-adscriptivo. Sin embargo, como ya se indicó a propósito del dolo, este método es, a su vez, compatible tanto con una variante tendencialmente estandarizadora como con otra orientada a la individualidad del sujeto. Esta última es la que debe ser acogida, lo que implica una apertura a todos aquellos indicios que pueden permitir apreciar la singularidad del caso. Por lo tanto, en este punto deben aplicarse *mutatis mutandis* los criterios establecidos a propósito del dolo (*cfr. supra* capítulo 12/65).

3.2.2. El papel del pasado en la exigencia de superar el error

81 En relación con lo anterior, una cuestión distinta es la relativa al momento en el que debe existir la posibilidad y exigibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. En concreto, la de cómo debe resolverse el caso en

---

[114] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 21/41: una «teoría de la culpabilidad más débil».

[115] Próxima, *Manso Porto* (2009), 63 ss.

el que al sujeto le era imposible *in actu* conocer la antijuridicidad de su conducta, pero le habría sido posible conocerla si hubiera obtenido previamente las informaciones necesarias para ello.[116] Pues bien, toda persona que habita en un territorio tiene el deber de adquirir los conocimientos precisos para cumplir con las normas de conducta vigentes en aquel. Tal deber trae causa de la pretensión de vigencia de la propia norma de conducta y, a su vez, permite el cumplimiento efectivo del «deber de garante por la propia persona». Por su parte, este último constituye, en cierto modo, el contrapunto de los deberes de protección que asume el Estado.[117]

82 La cuestión es si la adquisición de los conocimientos que permitan apreciar la antijuridicidad de la propia conducta integra el contenido de una «norma de conducta derivada» de la principal o, por el contrario, se identifica con el de una «incumbencia» (*cfr. supra* capítulo 8/152).[118] Desde luego, parece claro el paralelismo que muestra con el deber de examen e información previa, propio de la dogmática de la imprudencia (*cfr. supra* capítulo 13/101). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en algunos de los casos de la imprudencia, su incumplimiento no se puede calificar como forma de descuido que da lugar a la preparación y ejecución del delito. Así pues, parece razonable vincularlo con las incumbencias y con su régimen jurídico. En definitiva, si el sujeto incumplió la carga que sobre él pesaba de adquirir las capacidades y conocimientos que le permitieran, primero, trabar conocimiento del Derecho y, luego, de la ilicitud de su conducta, no puede invocar su déficit y alegar que actuó bajo error.

83 El problema es si, de este modo, el sistema de responsabilidad por el desconocimiento de la antijuridicidad, partiendo del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, lo acaba vulnerando por la vía de proyectar hacia el pasado, a veces hacia uno relativamente lejano, el examen de la evitabilidad del error. En este punto es preciso huir de los dos extremos. Por un lado, del extremo normativista según el cual, en principio, todos los errores del subjeto que no se pueden reconducir a la responsabilidad de terceros o del Estado son de su incumbencia —de su «competencia», según una terminología muy difundida—.[119] Por otro lado, del extremo psicologicista, según el cual debe reputarse invencible todo desconocimiento de la antijuridicidad inevitable en el momento de realizar la conducta. Ciertamente, si aquel modelo peca por exceso, este último peca por defecto, pues parece obvio que un error que el sujeto podría haber evitado adquiriendo una información accesible minutos, horas o días antes de actuar, es vencible. Ahora bien, resulta asimismo cierto que en este ámbito intermedio pueden ubicarse muchas posturas parcialmente distintas.[120] Como ya se ha

---

[116] *F. Córdoba* (2012), 202 ss.

[117] *Pawlik*, InDret 3/2020, 560, 565.

[118] *F. Córdoba* (2012), 350-351.

[119] *Jakobs* (2012), 53 ss.: «*Zuständigkeit*».

[120] *Manso Porto* (2009), 146, 147.

indicado, la responsabilidad por la realización de la conducta en un error de prohibición invencible *in actu*, pero cuya vencibilidad se puede reconducir a una culpabilidad por la conducción de la vida del sujeto, no vulnera ningún principio de responsabilidad personal. Lo decisivo es que esa posibilidad de adquisición de conocimiento en momentos anteriores sea real y no hipotética. Es decir, que no se estandarice, sino que se abra a la singularidad del sujeto. Por lo demás, también es verdad que, a medida que el momento de la posible adquisición de conocimientos en el pasado se distancia más y más del momento de realización de la conducta, va perdiendo fuerza como título de imputación. En los casos límite lo que cabe advertir en la renuencia a adquirir información es una infracción de deberes de solidaridad, que quizá debería ser tipificada, con la condición de punibilidad de la efectiva comisión posterior del hecho antijurídico.

3.2.3. El grado de la imprudencia en la culpa iuris *relativa a la prohibición*

84 Una cuestión adicional en este punto es la de determinar la gravedad de la *culpa iuris* cuya producción da lugar a apreciar un error «vencible» de prohibición. Es decir, un error que el sujeto habría podido evitar si hubiera aplicado la medida de diligencia debida y exigida por el Derecho. Como se advierte, el problema radica en establecer la relación entre la gravedad de la imprudencia relevante a los efectos del error de tipo y la propia de la *culpa iuris* a los efectos del error de prohibición. Pues bien, el error de tipo —error excluyente del dolo— vencible es punible, en su caso, con la pena prevista para el delito imprudente correspondiente (art. 14.1 CP español). Ya se ha aludido de modo reiterado a que esto conlleva la impunidad de los errores vencibles de tipo en aquellos casos en los que, en virtud del sistema de *numerus clausus*, tal delito imprudente no está previsto por la ley. Ahora bien, de modo adicional, en la legislación española, en los supuestos en los que ese delito imprudente sí existe, este solo es punible: (i) si la no evitación del error da cuenta de la comisión de una imprudencia grave; y, excepcionalmente (ii), en los casos de homicidio y lesiones, también si se trata de una imprudencia menos grave (arts. 142.2 y 152.2 CP español). Por lo tanto, dadas las características del sistema de incriminación cerrada de la imprudencia en España: (i) el error vencible de tipo que se puede reconducir a una imprudencia leve es siempre impune; (ii), el error vencible de tipo que se puede reconducir a una imprudencia menos grave es impune siempre, salvo en los casos de homicidio y lesiones; y (iii) el error vencible de tipo que se puede reconducir a una imprudencia grave es punible en los delitos en los que está prevista la modalidad imprudente de comisión, mientras que resulta impune en el resto de los casos.

85 Sin embargo, como ya se indicó, el sistema de *numerus clausus* de la imprudencia, con sus concretas peculiaridades en el caso español, no incide de modo directo en toda una serie de casos de error. Estos son: (a) la *culpa facti* y la *culpa iuris* relativa a los presupuestos de las causas de justificación; (b) la *culpa iuris*

relativa al alcance de la regulación de una determinada causa de justificación; y (c) la *culpa iuris* relativa a la prohibición en los casos de error de prohibición directo. Ahora bien, la existencia, por un lado, de situaciones de *culpa facti* y de *culpa iuris* excluyentes del dolo, junto a estas otras de *culpa iuris* que no lo excluyen, no debe dar lugar a dos regímenes distintos en cuanto a la gravedad de los errores punibles. Ciertamente, *de lege lata* no es posible sostener que el error de prohibición vencible no se castigue en los casos en los que el delito no tiene prevista la modalidad imprudente de comisión. En efecto, la acogida de tal conclusión implicaría una radical reducción teleológica del art. 14.3 CP que correría el riesgo serio de ser reputada una *reductio contra legem.* En cambio, en cuanto a la gravedad relativa de la imprudencia en los casos en los que ambas modalidades de error vencible —la excluyente del dolo y la que no lo excluye— son punibles, parece arbitrario establecer diferencias. En concreto, el desconocimiento del Derecho debido a una imprudencia leve o menos grave del agente no puede ser impune cuando excluye el dolo y no serlo cuando excluye el conocimiento de la antijuridicidad.

En definitiva, los casos de error de prohibición vencible que ponen de 86
relieve que el agente incurrió en una imprudencia leve no deben ser punibles. Igualmente, si la imprudencia es menos grave y no se trata de un caso que afecte a la vida o la integridad física de las personas, tampoco debe ser punible. Desde luego, contra esto no cabe argüir que toda imprudencia de derecho es grave. Tal conclusión no es compatible con lo elevado de la pena de la *culpa iuris* relativa a la prohibición en el sistema legal español —la rebaja obligatoria de la pena en un grado y facultativa en dos grados—. Por lo demás, el argumento de que la culpa leve se puede abordar mediante la rebaja de pena en dos grados tampoco es razonable.[121]

3.3. El error burdo y el error provocado

Con base en un modelo normativo-adscriptivo orientado a la individualidad 87
del sujeto es posible adscribir plena responsabilidad incluso a un sujeto que carece por completo del estado mental de conocimiento de la antijuridicidad *in actu.* En este caso, lo importante es que los indicadores externos pongan de relieve: (i) que el sujeto no conocía *in actu* el injusto de su conducta; pero (ii), que si lo desconocía fue por no haber recurrido a fuentes de información de evidencia manifiesta. Estos supuestos de ceguera de Derecho —*ignorantia crassa*— guardan una estrecha relación con los ya mencionados de ignorancia deliberada de Derecho —*ignorantia affectata*—. Ciertamente, el régimen legal

[121] Un ejemplo lo puede poner de relieve. La pena del homicidio imprudente es de uno a cuatro años. La del homicidio doloso, de diez a quince años. La rebaja en dos grados de esta última pena sitúa el marco penal entre dos años y medio y cinco años. Como puede observarse, la pena de la *culpa iuris* relativa a la prohibición es superior a la de la *culpa facti* y otros casos de *culpa iuris* excluyente del dolo Si, adicionalmente, se incluyeran en ella los casos de imprudencia leve, la incoherencia axiológica sería manifiesta.

español de atenuación obligatoria conduce a que en estos casos deba atenuarse la pena. Sin embargo, esta obligación legal puede cumplirse rebajando la pena únicamente en un día. Es decir, aplicando la penalidad abstracta inferior en un grado y, adicionalmente, imponiendo el máximo posible dentro de esta última. Esto permite que el problema de la provocación activa u omisiva del error de prohibición sea resoluble de modo mucho más flexible que la ignorancia deliberada sobre la concurrencia de los elementos típicos.

3.4. Los errores de prohibición en los delitos imprudentes

88 En los delitos imprudentes también pueden darse situaciones de error de prohibición.[122] Por un lado, cabe que concurra un error de prohibición directo, cuando el agente desconoce que su conducta imprudente está prohibida; es decir, que puede ser sancionada y no solo dar lugar a la reparación del daño o indemnización del perjuicio. Este supuesto debe ser distinguido del error sobre la punibilidad del delito imprudente. En efecto, el agente que desconoce que la conducta imprudente que realiza es punible —por una representación errónea del alcance del sistema de *numerus clausus*— incurre en un error sobre la tipicidad o sobre la incriminación. Sin embargo, este es un error de subsunción que, si no afecta a la representación acerca de la norma de conducta —en términos de desconocimiento de la antijuridicidad— no puede dar lugar a apreciar un error de prohibición en sentido estricto. Con todo, el sujeto, sabiendo que su conducta está prohibida por el Derecho —en los términos de una infracción administrativa—, puede ignorar absolutamente la gravedad relativa de esta. Como antes se ha indicado de modo general, ello debe tenerse en cuenta apreciando una situación análoga al error de prohibición vencible o, en todo caso, una atenuación de la pena (en España, por la vía del art. 21.7.ª CP).

89 Por otro lado, en los delitos imprudentes pueden apreciarse situaciones de error de prohibición indirecto, esto es, de error de permisión. Estos casos pueden versar, por ejemplo, sobre el alcance de la justificación de la conducta imprudente por estado de necesidad (*cfr. supra* capítulo 20/88). Al respecto, existe consenso en que cabe apreciar un error de prohibición cuando se yerra sobre los límites de una causa de justificación o sobre el reconocimiento de una causa de justificación por el Derecho. En cambio, se discute acerca de la calificación del error sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación. Por lo demás, como se indicó, existe discusión sobre la naturaleza de los errores acerca de la concurrencia o no de las condiciones de permisión de la conducta con base en la institución del «riesgo permitido». En concreto, se debate sobre si este es un error sobre el tipo del delito imprudente o es un error de prohibición. En el caso de que se rechazara la opción del error de tipo, propuesta aquí, este debería ser calificado en todo caso como error de prohibición.

---

[122] *Torío López*, ADPCP 1980, 90 ss.

4. LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA IMPONIBLE EN LOS CASOS DE ERRORES VENCIBLES

Los sistemas de atenuación facultativa del error vencible de prohibición per- **90**
miten sostener de forma sencilla que existen situaciones psicológicas de error que son normativamente irrelevantes. En tales casos, la cuestión es argumentar por qué un determinado caso de error no invencible merece la atenuación, o no. Sin embargo, también los sistemas de atenuación obligatoria son aptos para una reconstrucción normativo-adscriptiva, como se ha indicado. En efecto, la rebaja obligatoria de marco punitivo que prevé la legislación española es compatible con la atenuación de la pena, por ejemplo, en solo un día. Por tanto, el sistema de atenuación obligatoria permite igualmente una graduación de la responsabilidad, al menos si se configura en los términos en que lo hace la legislación española.

El error de prohibición vencible viene delimitado, en un extremo, por **91**
los casos de ignorancia deliberada de la antijuridicidad. En el otro extremo, su límite viene dado por los casos de máxima dificultad de evitación, que sin embargo no se llegan a calificar como supuestos de error invencible por inexigibilidad. Esto significa que abarca un espectro de pena muy amplio. Así las cosas, el juez dispone de ese marco para individualizar la pena atendiendo a criterios de mayor o menor evitabilidad del error. Ahora bien, ello no puede tener lugar de modo discrecional, sino que debe responder a criterios de proporcionalidad. En este punto, ciertamente sería deseable la obtención de un método de determinación de la pena en términos de proporcionalidad absoluta —o cardinal—. Sin embargo, la solución subóptima es construir un modelo que permita obtener una proporcionalidad relativa —u ordinal—. A tal efecto, cabría construir un cuadro similar a unas coordenadas cartesianas. Así, en el eje horizontal (de abscisas) podrían introducirse los dos factores susceptibles de cierta cuantificación: (i) el factor «sujeto activo» —con las variables de (a) extranjería,[123] (b) lengua, (c) inserción cultural, (d) especialización profesional, (e) provocación, etcétera—; y (ii) el factor «objeto», la norma de conducta, con las variables de (a) aplicación extraterritorial, (b) reformas recientes, (c) complejidad de las remisiones normativas, (d) divergencias interpretativas, etcétera. En el eje vertical (de ordenadas), por su parte, se debería establecer una escala numérica de 1 —mínima dificultad de evitación— a 10 —máxima dificultad de evitación—. El manejo de la tabla pasaría por asignar en cada caso concreto un valor relativo a cada uno de los elementos del eje horizontal. Ello, eventualmente con apoyo informático, permitiría que, con el correr de los años, se dispusiera de patrones para decidir con mayor coherencia y, por tanto, con mayor proporcionalidad, como mínimo relativa, los casos que reflejan las distintas variantes de error vencible.

---

[123] *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 209 ss.

V. OTROS PROBLEMAS DOGMÁTICOS

1. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

92 El conocimiento de la antijuridicidad no puede integrarse en la antijuridicidad misma, por razones obvias. En efecto, el sujeto que obra sin poder saber siquiera que actúa antijurídicamente, se comporta, pese a todo, de modo antijurídico —esto es, contrario a las valoraciones del Derecho—. Ahora bien, está claro que en tal caso no puede afirmarse que se haya enfrentado a la norma que prohibía u ordenaba la realización de una determinada conducta. En efecto, para poder enfrentarse a la norma es preciso conocer que se está violando su contenido. Por lo tanto, en caso de error de prohibición invencible, la conducta del agente no es antinormativa, puesto que no infringe la norma. En definitiva, el conocimiento de la antijuridicidad es una condición de la plena imputación de respectivo hecho antijurídico al sujeto, es decir, de la antinormatividad de su actuación. Esta última requiere su culpabilidad. Por ello, la doctrina dominante ubica el conocimiento de la antijuridicidad en dicho ámbito sistemático, lo que aquí se reputa correcto. Con todo, cabe realizar una conducta no solo antijurídica, sino también antinormativa, y que, no obstante, deba excluirse la culpabilidad penal por razones de inexigibilidad. En efecto, la culpabilidad penalmente relevante no solo se excluye en los casos de imposibilidad de actuar conforme a la norma —ausencia de antinormatividad— sino también por la extrema dificultad de hacerlo —inexigibilidad y consiguiente exclusión de la «culpabilidad penal»—.

2. EL LÍMITE ENTRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y LA «CREENCIA DIFERENTE»

93 Antes se ha indicado que los dos límites de la institución del error de prohibición se hallan (i) en el error excluyente del dolo y (ii) en el error de subsunción irrelevante. Ahora es preciso añadir una tercera frontera que viene dada por los casos de (iii) creencia diferente; es decir, los de la delincuencia por conciencia. Estos dan cuenta casi siempre de un problema no cognitivo, sino volitivo. Sin embargo, ello no excluye la existencia de zonas grises. En primer lugar, cabe que el sujeto piense que una determinada regulación jurídico-penal de rango legal —o una aplicación judicial de esta— es inconstitucional por vulnerar su derecho fundamental a la libertad religiosa e ideológica (art. 16 CE). En consecuencia, es posible que concluya que su conducta infractora de aquella norma legal no es contraria al conjunto del ordenamiento jurídico y, por eso, tampoco puede reputarse prohibida. Asimismo, puede pensar que la disposición legal que le prohíbe una determinada conducta contraviene disposiciones jurídicas suprapositivas.[124] Por tanto, entre los casos de error de prohibición

[124] *Rudolphi* (1969), 189-190.

y de delincuencia por conciencia existen supuestos de «creencia diferente» o «divergente». Estos, relativos al ejercicio del derecho a la libertad religiosa e ideológica, o a la libertad de expresión, derivan de una interpretación alternativa del alcance de dichos derechos fundamentales, que algunos autores ubican en el error de prohibición.[125] Si se tienen en cuenta, por ejemplo, las discrepancias entre los órganos judiciales españoles y el TEDH acerca de la conformidad de ciertas disposiciones legales con el CEDH, resulta imposible negar que hay espacios para la «creencia diferente».

Con todo, en general, los casos de actuación por conciencia se examinan **94** fuera del error de prohibición. Así, su lugar sistemático más frecuente se halla entre la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho y la exculpación por inexigibilidad. En este punto, es relativamente común que la doctrina rechace la exención de responsabilidad, salvo en casos de anomalía psíquica o de alteración o trastorno mental, apelando a la gravedad de la conducta.[126] Sin embargo, ello no se corresponde con la diversidad de contenido de los tipos de delito, pues toma la parte —las conductas lesivas de bienes intrínsecos— por el todo. Con frecuencia, la conducta del delincuente por conciencia afecta a disposiciones marginales del sistema jurídico-penal —a *mala quia prohibita*—. Por lo tanto, es necesario distinguir entre clases de delitos para determinar en qué casos procede la atipicidad, en cuáles, la justificación y, en fin, en cuáles, la exculpación o alguna atenuación de responsabilidad (*cfr. supra* capítulo 21/85; *infra* capítulo 26/74).

VI. EL CONOCIMIENTO, LA COMPRENSIÓN Y LA INTERNALIZACIÓN DE LA NORMA

1. GENERALIDADES

La pertenencia a un grupo cultural distinto del mayoritario no es, por regla **95** general, fuente de error de prohibición, en su sentido estricto de desconocimiento del contenido de la norma de conducta. En general, tal error trae causa de la incomunicación de un grupo minoritario con el conjunto de la sociedad, sea cual sea la causa de aquella. Por lo demás, quien pertenece a una comunidad de conciencia o de cultura distinta de la dominante puede errar ocasionalmente sobre el alcance de determinadas libertades constitucionales. En ese caso, como se ha comentado, puede darse un error de prohibición indirecto, basado en la interpretación divergente de disposiciones constitucionales, convencionales e incluso suprapositivas. Ahora bien, cuando se conoce la antijuridicidad de la propia conducta, el hecho de que no se compartan las razones por las que esta ha sido criminalizada por el Estado no puede fundar la apreciación de un error de prohibición. Por lo tanto, la disidencia moral o

---

[125] *Muñoz Conde*, LH Roxin, 1997, 286 ss., 292; *Baucells i Lladós* (2000), 265 ss.

[126] *Luzón Peña*, InDret 1/2013, 13.

cultural, en la hipótesis de que hayan de tener alguna incidencia sobre la pena imponible al agente, la tienen que alcanzar sobre bases distintas del error.

96 El conocimiento de la antijuridicidad de la conducta constituye solo el punto de partida de un proceso de deliberación interna en el que existen varias fases. En efecto, una vez conocida la antijuridicidad de su conducta, cabe que el agente ni siquiera llegue a reconocer la pretensión de la norma como razón relevante para su acción. En este caso, falta la comprensión, es decir, un conocimiento práctico o afectivo de la norma. Además, también cabe que, incluso tras ser acogida la norma estatal como razón para la acción, se produzca el problema arquetípico de la deliberación —la colisión de razones— de modo que acabe prevaleciendo una razón intrínseca contraria a Derecho. Esta prevalencia puede deberse al denominado «error de comprensión», que designa un estado de imposibilidad o de dificultad de internalización de las valoraciones subyacentes a la norma de conducta estatal, que no se debe a razones cognitivas, sino morales. La identificación de este fenómeno requiere distinguir varios niveles de introyección del contenido de la norma, a saber, el conocimiento, la comprensión y la internalización.[127] En suma, lo que esto pone de relieve es que, para poder autodeterminarse conforme a la norma de conducta estatal, no basta con conocerla, sino que hay que comprenderla e incluso internalizarla. Ahora bien, esto pone de relieve que el «error de comprensión culturalmente condicionado» no es un error de prohibición debido a la incomunicación de un grupo etno-cultural con la cultura mayoritaria. Por el contrario, constituye un déficit de autodeterminación conforme a Derecho debido a razones culturales.[128]

2. LA DOCTRINA DEL «ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO»

2.1. La formulación

97 La doctrina del llamado «error de comprensión culturalmente condicionado» fue sostenida inicialmente para proponer una determinada interpretación del art. 34.1 CP argentino.[129] En efecto, este, como es común en otros códigos penales, al aludir a los efectos psicológico-normativos de determinadas situaciones de hecho —entre ellas, la alteración o anomalía psíquica—, no alude a una incapacidad de «conocimiento», sino de «comprensión», así como a la posibilidad del agente de determinarse con arreglo a esa «comprensión». Pues bien, en este punto una propuesta interpretativa es la de entender

---

[127] *Castillo Ara*, RChD 2014, 243 ss.; *la misma* (2019).

[128] Sobre sus antecedentes históricos en el Derecho de Indias, *Andrés/Amezua*, Revista de Historia del Derecho 45 (2013), 245 ss., 262 ss.

[129] Así, *Zaffaroni/Alagia/Slokar*, PG, 2.ª, 2002, 736 ss. Tal artículo regula de modo general diversas situaciones de hecho que impiden al sujeto «comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones».

que capacidad de «comprensión» significa capacidad de «internalización» o de «introyección» (*cfr. supra* capítulo 24/6). A partir de esta premisa, cabe considerar que la regla legal no acoge únicamente los casos de incapacidad de conocimiento de la norma y de la antijuridicidad de la propia conducta —error de prohibición invencible—, sino que también abarca los casos de incapacidad del agente para internalizar la razón subyacente a tal norma. Es decir, aquellos supuestos en los que la motivación extrínseca de la norma no se puede convertir en motivación intrínseca para el sujeto.[130] Sentado esto, se añaden dos grupos de casos más. Por un lado, aquellos en los que la dificultad de internalización de la norma jurídica es tal que al sujeto no se le exige que la internalice. Por otro, aquellos en los que, pese a haberse producido tal internalización, el sujeto no logra actuar de conformidad con ella. En este contexto, se afirma que uno de los factores que pueden dar lugar a las mencionadas situaciones de incapacidad o de elevada dificultad es la pertenencia a una cultura divergente de la mayoritaria.

2.2. La discusión

Esta construcción ha logrado una gran difusión en Iberoamérica, hasta el punto de que algunos textos legales la acogen de modo expreso. Así, por ejemplo, el art. 15 CP peruano dispone: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».[131] Por su parte, el art. 33 CP colombiano señala que es inimputable «quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad cultural o estados similares». Por su parte, la doctrina ha discutido si tales cláusulas recogen en realidad una modalidad de error de prohibición o, por el contrario, una causa de inimputabilidad.[132] En este debate ha influido, en alguna medida, el carácter infamante que se atribuye a la expresión «inimputabilidad», en la medida en que puede evocar la falta de inteligencia o de madurez, o bien el padecimiento de una patología. Sin embargo, la cuestión no es de etiqueta, aunque un sector de la doctrina haya criticado que se califique al indígena, por el hecho de serlo, como inimputable.[133] Lo cierto es

98

[130] Sobre la base de que a nadie se le puede exigir que internalice valores ajenos: *García Vitor* (1994), 31-32; *Basílico* (2005), 113.

[131] En este punto será necesario acordar la práctica de una prueba pericial de antropología cultural. Esta prueba ha de tener dos objetos: por un lado, determinar la pertenencia del sujeto a un grupo cultural; por el otro, determinar cómo ha influido sobre su conducta dicha pertenencia.

[132] En contra de esto último, *Villavicencio Terreros,* Revue internationale de droit penal 82 (2011), 559 ss.; *el mismo,* (2017); *Urquizo Olaechea,* LH Díez Ripollés, 2023, 980; a favor, *Hurtado Pozo,* DPyC 29 (2008), 90; *Meini* (2009), 77 ss., proponiendo alguna medida de seguridad comunicativa-expresiva.

[133] *Cisneros Ávila* (2018), 247 ss., 250.

que tales preceptos contemplan déficits tanto cognitivos como volitivos, que traen causa de la inserción del agente en un determinado contexto cultural. Como se advierte en el código colombiano, la estructura del texto es paralela a las regulaciones de la inimputabilidad. Así pues, la pertenencia a una cultura distinta se muestra como un equivalente funcional —obviamente, no estructural— de la alteración o anomalía mental en tanto que determinante fáctico de ambas clases de déficits.

2.3. Su consideración como una cuestión volitiva

2.3.1. Planteamiento

99 Lo decisivo es determinar qué significa «incapacidad de comprensión» y, adicionalmente, «grave dificultad de comprensión» de la ilicitud del hecho. Ciertamente, en las regulaciones de la inimputabilidad que contienen una expresión así, como la española, no se ha discutido el alcance de aquella. Más bien, parece que se ha tendido a identificar la incapacidad de comprensión con la «incapacidad de conocimiento». Sin embargo, es comúnmente aceptado que un sujeto con alteraciones mentales que no afectan a su conocimiento de la antijuridicidad puede carecer de la capacidad de determinarse conforme a Derecho. Ahora bien, esto último puede deberse a la incapacidad de comprender la norma cuyo contenido se conoce, a la incapacidad de internalizarla hasta el punto de que prevalezca sobre otras razones intrínsecas del sujeto, o a causas estrictamente volitivas —de debilidad de voluntad o de voluntad contraria a la norma—.

100 Los casos de incapacidad de autodeterminación conforme a Derecho culturalmente condicionada deben ubicarse en este ámbito que va más allá del conocimiento teórico de las normas jurídicas de conducta. En efecto, como se ha indicado, la exigencia de que el sujeto conozca la antijuridicidad de su conducta tiene un contenido muy concreto. Así, el agente solo se encuentra en error de prohibición si no conoce la norma estatal o, conociéndola, cree que la norma cultural prevalece sobre ella en términos constitucionales, convencionales o suprapositivos. En cambio, en el caso del sujeto que, por razones culturales, no puede formarse una motivación conforme a Derecho, o ello le es extremadamente difícil —de modo que no le es exigible—, la exención no tiene una base cognitiva,[134] sino volitiva. En concreto, deriva de la situación de quien recibe la motivación extrínseca del Derecho, perteneciendo a una cultura que le motiva —intrínsecamente— al cumplimiento de valores opuestos a los acogidos en la ley del Estado. Esto último le influye hasta tal punto que no logra comprender y, por ello, tampoco internalizar la motivación jurídica.

---

[134] Rechazan la solución del error de prohibición *Jericó Ojer* (2007), 575; *Hurtado Pozo*, DPyC 29 (2008), 67; *Vázquez González* (2010), 199 ss.: atenuación. Distinta, *Monge Fernández* (2008), 112: error de prohibición indirecto.

2.3.2. La limitada neutralidad del Derecho

Se halla bastante difundida la idea de que el Derecho constituye un orden **101**
de conductas meramente externo y neutro. En ello coinciden tanto las concepciones que priman la dimensión del Derecho como mecanismo de coacción, como las que subrayan su dimensión de orientación comunicativa acerca de cuál es el orden prevalente. A partir de ahí, se señala que el Derecho no pretende modificar las motivaciones internas de sus destinatarios. Ahora bien, se añade que a estos sí les incumbe —o que tienen la competencia de— formarse la motivación correspondiente para cumplir con el Derecho, sea la que sea.[135] Ciertamente, esto puede ser fácil en ocasiones, cuando el agente en cuestión no tiene razones especialmente intensas para incumplir la norma jurídica. Sin embargo, en otros casos puede llegar a ser imposible. La doctrina que insiste en la idea de que el Derecho es un orden extrínseco fundamenta la responsabilidad del agente por la conducta antijurídica en el hecho de haber incumplido su deber de hacer que la motivación jurídica prevalezca. A su vez, este deber solo se excluye en los casos de «socialización exótica», que son presentados como excepciones sin importancia práctica. Sin embargo, como se ha indicado, cabe que el sujeto tenga razones intrínsecas frontalmente opuestas a la razón del Derecho. Estas pueden ser culturales, religiosas o morales y su efecto puede ser diverso. En primer lugar, cabe que esas razones impidan la propia comprensión de la norma como razón para la propia acción. En segundo lugar, cabe que, aun comprendida, impidan su internalización. Pues bien, si la norma no se puede comprender o, aun comprendida, no se puede internalizar, es difícil que prevalezca en el proceso deliberativo del agente. En efecto, cuando la motivación intrínseca de un sujeto entra en colisión con la motivación jurídica —extrínseca—, es aquella la que suele vencer.

En situaciones de disidencia como las mencionadas, la pretensión del Estado **102**
de que todos cumplan sus normas conlleva otra, de signo implícito. A saber, que el sujeto internalice la norma jurídica y que esta última pase a sustituir, en su orden de motivos, a la norma interna opuesta al Derecho. Es decir, que el agente cambie su orden intrínseco de valores. Ahora bien, esto pone de relieve que el Derecho solo puede operar como orden extrínseco mientras existe una base relativamente homogénea de normas morales que motivan de modo intrínseco al sujeto, en términos convergentes o, al menos, compatibles con las razones del Derecho. En cambio, cuando se rompe tal homogeneidad, cabe admitir que el cumplimiento del Derecho entraña, para algunos de sus destinatarios, una modificación de su propia motivación intrínseca. Alternativamente, cabe abrir la posibilidad a excluir la responsabilidad de los sujetos que padecen ese conflicto. Pues bien, lo primero tiene sentido a propósito de los delitos *mala in se* nucleares, en la medida en que estos recogen bienes humanos intrínsecos: la vida o la integridad física o moral. En la práctica jurisprudencial, estos han sido paradigmáticamente, los supuestos de mutila-

[135] *Jakobs* (1997), 382; *el mismo* (2008), 89 ss.

ción genital femenina, en los que no cabe admitir un error de comprensión culturalmente condicionado.[136] En cambio, lo segundo es probablemente lo razonable en los delitos *mala quia prohibita*; en los delitos *mala in se* periféricos, cabe probablemente establecer distinciones.

3. LA UBICACIÓN DEL PROBLEMA

103 En la legislación española, el problema de los errores de comprensión culturalmente condicionados puede tener ubicación en la eximente de alteración de la percepción (art. 20.3.° CP), en una eximente supralegal construida por analogía con esta, o, en fin, en una causa supralegal *sui generis* de inexigibilidad.[137] En estos casos es también posible recurrir a la eximente incompleta (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.3.° CP) y a la atenuante de análoga significación en relación con la mencionada eximente incompleta (art. 21.7.ª CP).[138]

VII. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES

104 La concurrencia de conocimiento de la antijuridicidad es una *quaestio iuris*, a la que subyace la *quaestio facti* relativa a los indicadores de su concurrencia o, por el contrario, de la existencia de un error de prohibición. Otro tanto sucede con la vencibilidad o invencibilidad del error; en efecto, también esta es una cuestión de derecho, aunque a ella deba subyacer la base fáctica relativa a los indicadores correspondientes. Sentado esto, se plantea la cuestión de la carga de la prueba de tales indicadores. A este respecto, el sistema angloamericano asigna la carga de la prueba de las eximentes —defensas afirmativas— a quien las alega, aunque bajo el criterio de la «preponderancia de la evidencia». Sin embargo, ello no puede ser aceptado en el marco de nuestro sistema procesal. Con todo, la jurisprudencia española se sigue moviendo entre la doctrina antigua de que la prueba del error de prohibición le corresponde a quien lo alega[139] y la opuesta, que sostiene que la prueba del conocimiento de la antijuridicidad le corresponde a la acusación.[140] Obviamente, la carga de alegación razonable sí es competencia de la defensa.

---

[136] SSTS 835/2012, de 31 de octubre; 939/2013, de 16 de diciembre.

[137] Próximo, *Portilla Contreras*, LH Bajo Fernández, 2016, 441 ss.

[138] El art. 45 CP peruano considera la cultura como elemento de determinación de la pena más allá del injusto culpable. En concreto, considera los casos de conflicto de motivaciones (art. 45.2 CP).

[139] SSTS 283/1995, de 1 marzo; 814/1997, de 4 junio; 1551/1998, de 10 diciembre; 142/2000, de 28 enero; 457/2003, de 14 noviembre.

[140] STS de 26 de diciembre de 1996: el «conocimiento (potencial) de la antijuridicidad es un elemento esencial de la culpabilidad y de acuerdo con el art. 24.2 CE y el art. 6.2 CEDH, que establecen el principio de la presunción de inocencia, la culpabilidad debe ser probada por la acusación. Considerar que la alegación por el acusado de una circunstancia que excluya la punibilidad tiene el carácter de una excepción similar a las del proceso civil, es producto de un erróneo paralelismo entre dos sistemas procesales que responden a finalidades diversas».

Capítulo 26

LAS SITUACIONES DE NECESIDAD EXCULPANTE EL MIEDO INSUPERABLE

Bibliografía seleccionada: Además de la citada en el **capítulo 20**, *Aguado Correa,* Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal, 2004; *Aichele,* Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades?, JRE 2003, 245; *Alexander,* Deontology at the Threshold, San Diego L. R. 37 (2000), 893; *el mismo,* Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification, L&Ph 24 (2005), 611; *Alonso Álamo,* Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad, LH Rodríguez Devesa, I, 1989, 59; *la misma,* El miedo. Su incidencia en los diferentes elementos del delito, LH Núñez Barbero, 2007, 23; *la misma,* Culpabilidad jurídico-penal del sujeto ético versus justificación de la actuación en conciencia, RP 45 (2020), 5; *Awad/Dsouza/Kim et al.,* The Moral Machine Experiment, Nature 563 (2018), 59; *Baratta,* Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza, 1963; *Baucells i Lladós,* La delincuencia por convicción, 2000; *Bazargan-Forward,* Vesting Agent-Relative Permissions in a Proxy, L&Ph 37 (2018), 671; *Beade,* ¿Derribar un avión actuando en estado de necesidad?, Revista de Derecho. P.U. C. Valparaíso 58 (2022), 79; *Bergelson,* Justification or Excuse? Exploring the Meaning of Provocation, Texas T. L. R. 42 (2009), 307; *la misma,* Choice of Evils: In Search of a Viable Rationale, CL&Phil 6 (2012), 289; *la misma,* Duress is no Excuse, Ohio St. J. C. L. 15 (2017), 395; *Berman,* Lesser Evils and Justification: A Less Close Look, L&Ph 24 (2005), 681; *Bernardi,* Il fattore culturale nel sistema penale, 2010; *Bernsmann,* Entschuldigung durch Notstand, 1989; *Brink,* Situationism, Responsibility and Fair Opportunity, Social Philosophy and Policy 30 (2013), 121; *el mismo,* Partial Responsibility and Excuse, en: Hurd (ed.), Moral Puzzles and Legal Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander, 2018, 39; *el mismo,* Fair Opportunity and Responsibility, 2021; *Brudner,* Excusing Necessity and Terror: What Criminal Law Can Teach Constitutional Law, CL&Phil 3 (2009), 147; *Bung,* Das Bett des Karneades — Zur Metakritik der Paradoxologie, en: Brugger/Neumann/Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 72; *Cano Paños,* Caso de la Luftsicherheitsgesetz, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 911; *el mismo,* Análisis ético-jurídico de la denominada tortura de rescate, RDPC 12 (2014), 13; *el mismo,* En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal, 2017; *Cantard,* Situaciones de necesidad y comunidad de peligro, RDPC 42 (2021), 115; *Carnevali,* El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, PolítCrim 3 (2007), 1; *Carr,* Duress and Criminal Responsibility, L&Ph 10 (1991), 161; *Chiesa,* Caso La Mignonette, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 95; *Cisneros Ávila,* Derecho penal y diversidad cultural, 2018; *Coca Vila,* Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal, CPC 122 (2017), 235; *el mismo,* La exculpación de hechos lesivos programados, RDPyPP 6 (2018), 1130; *el mismo,* Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista, InDret 1/2021, 166; *el mismo,* La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos, RP 49 (2022), 7; *Coninx,* Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, 2012; *la misma,* Restriktives Solidaritätsverständnis und extensive Gefahrenzuständigkeit, JRE 2014, 117; *Cornacchia,* Caso Erdemović, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 591; *Cuello Contreras,* La justificación del comportamiento omisivo, ADPCP 1990, 498; *el mismo,* Antijuridicidad, culpabilidad y exigibilidad, LH Bacigalupo, I, 2004, 143; *el mismo,* Los límites de la normativización del Derecho penal en situaciones de necesidad, InDret 1/2022, 468; *Cuerda Arnau,* El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de

necesidad, 1997; *Cuerda Riezu*, La colisión de deberes en Derecho penal, 1984; *el mismo*, Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes, LH Roxin, 1994, 51; *de la Cuesta Aguado*, Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación, 2004; *Davis*, The Varieties of Fear, Philosophical Studies 51 (1987), 287; *Dennis*, On Necessity as a Defence to Crime: Possibilities, Problems and the Limits of Justification and Excuse, CL&Phil 3 (2009), 29; *Dershowitz*, Why Terrorism Works, 2002; *Figueiredo Dias*, Gewissensstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss, FS Roxin, 2001, 531; *L. Dias*, La tabla de Carnéades como trolley problem y la restricción de bienes en el estado de necesidad exculpante, RDPyPP 2018, 1119; *el mismo*, Pawlik sobre el estado de necesidad disculpante, RDPC 27 (2022), 45; *el mismo*, Emociones y exceso en la legítima defensa en el Derecho penal alemán, InDret 2/2023, 397; *L. Dias/Lerman* (eds.), Cuestiones problemáticas de estado de necesidad exculpante, 2019; *Silva Dias*, A relevância jurídico-penal das decisões de consciência, 1986; *Doménech Pascual*, ¿Puede un estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?, RAP 2006, 389; *Duff*, Criminal Responsibility and Emotions: If Fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion, Inquiry 58 (2015), 189; *Ebert*, Der Überzeugungstäter in der neuen Rechtsentwicklung, 1975; *Erb*, Automatisierte Notstandshandlungen, FS Neumann, 2017, 785; *el mismo*, Der Lebensnotstand bei siamesischen Zwillingen, FS Merkel, I, 2020, 845; *Falcone*, La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante, EnL 6 (2018), 272; *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019; *Fernández Pantoja*, La exigibilidad y la no exigibilidad de conductas adecuadas a las normas penales, CPC 106 (2012), 153; *von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit. Notstand und Notwehr, 1905; *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, 2. Theil, 1797; *Finkelstein*, Two Men and a Plank, LTh 7 (2001), 279; *la misma*, Excuses and Dispositions in Criminal Law, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 317; *Flores Mendoza*, La objeción de conciencia en Derecho penal, 2001; *Foot*, The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect (1967), en: la misma, Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy, 2002, 19; *Fornasari*, Il principio di inesigibilità del Diritto penale, 1990; *el mismo*, El problema ético del mal menor, RCP 2018, 207; *Franc*, L'origine et la diffusion de l'adage canonique necessitas non habet legem (VIIIe-XIIIe s.), en: Medieval Foundations of the Western Legal Tradition. A Tribute to Kenneth Pennington, 2006, 301; *Frank*, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, 2004; *Freudenthal*, Culpabilidad y reproche en el Derecho penal, 2003; *Frister*, Die Struktur des voluntativen Schuldelements, 1993; *Fuller*, The Case of the Speluncean Explorers, Harvard L. R. 62 (1949), 616 (=El caso de los exploradores de cavernas, 2001); *García Arán*, Culpabilidad, legitimación y proceso, ADPCP 1988, 71; *García-Huidobro/Miranda Montecinos*, ¿Cabe destruir una nave agresora en la que viajan pasajeros inocentes?, en: Cruz Cruz (ed.), Delito y pena en el Siglo de Oro , 2010, 125 (=Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes, Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte 20 -2013-, 351); *Garín*, La defensa frente a ataques en estado de necesidad exculpante, InDret 1/2020, 336; *Garvey*, The Moral Emotions of the Criminal Law, Quinnipiac L. R. 22, (2003), 89; *Gimbernat Ordeig*, El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad, en: Estudios de Derecho penal, 3.ª, 1990, 218; *el mismo*, Justificación y exculpación en Derecho penal español, en: Eser/Gimbernat/Perron (ed.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 63; *Gödan*, Die Rechtsfigur des Überzeugungstäters, 1975; *Gössel*, Enthält das deutsche Recht ausnahmslos geltende, absolute Folterverbote?, FS Otto, 2007, 41; *Goldschmidt*, Normativer Schuldbegriff, FG Frank, I, 1930, 428 (= La concepción normativa de la culpabilidad -1930-, 2002); *Gómez Benítez*, Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, en: Peces-Barba (ed.), Ley y conciencia, 1993, 71; *el mismo*, Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 949; *Greco*, Las reglas detrás de la excepción, InDret 2/2007, 1; *el mismo*, Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 485; *Greffenius*, Der Täter aus Überzeugung und der Täter aus Gewissensnot, 1969; *Guerra Espinosa*, Estado de necesidad exculpante: A propósito de actos de defensa por efectos del maltrato a partir de un

caso emblemático, Revista de Derecho USS 20 (2014), 33; *el mismo,* Principio de no contradicción en el estado de necesidad, RD 30 (2017), 367; *el mismo,* Impulso irresistible en el miedo insuperable, PolítCrim 14 (2019), 54; *el mismo,* Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad, RD 35 (2022), 323; *H.-L. Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo,* La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal, en: Luzón/Mir (eds.), Causas, 1995, 45; *K. Günther,* Schuld und kommunikative Freiheit, 2005; *Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, FS Mezger, 1954, 249 (=Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo, 2005); *Hevelke/Nida-Rümelin,* Selbstfahrende Autos und Trolley-Probleme, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 19 (2015), 5; *Higuera Guimerá,* La eximente del miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español, 1991; *Hilgendorf,* Autonomes Fahren im Dilemma, en: el mismo (Hrsg.), Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, 143; *Hirsch,* La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito, 1996; *el mismo,* Defensiver Notstand gegenüber ohnehin Verlorenen, FS Küper, 2007, 149; *Hobbes,* Leviathan, 1651; *Hörnle,* Matar para salvar muchas vidas, InDret 2/2010, 1; *Hörnle/Wohlers,* The Trolley Problem Reloaded. Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren?, GA 2018, 12; *Hoven,* Tötung im Notstand?, FS Merkel, I, 2020, 857; *Hruschka,* Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant, GA 1991, 1; *Isensee,* Leben gegen Leben, FS Jakobs, 2007, 205; *Jäger,* Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 (2003), 765; *Jakobs,* Schuld und Prävention, 1976; *el mismo,* Conocimiento y desconocimiento de la norma, en: Problemas capitales del Derecho penal moderno, 1998, 57; *el mismo,* Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand, FS Krey, 2010, 207; *Jericó Ojer,* El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal, 2007; *Joerden,* Zum Einsatz von Algorithmen in Nostandslagen, en: Hilgendorf (Hrsg.), Autonome Systeme und neue Mobilität, 2017, 73; *Kahan/Nussbaum,* Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, Columbia L. R. 96 (1996), 269; *Arm. Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Kindhäuser,* La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad, en: Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 185; *Köhler,* Die objektive Zurechnung der Gefahr als Voraussetzung der Eingriffsbefugnis im Defensivnotstand, FS Schroeder, 2006, 257; *Koriath,* Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik, JRE 11 (2003), 317; *Küper,* Der entschuldigende Notstand — ein Rechtfertigungsgrund ?, JZ 1983, 88; *el mismo,* Immanuel Kant und das Brett des Karneades, 1999; *el mismo,* Strafrechtliche Beiträge zu Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, 2017; *Kuhli,* Roboterprogrammierung im Dilemma, FS Merkel, I, 2020, 887; *Leite,* Notstand und Strafe, 2019; *Lepsius,* Human Dignity and the Downing of an Aircraft, German L. J. 7 (2006), 761; *Lerman,* Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante, InDret 1/2017, 1; *W. Lübbe,* Lebensnotstand — Ende der Normativität? Untersuchung einer Grauzone im Unrecht des Tötens, FS Spaemann, 2002, 312; *Lücke,* Die (Un-)Zumutbarkeit als allgemeine Grenze öffentlich-rechtlicher Pflichten des Bürgers, 1973; *el mismo,* Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem, JR 1975, 55; *Luzón Peña,* Actuación en conciencia y objeción de conciencia, InDret 1/2013, 1; *el mismo,* Exculpación por inexigibilidad penal individual, LH Schünemann, I, 2014, 343; *el mismo,* Miedo insuperable: la insuperabilidad como requisito adicional, LH Quintero Olivares, 2018, 363; *el mismo,* El miedo insuperable como emoción asténica: su exculpación por inexigibilidad penal individual frente a las emociones esténicas o violentas, LH Morillas Cueva, I, 2018, 369; *el mismo,* Miedo insuperable: requisitos básicos, LH Jorge Barreiro, 2019, I, 571; *de Maglie,* Los delitos culturalmente motivados, 2012; *Maihold,* Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg, Ancilla Iuris 2007, 1; *Manrique,* Emociones, acción y excusas, Eunomia 14 (2018), 71; *Mañalich,* Miedo insuperable y obediencia jerárquica, RChD XXI (2008), 61; *el mismo,* El estado de necesidad exculpante, en: van Weezel (ed.), Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, 2013, 715; *el mismo,* La exculpación como categoría del razonamiento práctico, InDret 1/2013, 1; *Maqueda Abreu,* Exigibilidad

y derecho a no declararse culpable, ADPCP 1991, 25; *Martín Lorenzo,* El inextricable efecto eximente del miedo insuperable, LH Ruiz Antón, 2003, 607; *la misma,* La ajenidad del autor respecto a la situación como requisito del estado de necesidad exculpante, en: Alcácer/Cuerda (eds.), La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, 2006, 309; *la misma,* Defectos cognitivos en el ámbito de la exculpación, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1201; *la misma,* La exculpación penal, 2009; *Martín Muñoz,* La magia del pronombre «mío», reflexiones sobre el miedo insuperable con ocasión de la STS 240/2016, de 29 de marzo, RDPC 20 (2018), 477; *Martínez Cantón,* Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros, LH Mir Puig, 2010, 405; *Meini,* Exigibilidad de otra conducta, LH Luzón Peña, I, 2020, 793; *Melendo Pardos,* El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad, 2002; *el mismo,* Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad, LH Cerezo Mir, 2002, 865; *Merkel,* § 14.3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten, JZ 2007, 373; *Mezzetti,* Necessitas non habet legem?, 2001; *Miranda Montecinos,* El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico, RChD 35 (2008), 485; *el mismo,* El principio del doble efecto, 2014; *el mismo,* Criterios de justicia para la asignación de recursos médicos escasos en situaciones de pandemia, Veritas 49 (2021), 55; *el mismo,* La relevancia del número de vidas en situaciones de necesidad, Ius et Praxis 29 (2023), 10; *Molina Fernández,* La ponderación de intereses en situación de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?, en: Cuerda (ed.), La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, 2006, 265; *el mismo,* Caso de los intermediarios en secuestros, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 485; *Momsen,* Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006; *Moore,* Mechanical Choices, 2020; *Moreno-Torres,* La ubicación sistemática del estado de necesidad no justificante, LH Zugaldía Espinar, 2021, 287; *Muñoz Conde,* La objeción de conciencia en Derecho penal, LH Roxin, 1997, 279; *el mismo,* Estado de necesidad y tortura, LH Mir Puig, 2017, 769; *Nahum,* Inexigibilidade de conduta diversa, 2001; *Oetker,* Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, AT, II, 1908; *el mismo,* Notwehr und Notstand, FG Frank, I, 1930, 359; *Olaizola Nogales,* La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal, RCPC 20 (2018), 1; *Ortiz de Urbina,* Caso de los dos psiquiatras en el III Reich, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 177; *el mismo,* Priorización de servicios sanitarios: la perspectiva Qaly y sus implicaciones para la teoría del estado de necesidad, en: Kudlich/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), Cuestiones actuales del Derecho penal médico, 2017, 109; *Palermo,* Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad, Robles/Sánchez-Ostiz (eds.), La crisis del Derecho penal contemporáneo, 2010, 127; *el mismo,* Problemas para la teoría de la inexigibilidad en el ámbito de la imprudencia, LH Silva Sánchez, 2019, 341; *Pawlik,* Der rechtfertigende Notstand, 2002; *el mismo,* Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes, JRE 11 (2003), 287 (=Una teoría del estado de necesidad exculpante, InDret 4/2015, 1); *el mismo,* § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes — ein Tabubruch?, JZ 2004, 1054 (=El § 14, párr. 3, de la Ley de Seguridad Aérea: ¿Ruptura de un tabú?, EnL 13, 2022, 91); *Pérez del Valle,* Conciencia y Derecho penal, 1994; *el mismo,* La discusión actual sobre la delincuencia por convicción, CPC 71 (2000), 373; *el mismo,* Impunibilitas y el derecho en sentido subjetivo, InDret 3/2017, 1; *Prittwitz,* Leben gegen Leben?, FS Neumann, 2017, 999; *Quintanar Díez,* La eximente de miedo insuperable, 1998; *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, FG Frank, I, 1930, 158; *el mismo,* Der Geist des englischen Rechts, 4.ª, 1956; *el mismo,* El delincuente por convicción (1924), RECPC 7 (2005), 1; *Ragués i Vallès, ¿Debe el miedo insuperable exculpar a un soldado acusado de crímenes de lesa humanidad?, RDPC 7 (2001),* 95; *Ramón Ribas,* La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad, en: Carbonell (ed.), La justificación, 2008, 175; *Renzikowski,* Entschuldigung im Notstand, JRE 11 (2003), 269; *Requena Juliani,* La responsabilidad por el hecho ¿existe una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad?, LH Bacigalupo, I, 2004, 737; *Robles Planas,* En los límites de la justificación, LH Mir Puig, 2010, 445; *el mismo,* El caso del Leinenfänger, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 111; *Roldán Barbero,* Estado de necesidad y colisión de intereses, CPC 20 (1983), 469; *Romeo Casabona, ¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor?*

RDPC 2 (1998), 327; el mismo, Objeción de conciencia y aborto, LH Casabó Ruiz, 2, 1998, 737; *Roxin,* Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, FS Henkel, 1974, 171; *el mismo,* Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, FS Maihofer, 1988, 392; *el mismo,* Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS Eser, 2005, 461 (=¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, CPC 83-2004-, 23); *el mismo,* Der Abschuss gekaperter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, ZIS 2011, 552; *el mismo,* Una vez más. Sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia, RDPC 98 (2014), 13; *Rudolphi,* Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?, ZStW 78 (1966), 67; *el mismo,* Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, FS Welzel, 1974, 605; *Rueda Martín,* La inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho en los delitos de comisión por omisión, RGDP 3/2020, 1; *Sáinz Cantero,* El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad, ADPCP 1960, 419; *el mismo,* Las causas de inculpabilidad, RGLJ 46 (1962), 52; *el mismo,* La exigibilidad de una conducta adecuada a la norma en Derecho penal, 1965; *Sánchez Dafauce,* El abatimiento de un avión secuestrado, InDret 4/2014, 1; *el mismo,* Sobre el estado de necesidad existencial, 2016; *el mismo,* El conflicto entre vidas en Derecho penal, RP 42 (2018), 203; *Sánchez Lázaro,* Una teoría de la argumentación jurídico-penal, 2009; *el mismo,* Construyendo la exigibilidad, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal ante lo empírico, 2021, 409; *Sánchez-Ostiz,* Víctimas e infractores, cumplidores y héroes, 2018; *Schünemann,* Kritische Anmerkungen zum tragischen Dilemma im Strafrecht, GA 2020, 1 (=El Derecho penal en el dilema trágico, LH Luzón Peña, 1, 2020, 1103); *Silva Sánchez,* Problemas del tipo de omisión de socorro, ADPCP 1988, 561; *el mismo,* Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia, en: Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 155; *el mismo,* Responsabilité individuelle ou responsabilité sociale en matière de délit, en: Le Droit Pénal à l'aube du Troisième Millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel, 2006, 537; *el mismo,* Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación, LH Bustos Ramírez, 2011, 215; *el mismo,* Asesinatos selectivos en la guerra punitiva contra el terrorismo, InDret 1/2017, 1; *el mismo,* Permisos y deberes en la defensa de terceros, LH Morillas Cueva, I, 2018, 629; *el mismo,* La legítima defensa que recae sobre tercero, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 785; *Simons,* Exploring the Intricacies of the Lesser Evils Defense, L&Ph 24 (2005), 645; *Stübinger,* Not macht erfinderisch — Zur Unterscheidungsvielfalt in der Notstandsdogmatik, ZStW 123 (2011), 403; *Tamarit Sumalla,* La libertad ideológica en el Derecho penal, 1989; *J.J. Thomson,* Killing, letting die, and the trolley problem, The Monist 59 (1976), 204; *la misma,* The Trolley Problem, Yale L. J. 94 (1985), 1395; *Timpe,* Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzess (§ 33 StGB), JuS 1984, 859; *Tuñón Corti,* El deber de soportar de funcionarios estatales en situaciones de estado de necesidad exculpante, RDPyPP 6/2019, 1178; *Uniacke,* Emotional Excuses, L&Ph 26 (2007), 95; *Valerius,* Kultur und Strafrecht, 2011; *Varona Gómez,* El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de justicia, 1999; *el mismo,* El miedo insuperable: ¿Una eximente necesaria?, RDPC 7 (2001), 139; *el mismo,* El miedo insuperable y la ética del hormiguero, REJ 12 (2010), 59; *Vázquez González,* Inmigración, diversidad y conflicto cultural, 2010; *Veneziani,* Motivi e colpevolezza, 2000; *Vera,* Legítima defensa y elección del medio menos lesivo, Ius et Praxis 25 (2019), 261; *Villegas Díaz,* Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y Derecho penal, Revista de Derecho. Valdivia 2 (2012), 177; *Walen,* The Right to Cause Harm As an Alternative to Being Sacrificed for Others: An Exploration of Agent-Rights with A Special Focus on Intervening Agency, San Diego L. R. 55 (2018), 38; *Walter,* Der Kern des Strafrechts, 2006; *Welzel,* Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951), 48; *el mismo,* Gesetz und Gewissen, en: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, I, 1960, 383; *Westen,* An Attitudinal Theory of Excuse, L&Ph 25 (2006), 289; *el mismo,* Does Duress Justify or Excuse?, FS Alexander, 2019, 76; *Wilenmann,* Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad, InDret 1/2016, 1; *Wolf,* Verbrechen aus Überzeugung, 1927; *Yacobucci,* Exigibilidad y punibilidad, LH Silva Sánchez, 2019, 235; *el mismo,* (In)exigibilidad y pena, 2021; *Yaffe,* A Procedural Rationale

for the Necessity Defense, Journal of Value Inquiry 43 (2009), 369; *el mismo*, Alternative Lesser Evils, FS Alexander, 2019, 98; *Zabel*, Affekt und Strafrecht: Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, en: Kindhäuser/Pawlik (Hrsg.), Notwehr in Deutschland und China, 2020, 351; *Ziemann/Acosta*, Erschütterungen in Recht und Moral, JRE 27 (2019), 697; *Zimmermann*, Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand, 2009.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. EL DERECHO ANTE LA VOLUNTAD ANTIJURÍDICA

1 El que obra conociendo el significado de la conducta que realiza, pero desconociendo que esta es antijurídica, actúa en error de prohibición. En cambio, si realiza la conducta sabiendo no solo qué hace sino, además, que es antijurídico, obra con «malicia» —con *dolus malus* o *voluntas mala*—. En efecto, su actuación expresa que, ya sea de forma impulsiva o tras una deliberación, las razones jurídicas, así como otras razones y motivos coincidentes con ellas, han sucumbido ante las inclinaciones —de primer orden— o las razones —de segundo orden— contrarias al Derecho. Pues bien, como se ha visto, el Derecho penal reconoce relevancia eximente al desconocimiento de la antijuridicidad típica, es decir, a un déficit cognitivo del agente. Para ello, requiere que ese desconocimiento no responda, a su vez, a ningún déficit volitivo —expresado de otro modo, que sea invencible—. En cambio, si el sujeto podía conocer el Derecho, pero no quiso conocerlo, entonces su actuación refleja un déficit de voluntad. En general, a los déficits volitivos se les niega relevancia eximente.

2 Sin embargo, existen algunas excepciones. Una de ellas, de alcance limitado, viene dada por aquellos supuestos en los que la conducta antijurídica del agente trae causa de una alteración o anomalía mental con efectos no cognitivos, sino volitivos. En efecto, para que esta tenga efecto eximente, es necesario identificar el correspondiente trastorno y apreciar que ha causado la incapacidad del sujeto de conducir su conducta conforme a su comprensión del Derecho. En cambio, si el sujeto está mentalmente sano se presume *iuris et de iure* —es decir, se parte de la ficción de— que es capaz de adecuar su conducta a su comprensión del Derecho. Así pues, los defectos volitivos de origen caracterológico no eximen y, en general, ni siquiera atenúan la responsabilidad. Esto significa que la legislación penal no tiene en cuenta ni la eventual incapacidad ni la mayor o menor dificultad del agente para actuar de modo conforme a Derecho. Por el contrario, se considera que estas cuestiones son algo que únicamente le incumbe a él. En definitiva, la idea rectora es que toda persona debe mantener constantemente su disposición a cumplir las normas jurídicas de conducta, de modo que no hacerlo la convierte en culpable de su conducta antijurídica.[1]

[1] *Jakobs* (1998), 69-70.

2. LA DIFICULTAD PARA CUMPLIR LAS NORMAS DE CONDUCTA

La ficción mencionada contrasta ante todo con la realidad de que, en 3
determinadas situaciones dilemáticas, muchas personas no pueden seguir la motivación jurídica, o tienen considerables dificultades para ello o, en fin, deciden no seguirla con base en fundadas razones. Así sucede, por ejemplo, en ocasiones en las que el respeto a la norma de conducta entra en conflicto con serias consideraciones prudenciales-utilitarias, como la protección de la vida, de la integridad física o de otros bienes propios o de personas próximas. Ahora bien, cabe asimismo que en algunas situaciones sean razones religiosas, morales o socioculturales las que entren en colisión con las razones del Derecho, prevaleciendo en la motivación del sujeto.[2] Por lo demás, al margen de las razones, un agente puede desatender el respeto debido a las normas jurídicas cuando está sometido a un intenso influjo emocional de signo contrario. Este puede venir representado por las pasiones del miedo o de la ira, pero también por las del amor o el patriotismo.[3]

Atendiendo parcialmente a esto último, las legislaciones penales contienen 4
algunas instituciones que establecen excepciones muy limitadas a la ficción de la capacidad volitiva de todos los agentes mentalmente sanos. Así, en la legislación española la excepción fundamental viene representada por la eximente general de miedo insuperable (art. 20.6.° CP). Sin embargo, existen otras eximentes específicas que tienen un fundamento análogo. Por ejemplo, la exención de pena por el encubrimiento de un pariente mediante favorecimiento personal (art. 454 CP). Además, la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de la institución supralegal del «autoencubrimiento» de un delito previo, mediante la comisión de un nuevo delito de poca entidad —por ejemplo, una falsedad—. Con todo, esta figura —que se relaciona con el derecho fundamental a no declarar contra uno mismo— es objeto de una discusión creciente.

3. LA RELEVANCIA SISTEMÁTICA DE LOS DÉFICITS DE LA VOLUNTAD

Un sector doctrinal afirma que todo sujeto tiene una «incumbencia» —o 5
una «competencia»— de autodeterminarse conforme al Derecho. Expresado de otro modo, sostiene que a todo el mundo le incumbe darse razones para cumplir con las normas jurídicas. Sin embargo, como se ha indicado, no toda persona mentalmente sana se halla siempre en condiciones de cumplir

---

[2] *Mañalich*, InDret 1/2013, 1 ss.; *Moore* (2020), 313.

[3] El Código penal español de 1928 —vigente únicamente desde 1929 hasta 1932—contemplaba de modo general un exceso en la actuación necesaria, debido al influjo de las pasiones: «El que, hallándose en el caso del párrafo anterior, se hubiere excedido en los límites de la propia salvación o de la ayuda, solo podrá justificar el exceso por hallarse bajo una excitación excusable, o en estado de terror o abatimiento» (art. 60 párrafo segundo).

esa supuesta incumbencia. Por tanto, si se parte de la vigencia del principio de que nadie está obligado a lo imposible —*ad impossibilia nemo tenetur*—, es importante distinguir los casos en los que no puede cumplirla. En ellos, lo consecuente es sostener que no la infringe. Además, al margen de los casos de absoluta imposibilidad, un sujeto puede encontrarse en situaciones de grave dificultad para cumplir esa incumbencia. La cuestión es determinar cuáles de ellas poseen relevancia en el sistema de la teoría del delito, qué relevancia concreta y por qué.

6 Existe discrepancia sobre la ubicación sistemática de estas consideraciones en la teoría del delito y sobre su fundamentación última. Desde luego, su primera ubicación fue la culpabilidad —como categoría del reproche—. Sin embargo, con posterioridad se ha discutido si deben situarse en el marco de un concepto funcional o político de culpabilidad —más amplio que el anterior—, en la exclusión de la prohibición bajo pena, o bien en la mera exención de pena —como exculpación, exclusión de la «responsabilidad» o exclusión de la punibilidad—. Ciertamente, en todas estas propuestas sistemáticas concurre una idea rectora, a saber, la de que en los casos de referencia se lesiona el contenido de la norma de conducta. Por lo tanto, aquí se trata de una cuestión relativa a la norma de sanción penal. En cambio, la divergencia se da en cuanto a si cabe ya excluir la propia antinormatividad —la infracción de la norma de conducta— o, por el contrario, lo que ocurre es que esa infracción no es punible debido a la inexigibilidad bajo pena de la realización de la conducta correspondiente.

7 Las razones de la exención de pena son igualmente discutidas. Una línea doctrinal ha defendido que lo relevante es la cuestión psicológica de la intensidad de la motivación contraria al Derecho que experimenta el agente. En efecto, esto es lo que sostiene el denominado «enfoque de las capacidades»,[4] que sostiene que esta última motivación determinaría la imposibilidad o la elevada dificultad de que venza la razón jurídica. En cambio, otra posición —el denominado «situacionismo»— se ha centrado en que, dada la situación, y las razones comprensibles que pesan en la motivación del agente, su castigo sería distributivamente injusto o inequitativo.[5] Un tercer sector doctrinal ha sostenido que el castigo en estos casos es innecesario, en la medida en que no hay razones preventivas para imponerlo. En fin, en la base de muchas posiciones sigue latiendo la idea de que quien se ve envuelto en situaciones dilemáticas merece comprensión e indulgencia. Desde luego, a diferencia de lo que ocurre en los casos de justificación de la conducta, en los que ahora se consideran no puede afirmarse que la conducta del sujeto responda al «bien común». En efecto, en algunas variantes lo que se realiza es sólo un «bien particular», aunque, dadas las circunstancias del caso concreto, se considere inequitativo o innecesario el castigo y se opte por una solución regida por la indulgencia

[4] En inglés, «*capacities approach*».

[5] En inglés: «*situationism*». Así, *Brink*, FS Alexander, 2018, 39 ss.; *el mismo* (2021).

hacia el agente. Con todo, también es cierto que en otras variantes lo que produce la conducta del sujeto es un «mal menor» para la comunidad. En fin, existen algunas situaciones en las que concurren tanto el bien particular del sujeto que actúa como un mal menor para el conjunto de la comunidad.

II. LA HISTORIA DOGMÁTICA

1. LAS TRADICIONES CLÁSICAS

1.1. La tradición de la «tabla de Carnéades»

1.1.1. La antigüedad grecorromana y medieval

8 En la antigüedad grecorromana se había discutido al menos un supuesto de posible relevancia de las razones por las que prevalece la motivación antijurídica en la decisión de un agente. Se trataba del «caso de la tabla de Carnéades», en el que dos náufragos compiten por una tabla salvadora que sólo puede soportar el peso de uno de ellos —la llamada *tabula unius capax*—.[6] En este supuesto fáctico, la debilidad de la voluntad conforme a Derecho del agente —su déficit volitivo— se explicaba por la fuerza del instinto de autoconservación. Desde entonces, se discute si esta razón debe llevar a eximir de responsabilidad al náufrago que mata al otro para que no suba a la tabla (*cfr. supra* capítulo 20/24). La cuestión es, como ya se ha adelantado, de qué razón se trata: si (i) de la intensidad insuperable de la motivación antijurídica que se sufre; de (ii) su razonabilidad valorativa para la comunidad; o (iii) de la compasión que genera quien se ve envuelto en el dilema de sacrificar la propia vida o de matar a otro. En todo caso, la tradición de la *tabula unius capax* —de la acción existencial— estuvo presente, de modo no exento de polémica, en la discusión de la primera escolástica, así como en la escolástica tardía. En efecto, la máxima «*necessitas non habet legem*»,[7] difundida durante la Edad Media como criterio rector de estos casos, no especifica qué es lo que sustrae la necesidad individual del ámbito de la ley de la comunidad. Por lo tanto, obliga a plantear la relación en la que se encuentran el bien particular y el bien común.

1.1.2. El iusracionalismo

9 El racionalismo contractualista del siglo XVII, desde sus primeros representantes —Grocio, Pufendorf y Hobbes—, sostuvo que las conductas realizadas

---

[6] *Cicerón*, Sobre los deberes (44 a.C.), III, 3, 89 y 90, en referencia a Hecatón: «Si un tonto está agarrado a una tabla en un naufragio, ¿se la arrebatará un sabio, si puede?». Afirma que no, porque es injusto. «Y el dueño del barco, ¿se la quitará, pues es suya?». «De ninguna manera, no tiene más derecho que a querer echar a un pasajero a alta mar por ser suyo el barco: pues hasta que la nave no ha llegado al destino del flete, el barco no es del dueño, sino de los pasajeros». «Y si hubiera solo una tabla y dos náufragos, ambos sabios, ¿ambos la tomarán para sí o el uno la cederá al otro?». Sobre la historia, *Küper* (1999), 29 ss.; *Finkelstein*, LTh 7 (2001), 279 ss.

[7] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 96, a. 6. Al respecto, *Franc* (2006), 301 ss.

en estos casos no están prohibidas ni permitidas, sino que se encuentran en un espacio libre de Derecho.[8] Ciertamente, cabe observar la pervivencia de dos argumentos tradicionales. Por un lado, la relevancia del instinto de conservación individual y la consiguiente inutilidad del castigo.[9] Por otro, la consideración de la fragilidad humana y la correspondiente indulgencia del soberano. Sin embargo, a estos se les añadió un nuevo fundamento, derivado de la teoría contractualista del Estado, que sostiene que este último carece de legitimidad para castigar en tales casos. En efecto, el planteamiento iusracionalista del espacio libre de Derecho se enmarca en la consideración límite de que, en caso de riesgo para la vida del ciudadano, se rompe el contrato social.[10] La existencia de un ámbito libre de Derecho constituyó también la base de la denominada «doctrina de la exención» de Fichte.[11] Así, el punto de partida de esta construcción es que el Estado tiene el deber de proteger la integridad física de los ciudadanos. Entonces, si no lo consigue y un sujeto se ve ante un peligro vital, el contrato social se rescinde, de modo que la persona afectada ya no tiene deber de obediencia. Por lo tanto, el «derecho de necesidad» que surge en estos casos, derivado de la lógica de la autoconservación, opera al margen de toda legislación. En definitiva, las conductas realizadas en estado de necesidad vital no están prohibidas.

10 En cambio, la perspectiva adoptada por Kant a propósito de los conflictos vitales se mueve entre los tres argumentos mencionados antes: el de la motivación, el de la equidad y el de la indulgencia. En su concepto, el náufrago que echa a otro de la tabla salvadora que este último ocupa no tiene, desde una perspectiva deontológica —es decir, de Derecho abstracto—, un derecho de necesidad (*ius necessitatis*) que pueda convertir un injusto en algo objetivamente conforme a la ley.[12] Sin embargo, también es cierto que su situación de necesidad no se halla sometida a la ley. Lo que ocurre es que esta conclusión no se basa en consideraciones de Derecho abstracto, es decir, de razón, sino de Derecho concreto (empírico-práctico, judicial) —esto es, de equidad: *aequitas*—.[13] Por lo tanto, la conducta del náufrago de Carnéades

---

[8] En el original alemán: «*rechtsfreier Raum*».

[9] *Hobbes* (1651), cap. XIV: «por naturaleza, el hombre escoge el mal menor, que es un riesgo de muerte en caso de resistencia, por encima del mal mayor, que es la muerte segura y presente en caso de no resistir».

[10] En esta línea, ahora, *Momsen* (2006), 78, 186 ss., 536 ss.; *Leite* (2019).

[11] *Fichte* (1797), 30.

[12] *Kant* (1797): «no puede haber ley penal que condene a muerte a quien, en naufragio, estando en igual peligro de muerte que otro, le empujase de la tabla a la que se había agarrado para salvarse. Pues el castigo conminado por la ley no podría ser mayor que el de la pérdida de la vida de aquel. Ahora bien, tal ley penal no puede tener el efecto pretendido, pues la amenaza de un mal aún incierto (la muerte por sentencia judicial) no puede pesar más que el temor del mal cierto (a saber, el ahogamiento). Así, el acto de autoconservación violenta no debe juzgarse como *inculpabile*, sino solo como *inpunibile* [...]. El lema de la ley de la necesidad es: la necesidad no tiene ley (*necessitas non habet legem*); y sin embargo no puede haber necesidad que haga lícito lo que es ilícito».

[13] En el original alemán: «*Billigkeit*». Al respecto, *Küper* (1999), 52.

no está justificada, ni exenta de prohibición jurídica, ni tampoco es inculpable.[14] Sin embargo, debe excluirse la punibilidad del sujeto.[15] Con todo, no queda claro cuál es el fundamento de la exención de pena en estos casos. En realidad, se ofrecen dos razones distintas para la exclusión de la punibilidad. Por un lado, la equidad, que en el planteamiento de Kant se relaciona con la compasión o la indulgencia. Por otro lado, la de que el Derecho es inidóneo para alterar la motivación del sujeto en situaciones psicológicas límite.[16] En efecto, la amenaza de la ley penal con un mal incierto —como la hipotética pena de muerte impuesta tras una condena judicial— no puede prevalecer sobre el miedo al mal cierto —el ahogamiento inmediato—.

1.1.3. De Feuerbach a los hegelianos

Feuerbach siguió la línea de que el Derecho es inidóneo para motivar en estos casos. En efecto, en el marco de su construcción sistemática es inimputable todo aquel que no puede ser determinado por la conminación penal abstracta —la coacción psicológica— (*cfr. supra* capítulo 3/61 ss.). Pues bien, en los casos de peligro inmediato para la vida o para la integridad física, existe una intensa presión a favor de la autoconservación. Por lo tanto, debe excluirse la imputabilidad del agente que lleva a cabo una conducta lesiva necesaria para salvar bienes como los mencionados.[17] Con todo, ya en la tesis de Feuerbach se advierte que la intensidad de la motivación antijurídica no lo es todo. Por poner solo un ejemplo, no se excluye la responsabilidad de un sujeto, pese a la intensidad de la motivación vital, si este había provocado la situación crítica.[18] 11

Hegel se había ocupado del caso de la colisión de «lo total» —la vida— con «lo particular» —la propiedad—, sosteniendo la justificación de la conducta de quien lesiona la propiedad ajena para salvar una vida. En cambio, no trató expresamente el caso de la colisión entre vidas, ni tampoco el conflicto entre dos bienes no vitales (*cfr. supra* capítulo 20/32). Sin embargo, de modo inmediatamente posterior a él, Berner, penalista hegeliano, planteó claramente la distinción entre el conflicto entre propiedad y vida —u otros bienes de mayor valor— y el conflicto de dos vidas. Sentado esto, sostuvo que, al sacrificar la propiedad ajena para salvar una vida —u otros bienes superiores al sacrificado— se ejerce un «derecho de necesidad»; por el contrario, en las colisiones entre vidas, la conducta sólo puede estar «disculpada». De este modo, sentó 12

---

[14] No es «*unsträflich*» (*inculpabile*), sino «*unstrafbar*» (*inpunibile*). Pero existen discrepancias sobre el significado de esto último: *Bernsmann* (1989), 267 ss.; *Hruschka*, GA 1991, 1 ss.; *Küper* (1999), 13-14, 27, 48-49, 52 ss.

[15] *Kant* (1797): «Esta impunidad subjetiva es confundida por los juristas con una objetiva (licitud) a través de una curiosa confusión». Al respecto, *Pérez del Valle*, InDret 3/2017, 2 ss.

[16] *Kant* (1797): «la amenaza con un mal que es todavía incierto (la muerte mediante una sentencia judicial) no puede predominar sobre el miedo ante el mal que es cierto (a saber, el ahogarse)».

[17] *Feuerbach*, Lehrbuch, 5.ª, 1812, §§ 88, 89.

[18] *Feuerbach*, Lehrbuch, 14.ª, 1847, § 91.

las bases de la «teoría de la diferenciación» contemporánea, en cuyo marco la exculpación recibe el fundamento de que el Estado no puede exigir bajo pena un «heroísmo moral».[19] La discusión sobre este punto prosiguió en la doctrina alemana hasta finales del siglo XIX.

1.2. La tradición de la doctrina del «mal menor»

1.2.1. Planteamiento

13 La tradición procedente del caso de la tabla de Carnéades da cuenta de un caso en el que un náufrago mata a otro para salvar su vida. Sin embargo, la solución del caso no sería distinta si el náufrago en cuestión, para salvarse, tiene que matar a dos personas. En efecto, en el marco de esta tradición el criterio de solución no es la utilidad social, es decir, el saldo positivo de la conducta del agente. Por el contrario, su fundamento es la comprensión con la que se contempla un comportamiento parcial o egoísta en determinadas circunstancias. Pues bien, de forma paralela a la tradición de la *tabula unius capax*, desde la antigüedad clásica se han discutido casos que se integran en otra línea de pensamiento, a saber, la doctrina del «mal menor» —*minima de malis eligenda*—. Esta última, que tiene dos variantes fundamentales, se refiere al tratamiento jurídico que merece la conducta de quien, en la disyuntiva entre dos males, causa el menor en términos de utilidad social.

1.2.2. El sacrificio directo del inocente

14 La tradición del mal menor se ocupa precisamente de casos en los que tiene lugar el sacrificio intencional de un inocente en aras de la salvaguarda de varios, de muchos o, en última instancia, de toda la comunidad política. En efecto, en esta configuración fáctica lo relevante no es la dificultad de cumplir el Derecho que experimenta quien actúa —u ordena actuar—. Por el contrario, el argumento determinante es el resultado de utilidad, unido a que este responde al contenido de la motivación —utilitarista— del agente. Esto se expresó ya en la famosa frase del sumo sacerdote Caifás que se lee en el Evangelio de San Juan: «os conviene que uno muera por el pueblo, y que no perezca la nación entera».[20]

1.2.3. El sacrificio del inocente como efecto colateral

15 Una línea argumental distinta es aquella con la que se afrontan los casos en los que un inocente se ve afectado como efecto colateral de una acción lícita en sí. En concreto, la acción que (i) pretende salvar a otro inocente de un peligro natural; o (ii) reaccionar contra la conducta de un tercero culpable («*nocente*»). La primera de ambas variantes es la que se da en ciertas

[19] *Berner* (1868), 134-135.

[20] Jn. 11, 49-50.

«comunidades de peligro».[21] En efecto, estas se circunscriben a la actuación de una persona perteneciente a un grupo cuyos integrantes, de modo simétrico o asimétrico, se hallan expuestas a una misma fuente de peligro.[22] Así, por ejemplo, en el contexto de una cordada de escaladores, en la que uno de los integrantes pierde sujeción y queda colgado como peso muerto, impidiendo que los demás puedan avanzar o retroceder.

En la segunda variante cabe que se trate de la acción contra un enemigo o **16**
bien de la reacción contra un agresor en tiempos de paz. En el primer caso, la cuestión le interesa sobre todo al Derecho internacional humanitario y se concreta en el tratamiento de las acciones de guerra llevadas a cabo contra enemigos que recaen de modo colateral sobre una población civil. En cambio, en el segundo caso, que tiene especial interés para el Derecho penal, el escenario es el de una conducta de legítima defensa que (también) incide sobre un tercero inocente (*cfr. supra* capítulo 19/101; 20/22). En este marco se suscitan los supuestos en los que (i) se dispara contra un agresor que se protege con un escudo humano;[23] o (ii) se procede al derribo de un avión secuestrado, en el que los terroristas retienen a la tripulación y a los pasajeros, y que se dirige a impactar contra un objetivo civil o militar;[24] o, en fin (iii), se hunde un navío turco que ataca las costas mediterráneas de España, aunque en sus bodegas se hallan remeros cristianos.[25]

1.3. La tradición centrada en la emoción del miedo

En la tradición grecolatina se había discutido, de modo independiente **17**
de las mencionadas situaciones de necesidad vital, otro problema. A saber, la relevancia que puede tener la circunstancia de que la conducta del sujeto activo se haya debido al miedo. A esto se refiere ya Aristóteles: «Cabe dudar si son voluntarias o involuntarias cuantas acciones se realizan por miedo a males mayores o por algún bien, como, por ejemplo, si un tirano, que tiene en su poder a los padres y sus hijos, ordena a alguien realizar algo indecoroso de modo que, si lo realiza, ellos se salvan y, si no, mueren. Tal acontece también cuando se arroja la carga por la borda en las tempestades, porque en general nadie la arroja voluntariamente, mas, para la salvación propia y la de los demás, lo hacen todos los hombres sensatos».[26] Ciertamente, estas acciones son volun-

---

[21] Sobre la tipología de estas, *Bernsmann* (1989), 43 ss.

[22] *Köhler*, AT, 1997, 341: casos sin salida «en los que habiendo peligro para una pluralidad de bienes jurídicos (en especial, vidas humanas) se puede salvar uno o algunos de ellos; de lo contrario, todos resultarían inevitablemente destruidos».

[23] *Silva Sánchez*, InDret 1/2017, 1 ss.; *el mismo*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 785 ss.

[24] *Doménech Pascual*, RAP 2006, 389 ss.; *Isensee*, FS Jakobs, 2007, 205 ss.; *Jakobs*, FS Krey, 2010, 207 ss.; *el mismo* (2012), 50 ss.; *Martínez Cantón*, LH Mir Puig, 2010, 405 ss.; *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 445 ss.; *Pawlik*, EnL 13 (2022), 91 ss.

[25] *García-Huidobro/Miranda*, Revista de Derecho 20 (2013), 351 ss.

[26] *Aristóteles*, Ética, 1110a.

tarias. Sin embargo, en algunos casos, es posible tratarlas con «indulgencia», en concreto, «cuando se hace lo que no se debe por razones que ponen en tensión excesiva a la naturaleza humana y nadie soportaría».[27]

18 En esta línea, la tradición escolástica siguió considerando que el miedo a un mal inminente —para la propia alma, para el cuerpo e incluso para bienes extrínsecos, como por ejemplo el patrimonio— le impone al agente una cierta «necesidad». Sin embargo, no admitió la exclusión de la responsabilidad de quien, por miedo, causa un mal mayor que el que evita, sino sólo la atenuación.[28] Por tanto, el que daña el cuerpo para salvar el patrimonio, no queda exento de pena, pero sí se le debe atenuar la responsabilidad, porque quien obra por miedo actúa de modo menos voluntario. Esta tradición es, con claridad, la que dio lugar a la figura hispánica del miedo insuperable.[29] En efecto, en España la codificación de una «eximente de miedo» se remonta al art. 21 del Código penal de 1822. Con todo, en su texto, tal figura se entremezcla con las de fuerza irresistible y de obediencia debida. El artículo reza así: «En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar. Compréndense en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar a un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar».

2. LA DOCTRINA DE LA INEXIGIBILIDAD

2.1. Generalidades

19 En el último tercio del siglo XIX persistían en la doctrina las dudas sobre el tratamiento jurídico-penal de los casos de estado de necesidad vital, así como sobre su fundamentación. Por un lado, en la Alemania recién unificada la codificación de 1871 había incorporado dos preceptos sobre el estado de necesidad eximente de pena.[30] Sin embargo, el marco doctrinal —el concepto psicológico de culpabilidad, difundido en esas décadas— no ofrecía un marco teórico apto para discutir sobre la calificación de tales disposiciones. En efecto, en ese contexto dogmático sólo se podía considerar la intensidad psíquica de la presión motivacional y, en consecuencia, sostener que en tales casos no concurren las bases de una «culpabilidad por el carácter».[31] En cambio, el desplazamiento del concepto psicológico por el concepto normativo de culpabilidad, a principios del siglo XX, estableció el contexto apto

---

[27] *Aristóteles*, Ética, 1110a,1110b, con excepciones.

[28] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 125, a. 4.

[29] *Alonso Álamo*, LH Núñez Barbero, 2007, 23 ss.

[30] Los §§ 52 y 54 del Código penal, derogados en 1975.

[31] *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 168.

para la reconsideración del problema.[32] Ciertamente, en el marco de la idea de «reproche» —central para el modelo normativo— ya podía analizarse la relevancia de las «circunstancias concomitantes» concurrentes en el hecho antijurídico,[33] mediante la doctrina de la inexigibilidad. Así, esta figura, a la que se atribuyó una relevancia normativa directa, permitió excluir —de forma supralegal— la culpabilidad del sujeto cuando a este, dadas las circunstancias, no cupiera exigirle un comportamiento adecuado al contenido de la norma de valoración.[34] Desde luego, esta expresión —lo «exigible»— ha generado una permanente polémica doctrinal. En efecto, se cuestiona que, existiendo el deber, pueda afirmarse que su cumplimiento no resulta exigible. Al respecto hay que responder que, en la lógica del sistema neokantiano, el deber solo surgía en los términos establecidos por la norma de determinación —la norma de deber—, algo que quedaba excluido en los casos de inexigibilidad. En el modelo que se propone en esta obra, las cosas tienen que ser distintas. En efecto, aquí se sostiene que en los casos de inexigibilidad la conducta sigue siendo antinormativa —antijurídica y culpable—. Lo que sucede es que tal conducta contraria a deber puede ser inexigible bajo pena, en cuyo caso le falta la culpabilidad penal, que constituye una dimensión de la punibilidad.

Ahora bien, por un lado, la idea de «inexigibilidad» adolece de una mani- 20
fiesta falta de concreción. Este defecto se puso de relieve en algunos de los casos paradigmáticos en los que la jurisprudencia del Tribunal Imperial alemán recurrió a ella para fundamentar la absolución. Por ejemplo, en el «caso del caballo», en el que un cochero, por miedo al despido, decidió seguir utilizando un caballo de tiro extremadamente peligroso y produjo lesiones por imprudencia.[35] Por otro lado, el manejo de aquella idea condujo a apreciar la exención de pena con gran laxitud. En concreto, la doctrina de la inexigibilidad se caracterizó por extender su valoración del proceso de motivación del agente a supuestos de realización de conductas antijurídicas por razones no vitales, fundamentalmente la pérdida del puesto de trabajo. Ciertamente esta última, en época de grave crisis y dada la ausencia de sistemas estatales de previsión social, abocaba a la miseria, pero no de modo inminente.

2.2. El debate sobre la inexigibilidad en la primera mitad del siglo XX

En esta época tiene lugar el tránsito del modelo cultural del *homo oeconomicus* 21
—el propio del burgués egoísta racional y libre— al del *homo sociologicus* —el proletario determinado por las circunstancias—. Así, la doctrina neokantiana

---

[32] *Melendo Pardos*, LH Cerezo Mir, 2002, 865 ss.

[33] En alemán: «*begleitende Umstände*»: *Frank* (1907), 18.

[34] *Fornasari* (1990), 53 ss.

[35] El caso del caballo que enredaba las riendas con la cola («*Leinenfänger-Fall*»), fue resuelto en la sentencia de 23 de marzo de 1897. En ella, el Tribunal Supremo del imperio alemán absolvió al cochero arguyendo que no le era exigible bajo pena realizar otra conducta, pues de no haber obedecido habría sido despedido. El caso es comentado por *Robles Planas* (2011), 111 ss.

incorporó a la teoría del delito las «circunstancias concomitantes» con la conducta del sujeto, determinantes de la inexigibilidad de una actuación conforme a Derecho. En concreto, las integró en el ámbito sistemático de la culpabilidad como causa específica de exclusión de la vulneración de la norma de deber —norma de determinación—. Por su parte, la discusión en torno al fundamento material de la exención puso de relieve que lo decisivo no era si el sujeto podía cumplir la norma de valoración, sino si tenía el deber de hacerlo. Así, aunque el agente dispusiera realmente de esa posibilidad, su cumplimiento no se le exigía si, para un hombre medio, ello suponía adoptar la actitud de un héroe o de un santo.[36] Sin embargo, seguía sin estar claro si lo decisivo para excluir el reproche por la vulneración de la norma de valoración era la intensidad de la motivación del sujeto o la aceptabilidad del contenido de aquella, o en qué medida se integraban lo uno y lo otro. En fin, quedaban abiertos los criterios de tal aceptabilidad, algo imposible de precisar en el ambiente relativista de la época.

22 De modo inmediato, un sector doctrinal criticó que la noción de inexigibilidad ponía en peligro tanto la certeza como la vigencia real del ordenamiento jurídico.[37] A partir de ahí, las corrientes autoritarias de los años treinta del siglo XX prescindieron de aquella doctrina pretendidamente liberal. Todo ello dio lugar a que, tras la II Guerra Mundial, la noción de inexigibilidad fuera perdiendo peso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.[38] Desde entonces ha dominado ampliamente la tesis de que la noción de exigibilidad es una «idea regulativa», esto es, sin contenido normativo directo, orientada a hacer posible la justicia del caso concreto.[39] En otras palabras, que constituye una manifestación de la «idea» de Derecho en el sentido neokantiano, que se entiende como un horizonte de búsqueda de lo justo que nunca se llega a alcanzar plenamente en la construcción del Derecho correcto. De este modo, su valor fundamental es heurístico. En definitiva, con el paso del tiempo la exigibilidad ha pasado a entenderse, por un lado, como un principio regulativo que debe subyacer a toda la teoría del delito.[40] Por otro lado, se le ha atribuido una función de fundamentación e interpretación de determinadas reglas legales de exención de la responsabilidad penal,[41] sin conferirle valor normativo directo. Así, se ha rechazado el papel que tuvo en el marco de las construcciones de un estado de necesidad supralegal excluyente de la culpabilidad. Ciertamente, este podría reconstruirse en la actualidad con base en la analogía *in bonam partem* a partir de las causas legales de exculpación. Sin embargo, las construcciones de este jaez son cada vez más discutidas.[42]

---

[36] *Goldschmidt*, FG Frank, 1, 1930, 428 ss.; *Sáinz Cantero*, RGLJ 46 (1962), 55 ss.; *el mismo* (1965), 48 ss.

[37] Referencias en *Sáinz Cantero* (1965), 27-28; *Fornasari* (1990), 135 ss.; *Melendo Pardos* (2002), 190 ss.

[38] *Melendo Pardos* (2002), 275 ss.; Sentencia del Tribunal Supremo federal alemán de 10 de junio de 1952.

[39] *Henkel*, FS Mezger, 1954, 268; *Roxin*, FS Henkel, 1974, 173-174.

[40] *Luzón Peña*, LH Schünemann, I, 2014, 343 ss.

[41] Ya *Sáinz Cantero*, RGLJ 46 (1962), 60 ss.

[42] Ya *Sáinz Cantero*, RGLJ 46 (1962), 75 ss.; *el mismo* (1965), 95-96, 155.

2.3. La naturaleza jurídica de las consideraciones de exigibilidad

Como ya se ha adelantado, la exigibilidad no es una cuestión de culpabili- 23
dad —antinormatividad— sino de punibilidad —culpabilidad punible—. Por lo tanto, en estos casos el sujeto debe ser reputado culpable. Ciertamente, en la mayoría de ellos la culpabilidad está atenuada —claramente, en los conflictos vitales—. Sin embargo, ello no parece suficiente para negar la antinormatividad de la conducta. Entonces, sentado que se trata de problemas de la norma de sanción, lo más satisfactorio en términos expresivos sería ubicarlos en la punibilidad.[43] Ahora bien, en un sistema teleológico del delito todas las categorías previas a la punibilidad tienen también una orientación a la pena. Por tanto, puede afirmarse que, aunque el sujeto sea culpable, no muestra una culpabilidad merecedora de pena. En otras palabras, que, aunque su conducta es antinormativa, no concurre una «culpabilidad punible» o una «antinormatividad punible». La razón del adelantamiento sistemático es que el factor determinante de la exclusión de la punibilidad concurre en el momento en que el sujeto actúa e impacta sobre la relación de este con la norma de conducta. En concreto, le dificulta la orientación de su conducta a las razones del Derecho, lo que es relevante para un sistema jurídico teleológico, es decir, orientado al hecho de que la consecuencia jurídica es concretamente la pena.

La ubicación del fundamento de la ausencia de sanción del autor en la 24
ausencia de culpabilidad punible permite afrontar el dilema que experimenta el Estado en vista de las pretensiones contrapuestas del autor y de la víctima en estos casos. En efecto, el ordenamiento jurídico dirige a la víctima el mensaje de que el autor ha cometido un injusto culpable. Sin embargo, por otro lado, le reconoce al autor que no puede ser castigado. En realidad, lo mismo sucede en aquellos casos de error de prohibición y de inimputabilidad en los que la exención de pena no se fundamenta con base en la incapacidad del sujeto, sino en la dificultad de este de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión. En todos estos casos se está anticipando, ubicándolo en la categoría de la culpabilidad penal, una parte del juicio de punibilidad del hecho (*cfr. infra* capítulo 27/10).

III. EL MARCO DE LA DISCUSIÓN ACTUAL: LOS SISTEMAS LEGALES Y LAS FUNDAMENTACIONES DOGMÁTICAS

1. LA DIVERSIDAD DE TRADICIONES LEGISLATIVAS

El panorama de la legislación comparada en materia de situaciones de 25
necesidad no justificantes es bastante claro. Por un lado, un modelo bastante difundido en nuestra tradición jurídica es el alemán. En efecto, tras la reforma del Código penal de aquel país en 1975, su regulación legal quedó asentada sobre la distinción entre un estado de necesidad justificante y otro que se

[43] Así, *Moreno-Torres*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 299 ss.

denomina disculpante (o exculpante).[44] Más tarde, esta distinción —que se corresponde con los términos de la denominada «teoría de la diferenciación» (*cfr. supra* capítulo 20/36)— ha sido adoptada en varios países, entre ellos, algunos de Iberoamérica.[45] De conformidad con ella, la pieza clave para afrontar los casos en los que una persona, a pesar de la realización de una conducta antijurídica con conocimiento de la antijuridicidad, puede quedar exenta de pena es la institución del «estado de necesidad disculpante». Sin embargo, debe quedar claro que la expresión legal alemana «disculpante»[46] —que se ha difundido en la doctrina internacional— no designa una ubicación sistemática concreta. Ciertamente, el legislador alemán señala expresamente que quien actúa en el marco de esa eximente obra «sin culpabilidad». Ahora bien, en la doctrina de aquel país se dan posiciones diversas al respecto. Así, para un sector, es efectivamente excluyente de la culpabilidad; para otros, en cambio, de la «imputación» o de la «responsabilidad» penal; o, en fin, sencillamente, de la pena.

26 A diferencia de lo que sucede en el modelo alemán, en la regulación legal española de las situaciones de necesidad no justificantes —como en la de otros países de Iberoamérica—[47] conviven dos instituciones legales. Por un lado, un estado de necesidad eximente de responsabilidad criminal, pero que no tiene una ubicación sistemática predeterminada (art. 20.5.° CP español). Por el otro, una eximente conocida como «miedo insuperable» (art. 20.6.° CP español). Así, algunos casos de situaciones de necesidad no justificantes en los que proceda la exención de pena pueden ser integrados en el marco de una lectura consecuencialista del texto legal relativo al estado de necesidad. En cambio, otros pueden ubicarse en la eximente de miedo insuperable. En fin, algunos son subsumibles en ambos textos legales. Por el contrario, aquellos casos en los que el sujeto causa un mal mayor que el que pretende evitar, y su obrar no responde a la emoción del «miedo», no caben en ninguno de los dos.[48] Así, por ejemplo, no existe una ubicación legal en virtud de la cual sea posible eximir de responsabilidad a un sujeto ilegítimamente agredido que se excede en su reacción defensiva por ira.

27 En la tradición angloamericana puede advertirse la existencia fundamental de dos instituciones relativas a esta materia. Por un lado, la eximente de «mal menor»,[49] a la que —sobre bases consecuencialistas— se le atribuye un efecto

---

[44] Los §§ 34 y 35 del Código penal alemán.

[45] Así, en los arts. 20.4 y 20.5 CP peruano.

[46] En el original, «*entschuldigend*».

[47] Así, en los art. 32.7 y 32.9 CP colombiano. En parte, ocurre lo mismo en la Argentina y en Chile.

[48] *Martín Lorenzo* (2009), 386.

[49] En inglés, «*necessity*», «*choice of evils*» o «*lesser evil*». Sección 3.02. del *Model Penal Code*: «*Justification Generally: Choice of Evils. (1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that: (a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and (b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and (c) a legislative purpose*

de «justificación». Ello se debe, por un lado, a la receptividad de aquella cultura con respecto a las fundamentaciones consecuencialistas. Sin embargo, por otro lado, lo cierto es que en el contexto de tal tradición tampoco es fácil precisar qué significa «justificar». Ello vale tanto para el discurso general de la justificación como, en particular, en relación con los casos de mal menor.[50] Desde luego, no cabe duda de que en dicho concepto se integran algunos supuestos de «justificación débil»,[51] que parecen designar algo similar a lo que en esta obra se denomina «exclusión de la prohibición bajo pena». Al margen de todo lo anterior, en el ámbito angloamericano se da una variante del «estado de necesidad coactivo», a la que subyace el criterio rector del bien particular. Los presupuestos de esta figura concurren cuando un agente es amenazado con un mal inminente para un bien personal suyo o de una persona cercana si no lleva a cabo la conducta típica.[52]

2. LA DISCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA EXENCIÓN DE PENA

2.1. La doble disminución de culpabilidad

28 En la actualidad, la doctrina dominante en Alemania para fundamentar la exención de pena en estos casos es la de la «doble disminución de la culpabilidad».[53] Esta, surgida ya a mediados del siglo XX, partió del rechazo de la noción de inexigibilidad. Frente a esta, su base se halla, por un lado, en que el sujeto necesitado pretende y, en su caso, consigue salvaguardar bienes jurídicos. Así, en concreto, su vida o su integridad física. Precisamente esto da lugar —en el marco de un juicio sobre la colisión de bienes— a una valoración parcialmente positiva de su conducta que determina un menor contenido de injusto en el hecho. Además, la afectación psíquica que experimenta el agente, derivada del peligro para sus bienes o los de personas próximas —la colisión de motivos—, produce una disminución de la culpabilidad por el

---

to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear. (2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability».

[50] *Alexander*, L&Ph 24 (2005), 611 ss.; *Simons*, L&Ph 24 (2005), 645 ss.; *Berman*, L&Ph 24 (2005), 681 ss.; *Yaffe*, Journal of Value Inquiry 43 (2009), 369; *el mismo*, FS Alexander, 2019, 98; *Dennis*, CL&Phil 3 (2009), 29 ss.; *Bergelson*, CL&Phil 6 (2012), 289.

[51] *Yaffe*, FS Alexander, 2019, 107, 110.

[52] En inglés, «*duress*». Sección 2.09. del *Model Penal Code*: (1) «*It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful force against his person or the person of another, that a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist. (2) The defense provided by this Section is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress. The defense is also unavailable if he was negligent in placing himself in such a situation, whenever negligence suffices to establish culpability for the offense charged*». Sobre ella, *Chiesa* (2011), 107 ss.; *Yacobucci* (2021), 255 ss.

[53] *Arm. Kaufmann* (1954), 180, 204 ss.; *el mismo* (1959), 156 ss.; *Rudolphi*, ZStW 78 (1966), 81 ss.; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 178-179. Al respecto, *Melendo Pardos* (2002), 345 ss.

hecho. Por lo tanto, esta doble disminución de la culpabilidad —por el menor injusto y por la menor culpabilidad— aporta un fundamento retributivo para la disminución de pena. Sin embargo, lo cierto es que de ahí resulta imposible extraer el argumento para la exención de pena. En efecto, en primer lugar, la conducta del agente no siempre disminuye el injusto. Por ejemplo, cabe que obre en error, o no logre la salvaguarda del bien que pretende proteger. Además, en segundo lugar, el modelo no explica bien las limitaciones normativas a la exención. En concreto, las derivadas del principio de primacía de las instituciones, de la realización de actos de provocación de la situación, o de la concurrencia de deberes cualificados en el sujeto. En fin, en tercer lugar, la constatación de una doble disminución de un presupuesto de la pena no permite sostener una plena exención de esta. En efecto, siempre queda en pie un «resto de pena», cuya eliminación requiere un fundamento adicional.[54]

29 Así las cosas, la plena exención de la pena se acaba basando en consideraciones de indulgencia, es decir, en última instancia, de punibilidad. Ciertamente, fue esto lo que condujo a afirmar que las llamadas «causas de exculpación» son, en realidad, meras causas fácticas de exención de pena. Sin embargo, de este modo se admitía la imposibilidad de reconducir la exención a un criterio que fuera más allá de la decisión del legislador. En concreto, se llegó a indicar que la determinación de hasta dónde quiere llegar este con su indulgencia es algo que reside «sólo en su poder».[55] En todo caso, ello permite constatar la persistencia a lo largo de la historia de la referencia a la indulgencia con la debilidad humana como fundamento último de la exención.[56]

2.2. La ausencia de necesidad preventiva de pena

30 Las construcciones contemporáneas más relevantes —desarrolladas en el último tercio del siglo XX— han tenido un signo funcional-teleológico. En efecto, han tratado de integrar en su seno los contenidos del antiguo concepto de exigibilidad, dándoles un fundamento más sólido a partir de la teoría de la pena. En concreto, unas acuden a las doctrinas de la prevención general negativa y de la prevención especial. En cambio, las otras se orientan a la prevención general positiva o a la retribución funcional. Así, las primeras sostienen que, en los casos en que el sujeto obra como lo habría hecho el hombre medio razonable, en realidad no hay necesidad político-criminal de pena, ni en términos de intimidación, ni de resocialización.[57] En efecto, tales finalidades preventivas tratan de generalizar el modelo de actuación de un hombre medio como pauta de conducta. Entonces, el agente que da prioridad a sus intereses sobre los ajenos, siempre que lo haga en los términos legalmente establecidos

---

[54] Críticos *Hirsch* (1996), 39-40; *Silva Sánchez* (1999), 241; *Melendo Pardos* (2002), 418 ss.; *Martín Lorenzo* (2009), 80 ss.; *Pawlik*, InDret 4/2015, 10; *Palermo*, LH Silva Sánchez, 2019, 347 ss.; *Leite* (2019), 67 ss.

[55] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 179.

[56] *Walter* (2006), 351.

[57] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 22/1 ss.

y con los límites fijados, no se separa de tal modelo de actuación.[58] Ahora bien, esto no significa que en su caso se excluya la culpabilidad, dado que en tales casos el sujeto no es inasequible a la motivación por normas. Como se ha indicado, lo que sucede es que no hay razones preventivas —de política criminal— para castigarle. Esto determina que se excluya su «responsabilidad», es decir, la categoría sistemática mixta integrada tanto por la culpabilidad como por la mencionada necesidad preventiva de castigo (*cfr. supra* capítulo 23/59).[59] Por tanto, no es que el Derecho penal sea indulgente, sino que no existe necesidad de pena.

2.3. Del sujeto abstracto a su humanidad real

2.3.1. Las competencias del sujeto

El sector doctrinal orientado a la prevención general positiva —o a la retri- 31
bución funcional— sostiene que la exención de pena del sujeto necesitado se debe a que la situación de peligro en que se encuentra puede ser imputada a una esfera de competencia distinta de la suya propia.[60] En efecto, cuando esto sucede no se le puede imponer el deber jurídico de soportarla. Ahora bien, las cosas son así únicamente en dos grupos de casos. Por un lado, en contextos de desgracia comunitaria —catástrofes—. Por otro, en los supuestos en los que el responsable de la situación de peligro es un tercero concreto y se reacciona contra él.[61] Esto último sucede, de modo especialmente claro, en el denominado «exceso en la legítima defensa». Es decir, cuando un sujeto agredido se excede en su reacción defensiva contra el agresor, desbordando los límites de lo legítimo. Más allá de estos dos contextos, la reconstrucción funcionalista de la exculpación entiende que cabe imputar el riesgo a la competencia del agente. En particular, en los casos en los que amenazan peligros de origen natural, pero no catastrófico, como, por ejemplo, las enfermedades o accidentes ordinarios.[62] Igualmente, en aquellos en los que se trata de peligros de origen humano que tendrían que resolverse a costa de un tercero ajeno a la creación del peligro. En unos y otros se afirma que, en la medida en que existen vías estatales para hacer frente al peligro, rige el principio de primacía de las instituciones (*cfr. supra* capítulo 20/67).[63]

Así pues, los casos de enfermedades o accidentes ordinarios deben afron- 32
tarse acudiendo al procedimiento estatal correspondiente. En efecto, es este

---

[58] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 22/6, 11. Críticos, *Martín Lorenzo* (2009), 106 ss.; *Lerman*, InDret 1/2017, 8-9; *Palermo*, LH Silva Sánchez, 2019, 351 ss.

[59] *Roxin*, FS Henkel, 1974, 171 ss.

[60] En alemán: «*Zuständigkeit*». Así, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 20/4; *el mismo* (2012), 63-64. Crítica, *Martín Lorenzo* (2009),126 ss.

[61] *Jakobs* (1976), 20 ss.; *el mismo*, AT, 2.ª, 1991, 20/1 ss.

[62] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 20/14 n. 27.

[63] *Pawlik* (2002), 179 ss.

el que determina lo que el agente puede obtener y lo que tiene el deber de soportar en tanto que ciudadano. Así pues, si no tiene reconocida una determinada prestación sanitaria, no puede pretender alcanzarla por vías extrajurídicas bajo el amparo del estado de necesidad disculpante. Con todo, es obvio que los procedimientos estatales no siempre son efectivamente operativos para afrontar una situación de estado de necesidad coactivo. Por ejemplo, no lo es la denuncia del hecho a la policía. Por ejemplo, cuando un grupo terrorista amenaza a un empresario con que, si no paga un determinado rescate, matará a su hijo, al que tiene secuestrado, o destruirá el negocio del amenazado, el recurso a la policía no es especialmente prometedor. En ocasiones, no habrá otra alternativa que pagar el rescate. Así las cosas, la solución a la que conduce esta propuesta —a saber, que quien lo hace responde criminalmente del delito de financiación del grupo terrorista— no es aceptable.

2.3.2. El interés vital del necesitado

33 El criterio funcional de imputar la mayor parte de los conflictos que experimenta un sujeto a su propia esfera de competencia no ha prosperado. De hecho, los desarrollos posteriores de esta concepción teórica —una concepción hegeliana del Derecho— han dado lugar a la adopción de una posición directamente opuesta. En concreto, a entender que los ciudadanos no sólo son portadores abstractos de derechos y esferas de competencia, sino también sujetos existenciales. Como tales, tienen bienes de importancia existencial-biográfica, cuya protección es de su mayor interés. Pues bien, se sostiene que, sobre esta base —la libertad positiva de preservar la propia integridad personal frente a peligros de especial gravedad—, el ordenamiento jurídico deja sin sanción penal la conducta de quien lo hace a costa de la libertad negativa ajena.[64] Expresado de otro modo, el ordenamiento le otorga una «prerrogativa de valoración» al sujeto afectado. Así pues, cuando existe una situación de necesidad disculpante, el sujeto que actúa para salvarse o para salvar a aquellos que tienen una relación estrecha con él, con independencia de la naturaleza del conflicto, queda exento de pena. Por su parte, los derechos de los terceros ciertamente deben ser protegidos, pero sólo en la medida en que exista en relación con ellos una obligación de solidaridad previa.[65] El límite viene dado por la causación de un mal «esencialmente mayor», lo que permite exculpar la conducta de quien produce males solo cuantitativamente mayores. Así, la de quien, para salvar su vida, mata a varias personas; o la de quien, para

---

[64] *Pawlik*, JRE 11 (2003), 301; siguiéndole, *L. Dias*, RDPC 27 (2022), 45 ss. Relativamente próximo, sobre bases filosóficas distintas, *Mañalich*, InDret 1/2013, 20 ss., 22. Es preciso alertar sobre la terminología de Pawlik, distinta de la de Jakobs. En el planteamiento de Pawlik, la «*Zuständigkeit*» (competencia del autor) define la idea clásica de injusto; la «*Zurechnung*» (imputación), la de culpabilidad; en fin, el «*Unrecht*» (injusto) es el injusto completo o injusto culpable (la infracción imputable de la competencia).

[65] *Pawlik*, JRE 11 (2003), 304, 308 ss., como en los casos de infracción de deberes especiales, o de provocación de la situación de necesidad.

evitar daños físicos irreparables o, por otros motivos —especialmente graves para él o para una persona cercana a él— mata a otro.[66] El problema es que tanta «prerrogativa de valoración», esto es, tanta «parcialidad» en el juicio del sujeto activo, que se corresponde con la extensión atribuida por la doctrina dominante alemana a su estado de necesidad disculpante, no resulta fácil de sostener. En concreto, no se entiende cómo explicar a los sujetos afectados —mejor, a los parientes de estos— la razón por la que no se castiga, aunque sea de forma atenuada, a un sujeto necesitado que, además de haber matado a otros, ha producido con ello un mal social mayor.

2.4. Otras doctrinas contemporáneas

2.4.1. La concepción político-deliberativa

En las últimas décadas se han difundido otras doctrinas para tratar de fun- 34
damentar el alcance de las reglas legales que eximen de pena en situaciones como las mencionadas. Estas, a su vez, tienen como denominador común la idea de que tal exención no debe explicarse como una concesión del Estado en atención a la fragilidad humana. Por el contrario, sostienen que existe un «derecho del agente a no ser castigado» por lo que hace,[67] aunque obviamente tal derecho no deba confundirse con un derecho a actuar del modo en que lo hace. Sentado esto, para unos, la razón de la pretensión justa de no ser castigado radica en la legitimidad de la perspectiva parcial que adopta el sujeto.[68] En efecto, allí donde concurren los propios intereses, o los de personas unidas por vínculos familiares o afectivos, no puede esperarse la imparcialidad, sino que se entiende legítima la opción por lo propio. Para otros, lo decisivo es que ha tenido lugar un «diálogo de responsabilidad» y, por tanto, la exención de pena se ha ubicado en una teoría discursiva del castigo y de su exclusión. En suma, en la concepción deliberativa de culpabilidad.[69]

Los conceptos «políticos» de culpabilidad identifican bien la dimensión 35
político-jurídica de estos casos. Esta, en efecto, radica en que en ellos el Estado no puede castigar legítimamente o, viceversa, que el sujeto ostenta una pretensión razonable de no ser castigado por el Estado. Sin embargo, ello no es materialmente distinto de sostener que el castigo es inequitativo,[70] dada la inexigibilidad del comportamiento conforme a Derecho.[71] En esta misma línea,

---

[66] *Pawlik*, JRE 11 (2003), 311 n. 90.

[67] *Martín Lorenzo* (2009), 313, atendiendo a la teoría del discurso.

[68] *Varona Gómez* (1999), con base en las teorías de la justicia de la filosofía moral y política angloamericana; *el mismo*, RDPC 7 (2001), 139 ss. Próximo, *Frister* (1993), 153-154, 157-158 n. 209: lo correcto desde la perspectiva parcial del individuo.

[69] *Kindhäuser* (1999), 185 ss.; *K. Günther* (2005); *Martín Lorenzo* (2009), 289 ss.

[70] La relación de la idea rectora de equidad con la noción de Estado de Derecho en: *Lücke* (1973), 45-46. *el mismo*, JR 1975, 58.

[71] *Martín Lorenzo* (2009), 275 ss.: «motivos jurídicamente comprensibles»; 303: «cualquier otro en la posición del autor hubiera actuado de la misma forma».

la tradición angloamericana sostiene que lo relevante es que el sujeto, dadas las circunstancias, no tuvo una oportunidad equitativa de formarse una voluntad conforme a Derecho. Por su parte, la difundida idea de la equidad remite al baremo de la persona razonable.[72] De este modo, si una persona razonable en la situación del agente habría obrado igual que este, entonces se concluye que no es equitativo sancionarle a él.[73] Pues bien, el estándar objetivo-normativo de la persona razonable —media, buena— permite ciertamente fundamentar en términos contractualistas las decisiones adoptadas por otras vías. Sin embargo, no proporciona criterios para la determinación concreta de a qué casos alcanza.

2.4.2. Las teorías contractualistas

2.4.2.1. Planteamiento

36 En línea con lo anterior, otros planteamientos recientes han recuperado la noción iusracionalista del contrato de protección entre Estado y ciudadano. Sobre esta base sostienen que aquel no puede dejar a este ante el dilema de soportar el mal que le amenaza o soportar la pena.[74] Por lo tanto, si el Estado debía evitar el mal existencial que amenaza al sujeto y no lo ha hecho, entonces el propio agente tiene derecho a no ser castigado por tratar de evitarlo él mismo.[75] Viceversa, el Estado pierde su pretensión de que el Derecho sea obedecido, de modo que queda suspendida la norma de conducta.[76] Lo cierto es, sin embargo, que no cabe sostener que en estos casos el sujeto no infrinja la norma de conducta, que define los términos en que se ha constituido la relación jurídica. Una cuestión distinta es que el Estado retire el refuerzo penal de dicha norma, que tiene lugar mediante la norma de sanción. En este punto radica precisamente la diferencia entre el derecho a hacer lo que se hace y el derecho a no ser castigado por lo que se hace, aun estando obligado a no hacerlo. Expresado de otro modo, puede sostenerse que el castigo en estos casos no sólo sería dispensable, sino incluso ilegítimo.

2.4.2.2. Materiales para la crítica

37 La reconstrucción del estado de necesidad disculpante en términos de filosofía política es compleja. Ciertamente, cabe partir de que el Estado ostenta una posición de garante de protección. Asimismo, de que, en virtud de ella, el Estado tiene el deber de neutralizar, en la medida de lo posible y de lo exigible, los riesgos que amenazan a quienes viven en su territorio. A continuación,

---

[72] En inglés: «*fair opportunity*»: *Renzikowski*, JRE 11 (2003), 276 ss.

[73] *Garvey*, Quinnipiac L. R. 22 (2003), 99.

[74] *Leite* (2019), 193 ss., 212 ss.

[75] *Renzikowski*, JRE 11 (2003), 282; próximo, *Coca Vila*, RDPyPP 6 (2018), 1140 ss., en la medida en que la dimensión horizontal del injusto se halla intacta, pero su dimensión vertical se ve mermada por la incapacidad del Estado de garantizar derechos fundamentales al necesitado.

[76] *Renzikowski*, JRE 11 (2003), 277, 284.

puede apreciarse que el hecho de que un sujeto obre en estado de necesidad exculpante pone de manifiesto, de algún modo, una doble ausencia del Estado. Por un lado, no ha neutralizado el peligro que amenazaba. Por otro, tampoco ha logrado impedir que el afectado, para afrontar aquel peligro, se ingiera antijurídicamente en la esfera de un tercero. Ahora bien, la situación de necesidad disculpante puede haberse suscitado al menos en tres contextos distintos. Estos son aquellos en los que: (i) el peligro no ha sido neutralizado por el Estado, pese a que le era posible y exigible hacerlo; (ii) el peligro no ha sido neutralizado por el Estado, porque le era imposible o inexigible hacerlo; (iii) el peligro ha sido afrontado institucionalmente por el Estado en el marco de un procedimiento.

Existen casos en los que la exención de pena del sujeto afectado sí admite **38** una fundamentación política —los comprendidos en (i)—. Sin embargo, en otros no es posible tal fundamentación. Así, en los comprendidos en (ii), es decir, los supuestos de catástrofes, en los que se generan la mayoría de los casos problemáticos. Otro tanto sucede en los casos comprendidos en (iii), en los que el Estado ofrece una salida, aunque sea genérica, a la clase de conflictos de la que se trate. Así pues, aquellas doctrinas, que pueden dar razones para el castigo o la exención desde una perspectiva comunitaria-estatal, siguen sin afrontar el problema en los términos del conflicto interpersonal existente. En efecto, en caso de optar por la sanción hay que explicarle ciertamente al agente por qué se le castiga. En otros términos, por qué se le obliga a optar entre soportar el mal que le amenaza o soportar la imposición de una pena. Ahora bien, si se opta por eximir, es preciso explicarle al sujeto afectado por la conducta del necesitado por qué el Estado ha retirado la norma de sanción en su misión de refuerzo de la norma de conducta. Ciertamente, el afectado no tiene que soportar la acción del necesitado, de modo que puede reaccionar defensivamente contra ella. Además, si hay una autoridad presente, esta tiene que impedir el hecho del sujeto necesitado. Sin embargo, estas posibilidades jurídicas sólo son efectivas en el caso de la víctima fuerte —o que dispone de un garante defensor que la ayude—, o que se encuentra en presencia policial. Así pues, el problema lo tiene realmente el afectado débil y carente de protección ajena. Este pasa a verse privado de la única protección empírica que le quedaba —la amenaza de pena dirigida al autor como refuerzo instrumental de la norma de conducta—. Por tanto, se le debe explicar por qué se le retira.[77]

3. LA CUESTIÓN SISTEMÁTICA A LA LUZ DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO

3.1. Planteamiento

La sistemática neokantiana del delito ubicó los supuestos de inexigibilidad **39** en la exclusión —supralegal— de la culpabilidad. Por lo tanto, su conclusión

[77] *Martín Lorenzo* (2009), 180, 188.

fue que al sujeto no le es reprochable la conducta antijurídica que realiza. Expresado de otro modo, concluyó que en estos casos el sujeto no obra de forma contra a la norma de deber —antinormativamente—. Esta conclusión ha sido compartida desde perspectivas sistemáticas distintas. Así, diversas concepciones normativistas de culpabilidad —la funcional, la de la motivación anormal y la deliberativa— coinciden en que las situaciones de necesidad no justificantes excluyen la culpabilidad.[78] En cambio, otras construcciones —anteriores y posteriores— han considerado que debe excluirse el carácter prohibido del hecho.[79] En esta línea concreta se han movido las doctrinas clásicas y modernas que sostienen que estos casos se integran en un «espacio libre de Derecho», o que son casos de no prohibición. En realidad, algunas de ellas han procedido incluso a identificar la no prohibición con la concurrencia de una causa de justificación, puesto que en estos casos el Estado no castiga porque no pueda, sino «porque no quiere».[80] Estas posiciones ya han sido descartadas en capítulos anteriores. Por lo demás, muy centradas en los casos de colisiones de vida contra vida, no han entrado a abordar el supuesto concreto en el que se salvaguarda un bien menor a costa de otro mayor.[81] En fin, una alternativa más matizada es la que integra unos supuestos en las causas de justificación y otros en el ámbito de la denominada exclusión del injusto penal (*cfr. supra* capítulo 18/18,137,146).[82]

3.2. La exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales (o exculpación)

40 Otras construcciones sostienen que en estos supuestos el sujeto obra de modo culpable, de modo que lo que sucede es que se excluye su responsabilidad, por falta de necesidad preventiva de pena,[83] o que queda exento de pena —sin más—. Este es el punto de vista más próximo al que se sostiene aquí. En efecto, en estas situaciones el sujeto actúa con culpabilidad, aunque esta se encuentre disminuida. Por lo tanto, el fundamento de la exención se halla en razones orientadas a la gravedad de la consecuencia jurídica «pena». Sentado esto, la concreta ubicación del problema en una categoría de excul-

---

[78] En el planteamiento de algunos autores, lo excluido es la denominada «atribuibilidad», por ausencia de su primer elemento —la responsabilidad por el hecho—, que da cuenta de un nivel medio de exigencia. En cambio, en su segundo elemento —la culpabilidad— ya entra en la individualización. Al respecto, *Maurach*, Tratado de Derecho penal, II, 1962, 33 ss., seguido en España por Bacigalupo, Laurenzo Copello y Pérez del Valle, entre otros.

[79] *Binding* (1885), 765 ss.; *von Ferneck* (1905), 145; *Oetker* (1908), 333 ss.; *el mismo*, FG Frank, I, 1930, 368 ss.; *Koriath*, JRE 11 (2003), 333 ss., 335.

[80] *Gimbernat Ordeig* (1990), 230; *Cuerda Riezu* (1984); *el mismo*, LH 1994, 51 ss. Son relativamente próximas las construcciones que distinguen una «justificación objetiva» y una «justificación personal»: *Molina Fernández* (2006), 265 ss.; *el mismo* (2011), 485 ss.; *Sánchez Dafauce* (2016), 297 ss.

[81] Crítico, *Küper*, JZ 1983, 91 n. 40.

[82] *H.-L. Günther* (1983); *el mismo* (1995), 45 ss.

[83] *Roxin*, FS Henkel, 1974, 171 ss.

pación penal —o de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales— se justifica porque aquellas razones tienen que ver con la dificultad relevante de cumplir con la norma de conducta —análogas a las de los casos de dificultad ya vistos en los ámbitos de la imputabilidad y del conocimiento de la antijuridicidad—.

Sobre la concreción de las razones para la exculpación se puede y se debe 41
seguir discutiendo. Por un lado, se hallan en la realización por parte del Estado de un juicio de equidad —según los casos, con más o menos elementos de indulgencia— dada la comprensible situación del agente y su decisión «no imparcial». Por otro lado, cabe hablar de una cierta compensación del Estado en la medida en que situación dilemática en la que se halla el sujeto se deba a la desprotección del Estado. Sin embargo, como se ha indicado, esta última razón no puede esgrimirse siempre. En fin, en algunos casos, a todo lo anterior se añaden razones de mal menor, combinadas o no con las anteriores. Todas estas vías permiten sostener, además, que no se exima a quien ha infringido deberes especiales de sacrificio o ha provocado la situación de necesidad.

4. LOS PROBLEMAS DEL MODELO ALEMÁN DEL ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE

El modelo alemán del estado de necesidad disculpante tiene cuatro caracte- 42
rísticas esenciales. En primer lugar, el requerimiento de que se produzca una situación de peligro para bienes jurídicos intrínsecos. En segundo lugar, que concurra una vinculación personal entre quien padece el riesgo y quien actúa; en efecto, a tal vinculación se le asocia una presunción *iuris et de iure* de presión motivacional. En tercer lugar, la posibilidad de desbordar los límites del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, cabe matar a varias personas para salvar la propia vida;[84] más aún, un pianista puede matar a una persona para salvar su dedo meñique, imprescindible para su proyecto de vida como concertista.[85] Aparentemente, en este último caso el modelo alemán se habría hecho eco de la máxima del filósofo empirista David Hume (1711-1766) de que «no es contrario a la razón preferir la destrucción del mundo entero a un rasguño en mi dedo». En fin, en cuarto lugar, la exención decae cuando existen vías jurídicas para evitar la situación de peligro. Así, en tal modelo tiene gran relevancia el hecho de que se trate de casos poco frecuentes, pues la doctrina subraya que los riesgos habituales, como es el caso de las enfermedades, deben ser soportados por las personas a las que aquejan. Por otro lado, tampoco cabe la exención de pena cuando concurren deberes especiales en el sujeto, de naturaleza institucional —de sacrificio— o bien organizativa, fuerte o débil. Por esta última razón, no queda exento de pena el sujeto que ha provocado la situación de peligro.

---

[84] *Bernsmann* (1989), 407 ss.; *Roxin*, AT, II, 2003, 22/54; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 20/8.

[85] *Timpe*, JuS 1984, 864-865.

43 El modelo alemán del estado de necesidad disculpante plantea, por un lado, un problema de exceso. A saber, que no establece límite alguno al mal mayor que puede producir el sujeto afectado por un riesgo para bienes jurídicos intrínsecos —vida, integridad física, salud, libertad—. Esta circunstancia le genera un problema de fundamentación jurídica, que no logra salvar ninguna posición doctrinal. Además, por otro lado, muestra problemas esenciales de defecto. Así, en primer lugar, se ciñe a los supuestos en que el sujeto actúa frente a males físicos —para la vida, la integridad física, la salud o la libertad—. Por tanto, no contempla conflictos espirituales, ideológicos o culturales. Ello conduce a un sector de la doctrina a la conclusión de que, en los casos en que el motivo para la acción es «espiritual», no cabe exculpación. En segundo lugar, deja fuera los casos en los que el sujeto no obra de modo parcial o egoísta —por afectarle el peligro a él mismo o a una persona próxima—, sino en virtud de un móvil altruista o imparcial, relativo a otros terceros. Ahora bien, se dan casos en los que la decisión altruista o imparcial del sujeto puede responder a razones comprensibles. *A fortiori*, existen supuestos en los que el sujeto imparcial que obra por razones comprensibles además produce un mal menor, de modo que existen razones cualificadas para la exención de pena.[86] Los defectos mencionados determinan que el modelo alemán conduzca a eximir demasiado en algunos casos, en los que quizá sería suficiente una atenuación cualificada de pena. En cambio, carece de un marco legal explícito para la exención de pena en otros casos en los que esto último parece razonable. Es cierto que, a propósito de estos últimos supuestos, la doctrina alemana ha buscado soluciones al margen de la figura legal del estado de necesidad disculpante. En primer lugar, mediante el recurso al «estado de necesidad supralegal disculpante». Sin embargo, esta figura —construida sobre la base de una analogía *in bonam partem*— es objeto de intensa discusión.[87] En segundo lugar, a través de la figura de la «colisión de deberes». Sin embargo, esta tampoco alcanza a todos los casos que se han mencionado.

44 Frente al modelo legal alemán del estado de necesidad disculpante existen dos modelos alternativos. Así, como se ha anticipado, el modelo legal español integra aquí las figuras de un estado de necesidad no justificante y del miedo insuperable. En virtud del primero, queda exento de pena el que causa un mal menor en beneficio de cualesquiera personas.[88] En virtud del segundo, la causación de un mal superior en beneficio de cualesquiera personas puede conducir a la exención de pena si la situación se puede subsumir en el miedo insuperable. En fin, un modelo alternativo tanto al alemán como al español viene representado por un grupo de legislaciones que admite exactamente la exención de pena en virtud de la causación de un mal relativamente mayor en beneficio de cualesquiera personas. Esto sucede en el marco de un estado

[86] *Hörnle*, FS Herzberg, 2008, 555, 572; *Silva Sánchez*, LH Bustos Ramírez, 2011, 215 ss.

[87] Críticos, *Momsen* (2006), 461 ss.; *Jakobs* (2012), 64-65.

[88] Sobre esta contraposición: *Silva Sánchez*, LH Bustos Ramírez, 2011, 215 ss.

de necesidad disculpante que se centra en la idea de que el sujeto activo no tenga el «deber de soportar» bajo pena un mal que afecta a alguien, sea él mismo, otra persona próxima o un tercero cualquiera.[89]

IV. EL MODELO MIXTO HISPÁNICO: ESTADO DE NECESIDAD «NO JUSTIFICANTE» Y MIEDO INSUPERABLE

1. LA EXISTENCIA DE DOS INSTITUCIONES DOGMÁTICAS SIN EFECTO JUSTIFICANTE

El modelo hispánico de situaciones de necesidad eximentes sin efecto justificante se integra por dos figuras legales. Por un lado, cabe derivar un estado de necesidad «no justificante» —como también puede derivarse el «justificante»— de la lectura del tenor literal de la eximente del art. 20.5.° CP español. Por otro, también cabe ubicar un estado de necesidad «no justificante» en la eximente de miedo insuperable, prevista en el art. 20.6.° CP español. La primera consideración parte de que, como se ha indicado, la eximente del art. 20.5.° CP contiene, en el marco de un único tenor literal, dos instituciones dogmáticas distintas.[90] En efecto, si se lee en términos de «bien común» —o deontológicos, con más o menos matices— contiene una causa de justificación. En cambio, leída en términos de «mal menor» —utilitarista, con los matices correspondientes— constituye una causa que exime de pena. Como se indicó en su momento, la eximente del art. 20.5.° CP español excluye la pena de quien, en el marco de una situación de necesidad, «no causa un mal mayor que el que trata de evitar». Sin embargo, esto no significa que, en su lectura como causa de exención de pena, proceda una reconstrucción del texto legal en los términos del utilitarismo del acto. De ser así, tendría lugar una exención generalizada de pena de quienes extraen un órgano de un sujeto sano, sin quitarle la vida, para salvar la vida de otra persona. Pues bien, para evitar esta consecuencia aberrante, debe acogerse un utilitarismo limitado por consideraciones deontológicas, una perspectiva consecuencialista ajena al utilitarismo del acto —así, por ejemplo, el utilitarismo de la regla— o, en fin, una concepción del mal menor complementaria de la doctrina justificante del bien común. 45

---

[89] Así, el art. 10.11.° CP chileno; el art. 35.1 CP portugués: «*Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente*»; o el art. 32.7 CP colombiano: «Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar». Asimismo, el § 10 del Código penal austríaco: si el daño que previsiblemente va a causar «no es desproporcionadamente más grave que el daño que se pretende evitar y no cabría esperar otro comportamiento de una persona en la situación del autor del delito que esté vinculada a los valores legalmente protegidos». Al respecto, *Mañalich*, LH Cury, 2013, 734 ss.

[90] Ya, *Silva Sánchez* (1999), 155 ss., aunque con una fundamentación parcialmente distinta.

46 Por su parte, el art. 20.6.° CP comprende la eximente de miedo insuperable, que tiene una estructura distinta de la propia del estado de necesidad, caracterizada por la presencia del elemento del «miedo» y, según una amplia doctrina, por la posibilidad de causar un mal mayor que el que se evita.[91] En cuanto a su fundamento, la doctrina ampliamente dominante lo sitúa en la inexigibilidad individual.[92] Por su parte, otro punto de vista lo reconstruye desde la perspectiva de una teoría de la justicia que, en este ámbito, no examinaría el hecho desde la perspectiva de la tercera persona, sino desde la propia de la primera persona.[93] Así pues, la exención respondería al reconocimiento de la perspectiva parcial del agente, admitiendo la preferencia legítima de este por los propios bienes. Sea como fuere, parece claro que, para evitar soluciones materialmente irrazonables, también aquí es preciso reducir el alcance literal de la eximente. En efecto, existe acuerdo en que lo decisivo no es el proceso motivacional del sujeto, sino una decisión jurídico-política regida por la equidad, por la ausencia de necesidad de castigo o por la indulgencia. Sin embargo, es importante subrayar que la reducción teleológica de la eximente de miedo insuperable no tiene por qué partir de los límites establecidos en la legislación alemana del estado de necesidad disculpante. En efecto, de la literalidad del texto alemán no es posible extraer un *telos* supralegal, sobre cuya base practicar la reducción teleológica de una eximente que es más amplia en términos literales.

2. EL MIEDO INSUPERABLE

2.1. Planteamiento

47 Las eximentes de miedo insuperable, existentes en diversos países,[94] traen causa de la consideración de esa emoción, normalmente calificada como asténica.[95] En efecto, a diferencia de lo sostenido en la tradición clásica, en la codificación el miedo pasa a entenderse como factor determinante de la exención de pena y no solo de su atenuación. Ahora bien, ello no ha impedido una larga polémica acerca de cuál es su fundamento —psicológico o normativo— y su ubicación sistemática —la inimputabilidad, la exculpación e incluso la justificación—. En este punto es preciso tener en cuenta que la eximente de miedo insuperable, que en la legislación vigente en España carece de limitación textual adicional, tenía tradicionalmente —y aún la conserva en otros países— la exigencia de que el miedo lo fuera de «un mal igual o mayor».

---

[91] *Cuerda Arnau* (1997), 221-222.

[92] STS 8065/2011, de 15 de noviembre; *Luzón Peña*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 369 ss.

[93] *Varona Gómez* (1999); *el mismo*, RDPC 7 (2001), 139 ss.; *el mismo*, REJ 12 (2010), 59 ss.

[94] En Colombia, donde existe la figura del estado de necesidad disculpante, también se contemplan dos modalidades de miedo insuperable. Así, en el art. 32.8 CP: «Se obre bajo insuperable coacción ajena»; y en el art. 32.9 CP: «Se obre impulsado por miedo insuperable».

[95] La astenia se relaciona con la debilidad o falta de fuerzas.

2.2. La situación de miedo insuperable

2.2.1. El miedo

Según una jurisprudencia bastante consolidada, los elementos objetivo-fác- 48
ticos que subyacen a la apreciación de la eximente de miedo insuperable son los siguientes. Por un lado, (i) que el sujeto que realiza la conducta típica ha de hallarse en una situación de miedo derivada de una amenaza de un mal; y por otro, (ii) que la amenaza ha de ser real, seria e inminente. A su vez, el requisito objetivo-valorativo consiste (iii) en que el miedo ha de ser insuperable de otro modo.[96] En efecto, a diferencia del estado de necesidad disculpante de cuño alemán, la eximente de miedo insuperable se construye sobre una base motivacional real y no presuntiva. Es decir, el sujeto activo ha de tener miedo. Sin embargo, ello no quiere decir que la exención de responsabilidad se fundamente necesariamente en el padecimiento por parte del agente de las emociones de la angustia o del terror.[97] Entonces se hace preciso determinar qué es exactamente el miedo. Pues bien, aquí se acoge la tesis de que el miedo es, de entrada, un estado cognitivo —el llamado miedo proposicional—, que a su vez puede ir acompañado o no por un estado afectivo —emocional—.[98] Así, en un primer plano, el miedo es la representación emocionalmente neutra de un mal futuro.[99] En cambio, en el segundo plano, a esa representación se le añade una alteración emocional que comúnmente se califica de asténica. Así las cosas, también es común afirmar que la apreciación de esta última es incompatible con la constatación en el sujeto de una situación emocional de ira —que, a su vez, se califica de «esténica» o agresiva—.[100]

Aquí no se asume esta concepción limitadora del alcance de la eximente.[101] 49
Desde luego, esta requiere un estado cognitivo de miedo. Sin embargo, en lo que hace al plano emocional, cabe en primer lugar que la emoción del miedo concurra junto con otras, como singularmente la ira.[102] En estos casos, en los que se da un estado emocional complejo, nada obsta a apreciar la eximente, con independencia de si el motivo que más ha incidido en la acción es uno u otro. En segundo lugar, en aquellos supuestos en los junto al estado de miedo cognitivo concurre la ira, como emoción absolutamente dominante o incluso exclusiva, también puede aplicarse la eximente. En este punto, lo decisivo es si ese estado cognitivo-emocional se considera insuperable o no. Sin embargo,

---

[96] SSTS 2/2011, de 17 de mayo; 152/2011, de 4 de marzo. En ocasiones se añade que el miedo tiene que ser «el único móvil de la acción».

[97] STS 8065/2011, de 15 de noviembre

[98] *Davis*, Philosophical Studies 51 (1987), 287 ss. El Diccionario de la RAE ofrece dos acepciones de la voz «miedo»: «1. Perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. 2. Recelo o aprensión que alguien tiene de que le suceda algo contrario a lo que desea».

[99] Ya *Aristóteles*, Ética, 1115a.

[100] *Luzón Peña*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 369 ss.

[101] *L. Dias*, InDret 2/2023, 410 ss.

[102] O la compasión: *Duff*, Inquiry 58 (2015), 189 ss., 210 ss.

esto último tiene que ver con si se considera exigible al sujeto que lo supere o no, algo que no solo se relaciona con la intensidad de la emoción (su dimensión mecanicista), sino además con la valoración de su contenido (su dimensión evaluativa).[103] A su vez, no puede darse por descontado que todos los miedos padecidos por un sujeto vayan a recibir una valoración positiva, ni por su intensidad, ni por el fenómeno que los causa.

2.2.2. La «insuperabilidad»

50 El estado cognitivo de «miedo» se le adscribe a una persona concreta según una regla que tiene en cuenta no sólo el baremo del sujeto estándar, sino también la singularidad de aquella. Así, el miedo cognitivo se adscribe en general, en virtud de la existencia de un riesgo relevante para los bienes de una persona con la que el sujeto que obra tiene un vínculo especial. Sin embargo, no cabe descartar tal adscripción cuando, pese a la inexistencia de un vínculo específico, existen otros indicadores que permitan atribuir al sujeto esa aprehensión de que suceda algo contrario a lo que desea. En todo caso, la base para una aplicación razonable de la eximente de miedo insuperable tiene su asidero legal en una interpretación teleológica del requisito valorativo «insuperable».[104] De entrada, debe reputarse insuperable aquello que resulta imposible de superar para la persona concreta, en virtud de la máxima, tantas veces repetida, *ad impossibilia nemo tenetur*. En este punto, la exigencia de que el riesgo sea de cierta entidad conduce a la jurisprudencia española a excluir un miedo jurídicamente relevante cuando su padecimiento se atribuye a un carácter especialmente medroso del sujeto. Sin embargo, lo cierto es que, si al sujeto le resulta absolutamente imposible vencer ese carácter, de modo que no le es atribuible a su responsabilidad, su miedo no puede calificarse como «superable». Además, por otro lado, no todo miedo que es posible superar debe calificarse automáticamente de superable; además, es preciso que sea exigible superarlo. Como señala la jurisprudencia, insuperable significa «que no sea controlable o dominable por el común de las personas». Así, la reconstrucción del término en el sentido de algo «que el agente no tiene el deber de superar» permite introducir en los textos legales correspondientes al modelo hispánico los elementos que pueden determinar la concurrencia de un deber de superación.[105]

51 Ahora bien, si al sujeto le es posible realizar la conducta conforme a Derecho, en el juicio de exigibilidad deben tenerse en cuenta tanto las circunstancias particulares de descargo como aquellas otras que pueden fundamentar la permanencia y extensión del deber. Esto significa que no solo es relevante

---

[103] *Kahan/Nussbaum*, Columbia L. R. 96 (1996), 269 ss.; *Duff*, Inquiry 58 (2015), 198 ss.; *Manrique*, Eunomia 14 (2018), 83-84; *L. Dias*, InDret 2/2023, 397 ss.

[104] *Luzón Peña*, LH Quintero Olivares, 2018, 363 ss.

[105] STS 240/2016, de 29 de marzo; *Cuerda Arnau* (1997), 100 ss.

la intensidad de la emoción, sino también la valoración que merecen tanto el factor que la desencadena como la emoción en sí. Así, en concreto, la preferencia por uno mismo y por la propia familia da cuenta de una parcialidad que tiene un sólido fundamento antropológico —el vínculo natural—. En cambio, la parcialidad a favor de un ídolo musical o deportivo, o de un líder político, requiere una fundamentación específica que permita acogerla. Por lo demás, es preciso someter a un juicio normativo-evaluativo la dimensión emocional que acompañe al miedo cognitivo, ya sea esta un miedo emocional, un complejo de emociones o incluso una emoción exclusiva de ira o de compasión. Así, la jurisprudencia considera que la apreciación de la eximente requiere que «no se valore la reacción de manera negativa, sino que suscite comprensión por adecuada a lo que se estima normal en una persona». Esta última consideración constituye el núcleo último de la noción de lo insuperable.

En el juicio de exigibilidad es preciso considerar de modo adicional los 52
argumentos relativos a la provocación de la situación y a los deberes especiales concurrentes. Así pues, la concurrencia de deberes de garante libremente asumidos —en el ejército, la policía, los bomberos, los integrantes de la protección civil— conlleva niveles propios de exigibilidad, cualificados con respecto a los sujetos no obligados.[106] Otro tanto sucede con los casos en los que el sujeto ha realizado una conducta previa de provocación de la situación de peligro y de conflicto.[107] Así, por ejemplo, puede apreciarse una provocación al menos imprudente de una situación de miedo insuperable en quien se alistó como mercenario en el ejército de los serbios de Bosnia, en la medida en que supiera que su unidad no respetaba el Derecho internacional humanitario. En efecto, el «caso Erdemović»[108] puede leerse, entre otras, desde esta perspectiva. En relación con esto último es preciso aplicar *mutatis mutandis* las reglas expuestas a propósito de las doctrinas de la *actio illicita in causa* y de la *actio libera in causa* (*cfr. supra* capítulo 20/91; 24/59).

2.3. El mal que amenaza

2.3.1. Planteamiento

La eximente permanece abierta en cuanto a la concreta configuración empí- 53
rica de la situación generadora de miedo para el agente. Así pues, por un lado,

---

[106] *Varona Gómez* (1999), 252 ss.; *Tuñón Corti*, RDPyPP 6/2019, 1178 ss. En contra, *Sáinz Cantero* (1965), 154: a su juicio, un bombero que, por miedo a perder su vida, arrebata la escala a una de las personas a punto de ser rescatadas, se beneficiaría de la eximente de miedo insuperable. Próxima a este, *Cuerda Arnau* (1997).

[107] *Martín Lorenzo* (2006), 309 ss.

[108] Erdemović era un mercenario croata que se había alistado en el ejército de los serbios de Bosnia (de la República Srpska). Llegada una situación en la que se le ordenó fusilar a civiles bosnios, y habiéndose negado a ello, sus jefes le amenazaron con matarle si no lo hacía. Ello le condujo finalmente a aceptar formar parte del pelotón de fusilamiento. El caso es comentado por *Ragués i Vallés*, RDPC 7 (2001), 95 ss.; *Cornacchia* (2011), 591 ss.

no hay por qué circunscribir su alcance a determinados peligros para ciertos bienes jurídicos de personas determinadas —próximas—. Además, por otro lado, el mal al que se pretende reaccionar puede derivarse de la representación del padecimiento de un peligro (i) de origen natural; (ii) humano —una agresión o no—; o (iii) sobrenatural.

2.3.2. Las reacciones defensivas excesivas

54 El mal puede aparecer como un peligro de origen humano. A este respecto, el más evidente es el caso de la agresión de un tercero, que admite diversas variantes reactivas, con el denominador común de que no se puedan calificar como «legítima defensa». En particular, conviene distinguir: (i) el supuesto del «exceso en la defensa»; y (ii) aquel en el que se cede a las demandas del agresor, actuando contra un tercero en los términos del «estado de necesidad coactivo». Ciertamente, el hecho de que el exceso, cuando tiene lugar por desorientación, miedo o pánico, se haya contemplado explícitamente en algunos ordenamientos, siguiendo el modelo del § 33 del Código penal alemán, ha conferido cierta autonomía de tratamiento a esta figura. Sin embargo, en el marco de la legislación española no se distinguen los presupuestos legales de los casos de exceso en la legítima defensa y de estado de necesidad coactivo. En efecto, lo común a ambos supuestos es que el conflicto en que se ve envuelto el sujeto afectado le es imputable al tercero agresor, que instrumentaliza al agredido. Así pues, cabe advertir que en estos casos la virtualidad eximente o atenuante del miedo tiene que ver con una competencia del agresor por el estado de miedo o, en otras palabras, con la posibilidad de explicar el miedo más allá de la incumbencia del sujeto afectado por él. Sin embargo, es más fácil fundamentar la exención cuando se reacciona de modo excesivo contra el agresor, pues la reacción sigue siendo defensiva, que cuando se obra contra un tercero, dado que esta última es una injerencia agresiva.

55 Quien reacciona contra un agresor incurriendo en un exceso intensivo, no amparado por la legítima defensa, puede quedar exento de pena con base en la eximente de miedo insuperable.[109] En tal caso sucede que: (i) el agente protege sus bienes jurídicos; (ii) se excede de modo intensivo; y (iii) y la causa de su exceso es un estado cognitivo de miedo provocado por el agresor. Por tanto, la disminución de su culpabilidad le es imputable a este último en virtud de su conducta de provocación. Por su parte, un exceso extensivo en la defensa, pese a la responsabilidad que en él puede tener la «víctima» —el agresor cuya agresión ya finalizó—, desde luego tampoco da lugar a una justificación de la conducta de quien incurre en aquel. Además, por regla general, no existe siquiera base legal suficiente para una causa de inaplicación de la norma de

[109] Para estos casos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha creado una especie de «eximente mixta» supralegal, en la que el miedo insuperable cubre el exceso intensivo, redundando todo en la aplicación de la legítima defensa como eximente completa. Así, STS 332/2000, de 24 febrero. Próximo a esta posición, *Vera*, Ius et Praxis 25 (2019), 261 ss.

sanción, con la correspondiente exención de pena. Ciertamente, en algunos delitos de menor gravedad, la «retorsión» da lugar a la exención de responsabilidad —*retaliatio*—;[110] por ejemplo, en las injurias. Sin embargo, más allá de esto, el exceso extensivo no da lugar a la exención de pena, aunque se deba al miedo provocado por la agresión.

Con todo, sí es posible que dé lugar a una atenuación cualificada, en la 56
medida en que el agresor inicial es un provocador.[111] Ello sucede en el ámbito angloamericano, donde no es inusual la existencia de defensas parciales —exenciones incompletas de pena— e incluso, excepcionalmente, plenas, con base en las nociones de «provocación» del tercero o de «pérdida de control» del provocado.[112] Igualmente, en nuestro ámbito cultural algunas legislaciones contienen expresamente una atenuante de provocación, que puede apreciarse de modo cualificado. Este no es el caso de España, donde tales situaciones solo podrían ser abarcadas por la atenuante de padecimiento de arrebato u obcecación u otro estado pasional (art. 21.5.ª CP español) o de la atenuante analógica con esta (art. 21.7.ª CP), que pueden apreciarse como muy cualificadas.

2.3.3. El sometimiento a la voluntad del agresor

Una agresión ilegítima de signo intimidatorio puede generar el miedo a que 57
se haga realidad la amenaza condicional formulada. A su vez, cabe que esto genere una situación —un estado de necesidad coactivo— que conduzca a la persona agredida a actuar contra un tercero, cumpliendo precisamente los dictados del agresor. Así, por ejemplo, cuando una banda terrorista amenaza con matar al rehén para lograr que sus familiares efectúen el pago del rescate —colaboración con banda armada— o realicen cualquier otra prestación ilícita. O, por poner otro ejemplo, cuando una organización criminal amenaza con matar a los familiares de alguien para conseguir su participación en conductas de tráfico de drogas.[113] En todos estos casos, si no se dan los requisitos del estado de necesidad justificante, es posible apreciar la eximente de miedo insuperable, siempre y cuando concurran los requisitos de la insuperabilidad.

2.3.4. La representación sin base real y la situación amenazante desconocida

La jurisprudencia española rechaza que el mal que se trata de evitar pueda 58
ser irreal.[114] Sin embargo, con ello introduce un requisito —el de realidad del mal— que restringe la eximente sin base literal, ni histórica, ni sistemática, ni

---

[110] El Diccionario de la RAE define la retorsión como la «acción de devolver o inferir a alguien el mismo daño o agravio que de él se ha recibido».

[111] *Aristóteles*, Ética, 1149a: «la ira, debido al acaloramiento y precipitación de la naturaleza, oye, desde luego, pero no atiende a la orden, y se precipita a la venganza».

[112] Crítico, *Duff*, Inquiry 58 (2015), 205 ss.

[113] SSTS 340/2005, de 8 de febrero; 180/2006, de 16 de febrero.

[114] También, *Guerra Espinosa*, PolítCrim 14 (2019), 54 ss.

teleológica. En efecto, en algunos casos cabe sostener que el miedo del sujeto activo derivado de un mal inexistente[115] es «insuperable», de modo que la reacción del agente sea comprensible y dé lugar a la exención. Desde luego, si el sujeto sufre miedo como consecuencia de un error burdo, atribuible a su carácter timorato o medroso, entonces no debe quedar exento de responsabilidad. Así se ha afirmado a lo largo de toda la tradición del «miedo», desde la antigüedad clásica. Sin embargo, es posible que su representación sea razonable —es decir, que se trate de una suposición errónea intersubjetivamente compartible—. En tal caso el miedo que derive de ella puede reputarse insuperable, de modo que la exención debe ser plena. Precisados los dos extremos, la cuestión se plantea en los casos de las representaciones erróneas solo personalmente invencibles, o bien vencibles. A propósito de este caso, divergen las posiciones entre aquellas que proponen la solución de la imputación a título de imprudencia y las que proponen la solución de la eximente incompleta.[116] En los casos de producción imprudente de la propia situación de miedo, se da una estructura próxima a la de *actio libera in causa* imprudente. Así, en ellos debe trasladarse aquí *mutatis mutandis* la misma solución ofrecida entonces. Ello implica que, en general, la solución pasa por un favorecimiento imprudente del delito (*cfr. supra* capítulo 24/70).[117]

59 La amenaza de un mal desconocido por el agente no exime. En efecto, una situación de riesgo real no advertida por el agente no puede dar lugar a la aplicación de la eximente, en la medida en que falta el requisito de la representación de un mal —miedo proposicional—, que es decisivo. Ciertamente, en este punto la cuestión es si cabe aplicar la eximente legal de estado de necesidad —interpretada en términos utilitaristas— a quien produce, sin representárselo, un saldo favorable en términos de utilidad (art. 20.5.° CP español). Pues bien, si la eximente fuera exclusivamente utilitarista *ex post*, ello podría admitirse. Sin embargo, entre otros requisitos, la exención requiere que la actuación del autor esté presidida asimismo por una motivación utilitaria *ex ante*. Por tanto, en los casos en los que se produce el saldo utilitario por causalidad no es posible eximir porque tampoco es algo que se pueda incentivar.

2.4. La necesidad de la conducta

2.4.1. La subsidiariedad externa

60 La conducta realizada bajo miedo insuperable debe ser necesaria para hacer frente al mal, de modo que es preciso que cumpla con el principio de subsidia-

---

[115] *Cuerda Arnau* (1997), 123 ss., 212 ss.; ya, *Radbruch*, FG Frank, 1930, I, 166. El miedo, según el Diccionario de la RAE, puede tener una base real o imaginaria.

[116] *Alonso Álamo*, LH Rodríguez Devesa, I, 1989, 59 ss.; *Martín Lorenzo*, LH Gimbernat Ordeig, 2008, 1212 ss., 1222 ss. Para Chile, *Mañalich*, LH Cury, 2013, 742.

[117] Con todo, cabe que, en el marco de la legislación española, en algún caso deba recurrirse a la solución de la atenuante analógica con la eximente incompleta.

riedad externa. Esto requiere que no exista ningún mecanismo lícito para hacer frente al conflicto que redunda en la realización de la conducta antijurídica. Tal cuestión se suscitó, entre otros problemas, en el «caso de la Mignonette»,[118] dado que los acusados no habían respetado la ley del mar.[119] En efecto, esta, en supuestos como el que fue objeto de enjuiciamiento, exigía echar a suertes para ver quién se sacrifica de modo que los demás se salven.[120] Ciertamente, aunque hubiera tiempo para ello, en la mayoría de los conflictos no se dan las circunstancias para pensar que se acepte el echarlo a suertes, que se cumpla con el resultado del sorteo y que, incluso cumpliéndolo, esto constituya un consentimiento válido.[121] Sin embargo, esto no obsta a la pregunta formulada, relativa a si es preciso recurrir a cualquier procedimiento lícito y factible antes de realizar la conducta antijurídica. Otro ejemplo de procedimiento institucionalizado en caso de catástrofe es el que proporciona la regla «las mujeres y los niños, primero». Según esta, en un naufragio, el capitán del buque, la tripulación y los varones adultos deben ceder la prioridad a cualquier mujer o niño.

2.4.2. En particular, la cuestión de los procedimientos institucionalizados

En el contexto de la aplicación del principio de subsidiariedad a la realización de conductas típicas en situaciones de necesidad es común aludir a la primacía de las instituciones (*cfr. supra* capítulo 20/67). Con esta denominación se alude a aquellos procedimientos institucionalizados que tratan de eliminar situaciones conflictivas irresolubles, regulando el conflicto de modo general y dándole una salida administrativa-procedimental. A este respecto, una cuestión discutible es la relativa a si en el marco de las situaciones de necesidad «exculpantes» rige también tal principio de primacía.[122] Pues bien, cabe que existan procedimientos que establezcan el modo concreto en que deben resolverse los casos de estado de necesidad exculpante cuando el sujeto ostenta una posición de deber cualificado.[123] Sin embargo, más allá de estos, 61

---

[118] Tras el naufragio del barco británico *La Mignonette*, algunos miembros de su tripulación sobrevivieron en un bote. Días después, acuciados por el hambre, unos marineros mataron al grumete, enfermo, para alimentarse con su carne. Ello dio lugar al caso «*Regina v. Dudley and Stephens*» (1884), comentado por múltiples autores. Así, *Radbruch* (1956), 57 ss.; *Chiesa* (2011), 96 ss.

[119] En inglés: «*custom of the sea*».

[120] *Cicerón*, Sobre los deberes (44 a.C.), III, 3, 89 y 90: «Y si hubiera solo una tabla y dos náufragos, ambos sabios, ¿ambos la tomarán para sí o el uno la cederá al otro?». «Ciertamente habrá que cederla, pero a aquel que sea más importante que sobreviva para su propio bien o el bien de la república». «¿Y qué pasa si en esto los dos están empatados?». «No habrá pelea ninguna, sino que echarán a suertes o a dedos y el perdedor la cederá al ganador». *Bernsmann* (1989), 327 ss., 332 ss., 338 ss.

[121] *Fuller* (2001), 22 ss., sobre un sorteo en el que uno de los sujetos se echa atrás.

[122] *Pawlik*, JRE 11 (2003), 305-306; *el mismo*, InDret 4/2015, 19; *Palermo*, LH Silva Sánchez, 2019, 355 ss.

[123] Por ejemplo, el art. 183 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, prevé que «El capitán no abandonará el buque en peligro sino después de haber perdido la esperanza de salvarlo y una vez adoptadas las medidas oportunas para salvar las personas, los bienes y los documentos oficiales que se encuentren a bordo».

aquel principio no debe ser aplicado en la «exculpación» del mismo modo en que opera en el ámbito de la justificación.

62 Desde luego, aquellos procedimientos institucionalizados que solo existen en el plano formal, sin proyección material alguna, no pueden bloquear el acceso a la exculpación de la conducta de neutralización del peligro realizada al margen del procedimiento. Sin embargo, es cierto que algunos procedimientos institucionalizados no solo existen en el plano formal, sino también en el plano material.[124] En relación con estos existe una cierta tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia a afirmar que el sujeto no puede ser exculpado si se mueve al margen de ellos. Un ejemplo de esto viene dado por el caso de las presiones laborales —amenazas de despido u otras represalias— para realizar conductas antijurídicas en el puesto de trabajo. Así, se señala que en tal contexto no cabe exculpar la conducta antijurídica realizada por miedo insuperable. El argumento es que existe la posibilidad de denunciar las amenazas ante la autoridad competente y obtener una inmediata protección jurídico-pública, tanto la estrictamente laboral como la basada en la legislación de protección de informantes.[125] Más allá de estos, el ejemplo más frecuente viene dado por la gestión eficiente de recursos médicos escasos.[126] La principal objeción contra la apreciación de una situación de necesidad exculpante en estos casos radica en que el conflicto en relación con su distribución tiene naturaleza permanente y no episódica. Ello parece contravenir precisamente la lógica de excepcionalidad propia de la exculpación.

2.4.3. La comisión de un malum *in se periférico o de un* malum quia prohibitum

63 Lo primero que es preciso poner de manifiesto es que existen situaciones de necesidad en las que el sujeto no lesiona bienes intrínsecos, sino que comete delitos *mala in se* periféricos o *mala quia prohibita.* Esto sucede, por ejemplo, cuando alguien realiza una conducta de tráfico de drogas con el fin de obtener el dinero necesario para pagar la intervención quirúrgica de un familiar, o para evitar que la organización criminal mate a una persona cercana.[127] En algunos de estos casos existen ciertamente procedimientos estatales institucionalizados, como, por ejemplo, el recurso a la sanidad pública o la denuncia a la policía. Sin embargo, en muchos países el primero no garantiza suficientemente la protección del bien del que se trata; en cuanto al segundo, ningún país puede garantizar el éxito. En realidad, en muchos de estos supuestos la conducta del

---

[124] *Pawlik*, InDret 4/2015, 4: la primacía de las instituciones «solo se puede oponer a los ciudadanos bajo la condición de que estas instituciones les provean de las prestaciones que les incumben respecto de la protección de la libertad de los mencionados ciudadanos».

[125] En España, con base en la Ley 2/2023, de 20 de febrero.

[126] Sólo parcialmente coincidente, *Palermo*, LH Silva Sánchez, 2019, 360 ss.

[127] STS 340/2005, de 8 marzo, absolutoria del delito de tráfico de estupefacientes al capitán de una embarcación de recreo supuestamente amenazado con un mal a sus familiares si no lo hacía.

sujeto necesitado estaría justificada, si no fuera porque el Estado ha previsto una vía institucionalizada, aunque insuficiente, para afrontar la situación de peligro. Ahora bien, (i) el mal derivado de la conducta es un mal menor que el que trata de evitar —en términos consecuencialistas—. Además, (ii) el sujeto activo se encuentra en una situación motivacional alterada por un miedo perfectamente comprensible. Incluso, en algunos ejemplos (iii), sucede que el Estado debería haber neutralizado el peligro —por ejemplo, porque se debe a un estado de necesidad coactivo—. Pues bien, en casos así, el Estado no tiene derecho a castigar al sujeto activo, porque tal castigo no sería equitativo. En cambio, si el peligro no era de origen estatal ni el Estado podía haberlo neutralizado, el sujeto necesitado tiene el deber de soportar la lesión de sus bienes. Por ejemplo, este es el caso de las enfermedades ordinarias.[128] Así las cosas, si el Estado finalmente no castiga a quien recurre a cometer un *malum in se* periférico o a un *malum quia prohibitum* para obtener el dinero preciso para sufragar una intervención quirúrgica extraordinaria, esto se debe a un juicio en el que lo decisivo es la indulgencia.

Como se advierte, es posible identificar dos grupos de casos distintos. Por un **64**
lado, aquellos en los que el Estado tiene derecho a prohibir, pero no a castigar a alguien porque el castigo sería inequitativo. Por otro, aquellos en los que tiene derecho a prohibir y a castigar, pero cabe que no castigue por razones de indulgencia. Unos y otros tienen la misma ubicación sistemática en el juicio de punibilidad de la conducta, que, como se ha explicado, se anticipa parcialmente en la figura de la exculpación. Esto es así porque en el ámbito de la punibilidad se ubican tanto los supuestos de falta de equidad, como los de falta de necesidad y los de falta de oportunidad y conveniencia del castigo. Pues bien, entre estos últimos cabe incluir el perdón y, en general, el recurso a la indulgencia.

2.4.4. La comisión de un malum in *se nuclear*

El caso de la comisión de un *malum in se* nuclear es radicalmente distinto. **65**
En efecto, en la vida cotidiana, la conducta de lesión de bienes intrínsecos de otra persona —por ejemplo, extraerle un riñón—, aun cuando fuera necesaria para salvaguardar la propia vida o la de un hijo, no puede considerarse exenta de pena.[129] Mucho menos procede la exención de pena si se causa un mal claramente mayor —por ejemplo, para salvar una vida, se mata a otra persona, o a dos o más personas—. Algunos autores lo formulan indicando que la exención requiere que se dé una situación de colisión que, aunque no implique una vuelta al estado de naturaleza, sí haga comprensible un comportamiento del agente más bien propio de aquel.[130] Ahora bien, incluso en estos últimos casos el Estado podría perfectamente castigar —en su caso, con una pena atenuada—. Si, en

---

[128] *Köhler*, AT 1997, 337: «la crisis existencial casual, incluido el peligro de muerte, es parte inderogable de la existencia personal».

[129] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 20/14.

[130] *Lübbe*, FS Spaemann, 2002, 320.

lugar de hacerlo, opta por no sancionar al sujeto activo, ello puede deberse a dos razones, ambas débiles. La primera, el reconocimiento de su propia impotencia para resolverlos adecuadamente;[131] la segunda, la consideración de la debilidad del sujeto activo, con la correspondiente actitud indulgente.

2.4.5. La subsidiariedad interna y la proporcionalidad

66 En virtud del principio de subsidiariedad interna, cuando es posible hacer frente a la situación de necesidad mediante la comisión de un delito de menor gravedad, la realización de otros más graves constituye un exceso, de modo que el sujeto activo no puede quedar exento de responsabilidad. Por lo demás, en España la redacción del art. 20.6° CP ha prescindido de la exigencia tradicional, que pervive en otros países, de que el miedo insuperable lo sea «de un mal igual o mayor» que el causado por el sujeto. Ello implica que ya no es preciso llevar a cabo una estricta ponderación de males. Por su parte, la jurisprudencia ha interpretado la derogación de esa expresión en el sentido de que el legislador ha pretendido dar un giro psicológico-subjetivista a la eximente. Sin embargo, la subsistencia del requisito normativo de la «insuperabilidad» impide alcanzar esta conclusión. Ciertamente, tal requisito puede entenderse en un sentido objetivo-estandarizado o en otro más subjetivo-individual.[132] Ahora bien, no permite una concepción psicológica, sino solo una normativa.[133] De lo contrario, solo sería «insuperable» un miedo imposible de superar por el agente, lo que prácticamente conduciría a su identificación con una variante del trastorno mental transitorio. Como se ha indicado con reiteración, un miedo debe ser reputado insuperable cuando su superación no le es exigible al sujeto, conforme a un criterio más o menos estandarizado.

67 Ciertamente, la insuperabilidad no se vincula necesariamente a consideraciones de proporcionalidad. Así pues, el miedo insuperable puede comprender algunos casos de producción de un mal mayor que el que se trata de evitar —esto se ve favorecido por la derogación de la expresión «igual o mayor» como referencia del miedo—. Sin embargo, es dudoso que el miedo insuperable español abarque casos de producción de varias muertes para evitar una, o de causación de una muerte para evitar unas lesiones. Desde luego, es exigible superar todo aquello que no compromete radicalmente el propio proyecto vital. Ahora bien, es cierto que del texto legal no se desprende la existencia de un límite adicional, que sería el representado por la exigencia de que no tenga lugar una «crasa desproporción» entre el mal que se causa y el mal que se trata de evitar. Con todo, la amenaza existencial grave, cuando la única forma de neutralizarla es causar un mal muy superior —el sujeto mata a varios para

---

[131] *Lübbe*, FS Spaemann, 2002, 328 ss.

[132] En este último sentido, STS 8065/2011, de 15 de noviembre; pero tampoco se trata de que ampare a personas «timoratas, pusilánimes o asustadizas» (STS 1382/2000, de 24 de octubre).

[133] Así, *Luzón Peña*, LH Quintero Olivares, 2018, 386. Distinto, *Guerra Espinosa*, PolítCrim 14 (2019), 54 ss.

salvarse a sí mismo, o mata a uno para salvar su dedo imprescindible para su carrera de pianista— no debería conducir a la exención de pena, sino como máximo a recibir una pena atenuada.

3. EL ESTADO DE NECESIDAD NO JUSTIFICANTE COMPRENDIDO EN EL TEXTO DEL ART. 20.5.° CP ESPAÑOL

3.1. La ausencia de miedo: la lógica del mal menor

El tenor literal de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5° CP español) no requiere que concurra miedo en el sujeto activo, ni tampoco un requisito relativo a lo que es exigible hacer en tal situación. Frente a ello, lo que se acoge es un baremo objetivado de proporcionalidad —la producción de un mal que no sea mayor que el que se trata de evitar— de modo que el precepto se mueve en la lógica de las eximentes que atribuyen relevancia a la producción del «mal menor». Esto significa que, en principio, cualquiera puede beneficiarse de esta exención, siempre y cuando se respete el baremo de proporcionalidad consecuencialista. El estado de necesidad que solo exime de pena comparte todos los presupuestos del estado de necesidad justificante, salvo la exigencia —propia de este último— de respetar una proporcionalidad entendida en términos deontológicos o, mejor, de bien común (*cfr. supra* capítulo 20/50, 54). Sin embargo, como ya se ha indicado, esto no significa que, en su lectura como causa de exención de pena, proceda una reconstrucción del texto legal en los términos del utilitarismo del acto. Por el contrario, debe acogerse un utilitarismo limitado por consideraciones deontológicas, una perspectiva consecuencialista ajena al utilitarismo del acto —así, por ejemplo, el utilitarismo de la regla— o, en fin, una concepción complementaria de la doctrina justificante del bien común. **68**

En particular, son comunes a ambas modalidades del estado de necesidad los requisitos de ausencia de provocación y de deber de sacrificio. Igualmente es común al estado de necesidad justificante y al que solo exime de pena —así como al miedo insuperable, según se ha expuesto— la exigencia de subsidiariedad. Todas las consideraciones efectuadas al respecto pueden traerse aquí *mutatis mutandis*. En definitiva, ello pone de relieve que en el sistema español de exclusión de la prohibición bajo pena convergen dos tradiciones distintas. A saber, como en su momento se indicó, la del «mal menor» con los matices expuestos (art. 20.5.° CP) y la de la «perspectiva parcial», relacionada con el miedo derivado de la representación de perder un bien particular (art. 20.6.° CP). **69**

3.2. La ausencia de provocación y el deber de sacrificio

Del mismo modo que se señaló a propósito del miedo insuperable, en el juicio relativo a la exención de pena por producción de un mal no mayor **70**

que el que se trata de evitar es preciso considerar de modo adicional los argumentos relativos a la provocación de la situación y a los deberes especiales concurrentes. En el caso del art. 20.5.° CP español ello se ve reflejado en los propios requisitos segundo y tercero de la eximente, aplicables tanto a la lectura justificante de esta, como a su lectura meramente eximente de pena. En definitiva, la concurrencia de deberes de garante conlleva niveles cualificados de exigibilidad y lo mismo sucede con los casos en los que el sujeto ha realizado una conducta previa de provocación de la situación de peligro y de conflicto.[134] En relación con todo esto es preciso aplicar *mutatis mutandis* las consideraciones expuestas a propósito del estado de necesidad justificante.

3.3. Otras cuestiones comunes a las situaciones de necesidad no justificantes

3.3.1. La participación en la conducta exculpada

71 La distinción entre justificación y exculpación ha desempeñado un papel importante en la discusión sobre la punición de la participación. Sin embargo, como se indicó en su momento, ello se debía en muy amplia medida a la adopción del modelo de accesoriedad media o limitada.[135] Si, como aquí, se acoge el modelo de accesoriedad mínima, la distinción resulta irrelevante. En efecto, conforme a dicho modelo, tanto la justificación como la exculpación de la conducta deben establecerse por separado para cada interviniente (*cfr. supra* capítulo 16/47). En definitiva, el estado de necesidad no justificante permite que cualquier interviniente que contribuya al «mal menor» quede exento de pena. Igualmente, el miedo insuperable, entendido en términos cognitivos o proposicionales, y no estrictamente emocionales, ampara a cualquier interviniente que contribuya al «bien particular» del afectado. De modo adicional, esta misma conclusión se puede sostener con base en la noción de «delegación» parcial o total, de la que se sirve la doctrina angloamericana.[136] En efecto, cabe que un discapacitado en peligro vital, que no puede afrontar de modo personal la neutralización del riesgo, dé lugar, mediante tal delegación, a la exención de pena de un tercero. Ello, tanto si este último se limita a ayudarle a salvarse a sí mismo, como si procede a la salvación directa de quien no puede salvarse.

72 Seguramente el supuesto más discutido de participación en conductas exculpadas es el de los «intermediarios en el pago de secuestros».[137] Tal denominación se refiere a personas que median en el pago del rescate del rehén y, con ello, incurren en el delito de colaboración con banda armada u organización criminal. Desde luego, en estos casos la conducta de los familiares está exculpa-

---

[134] *Martín Lorenzo* (2006), 309 ss.

[135] *Rudolphi*, ZStW 78 (1966), 67 ss.

[136] Se trata del argumento del «*proxy*»: *Bazargan-Forward*, L&Ph 37 (2018), 671 ss.

[137] *Gimbernat Ordeig* (1995), 70; *Molina Fernández* (2011), 485 ss.; *Sánchez Dafauce* (2016), 91, 297 ss. 319 ss.

da por razones vinculadas a la persecución de su «bien particular». Sin embargo, los intermediarios no pueden quedar disculpados por una implicación personal-familiar en la situación del secuestrado. Con frecuencia, incluso se trata de personas ideológicamente próximas a la organización terrorista que perpetra el secuestro. Por lo demás, la conducta no puede ser conforme a Derecho, pues elude los procedimientos institucionalizados previstos para tales casos. En definitiva, no está justificada.[138] Así pues, es obvio que la policía puede y debe impedir que se ceda ante las amenazas terroristas o mafiosas. Con todo, la conducta de los intermediarios no implicados personalmente puede quedar exenta de la prohibición bajo pena —exculpada—: (i) por razones de «mal menor»; o, alternativamente (ii), por su contribución al bien particular en los términos ya mencionados de la «representación» o «delegación» del afectado.

3.3.2. Las reacciones posibles frente a la conducta exculpada

73 Se discute si frente a una conducta amparada por una situación de necesidad no justificante cabe reaccionar en legítima defensa o bien únicamente en estado de necesidad defensivo.[139] Pues bien, como se ha indicado, en estos casos el agente infringe la norma de conducta de modo culpable, excluyéndose solo su culpabilidad penal o punible. Por lo tanto, no existe obstáculo a la apreciación de una legítima defensa en la conducta de la persona afectada que reacciona contra aquel.[140] Esto pone de relieve, además, la relativa indiferencia de tratar una situación como excluyente de la prohibición bajo pena o de la punibilidad. En efecto, en ambos casos: (i) la conducta está prohibida de modo general por la norma de conducta, que ha sido infringida además de forma culpable; (ii) contra ella cabe reaccionar en legítima defensa; (iii) los funcionarios públicos deben impedirla; (iv) la participación es punible, salvo que en el propio partícipe se dé la misma situación de exclusión de la prohibición bajo pena; (v) no existe obstáculo, ni siquiera aparente, para la responsabilidad civil;[141] y (vi) el Estado como institución no puede acogerse a él.

V. LOS CONFLICTOS DE CONCIENCIA NO JUSTIFICANTES

1. LA HISTORIA DOGMÁTICA

1.1. La cuestión en la primera mitad del siglo XX

74 El debate sobre la relevancia jurídico-penal de la conciencia y de la convicción del agente divergentes del ordenamiento jurídico del Estado adquirió

---

[138] Distintos, *Molina Fernández* (2011), 485 ss.; *Sánchez Dafauce* (2016), 302 ss.

[139] *Garín*, InDret 1/2020, 336 ss.

[140] *Renzikowski*, JRE 11 (2003), 280 n. 53, 284; *Pawlik*, JRE 11 (2003), 309-310.

[141] El art. 118.1.4.ª CP español dispone que, en el caso del miedo insuperable, la responsabilidad civil incumbe de modo principal a «los que hayan causado el miedo», y en defecto de ellos —esto es, de modo subsidiario— a «los que hayan ejecutado el hecho».

notoriedad en los años veinte del siglo XX, en el marco político-constitucional de la República de Weimar y con el trasfondo de la filosofía jurídica neokantiana.[142] Hasta entonces, la posición más consolidada en relación con el autor por conciencia y con el que obra por convicción era la de afirmar la culpabilidad de ambos. En efecto, en la medida en que su conducta se considera desaprobada desde la perspectiva mayoritaria, la tesis dominante era que aquellos infringen su deber.[143] Sin embargo, precisamente en ese contexto tuvo lugar la elaboración del concepto de autor por convicción —de entrada, comprensivo tanto de los autores por conciencia como de los delincuentes político-sociales— así como de su régimen jurídico. La idea central era la siguiente: «El delincuente común está en contradicción consigo mismo; como representante de su propia individualidad, mejor y más avisada, le sale al paso el Estado que pune. En cambio, el delincuente por convicción no es rebatible a partir de sí mismo. Frente a la encarnada en el poder punitivo, se halla otra cerrada convicción. Por más que el Estado lo combata con toda severidad como su adversario, no puede pretender corregirlo como haría con un sujeto falto de consistencia moral».[144] La propuesta concluía que el delincuente por convicción puede ser castigado por razones de defensa del Estado, pero que no se le puede dirigir reproche de culpabilidad por su hecho. Así pues, la solución consiste en aplicarle un Derecho penal especial, de naturaleza no criminal. En definitiva, que procede imponerle una consecuencia jurídica sin reproche, que produzca su inocuización, como se hace con el enemigo en el Derecho de los conflictos armados: la denominada *custodia honesta.* Por su parte, otras propuestas coetáneas para el autor por convicción ciertamente no alcanzaban a su plena exención de pena,[145] pero sí a una atenuación.[146]

75 La relevancia jurídico-penal de la conducta del delincuente por conciencia depende del concepto de Derecho del que se parta. Así, si se entiende que lo propio del Derecho es la coacción, entonces es obvio que el delincuente por conciencia puede ser sometido a esta. Si, por el contrario, se considera que el Derecho se basa en el reconocimiento, entonces no puede aplicarse con pretensión retributiva a quienes no lo reconocen. Está claro que al delincuente por conciencia se le puede castigar para prevenir y que ello debe hacerse en términos de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, sin embargo, la diferencia entre penas y medidas de seguridad se desdibuja.

1.2. El problema en el marco de las constituciones dogmáticas

76 En el marco constitucional del período de entreguerras todavía no existía la parte dogmática que es común en las constituciones contemporáneas y que

---

142 *Radbruch,* RECPC 7 (2005), 1 ss. Sobre ello, *Baratta* (1963), 112.

143 *M.E. Mayer,* PG, 1915, 294-295.

144 *Radbruch,* RECPC 7 (2005), 3.

145 *Wolf* (1927), 17.

146 *Wolf* (1927), 23.

integra la definición y protección de los derechos fundamentales. En cambio, ello se hizo común tras la II Guerra Mundial. Pues bien, en los años sesenta y setenta del siglo XX se reabrió el debate, ya en un contexto iusfundamental, con una distinción entre los casos del autor por conciencia y del autor por convicción.[147] A partir de ese momento, el elemento decisivo en la discusión fue la existencia de un derecho fundamental a la libertad religiosa e ideológica (art. 16 CE). Con todo, desde entonces se sigue asistiendo a una total dispersión de puntos de vista. Así pues, el panorama doctrinal en cuanto a la calificación jurídico-penal de la conducta del autor por conciencia sigue siendo oscuro.[148]

2. LOS CONFLICTOS EN LA TIPICIDAD Y EN LA JUSTIFICACIÓN. REMISIÓN

77 Los problemas relacionados con el ejercicio de la libertad religiosa del sujeto tienen que ser afrontados, en la medida de lo posible, mediante mecanismos previos —procedimientos institucionalizados—, que impiden que se desencadene el conflicto en un caso concreto. Ahora bien, cuando surge el conflicto, el ejercicio de la libertad religiosa puede tener diversas repercusiones sistemáticas. Por un lado, contribuye a la delimitación del propio deber del sujeto —general o especial de garante— y, en esa medida, puede llegar a excluir la tipicidad omisiva de la conducta.[149] Ello es posible asimismo en supuestos de comisión activa.[150] Por otro lado, puede prevalecer sobre pretensiones de signo contrario, conduciendo a la justificación de la conducta típica. Esto sucede cuando, tratándose de *mala in se* periféricos o de *mala quia prohibita*, el conflicto se desencadena debido a la inexistencia de procedimiento institucionalizado alguno. Ahora bien, como se ha señalado, existen realizaciones típicas que no pueden ser justificadas por el ejercicio de la libertad religiosa. Ello sucede de modo categórico en el caso de la comisión de delitos *mala in se* nucleares. Igualmente, en los delitos *mala in se* periféricos y en los *mala quia prohibita*, en los que, previsto un procedimiento institucionalizado para la canalización de las consideraciones de libertad religiosa, el sujeto no recurre a él (*cfr. supra* capítulo 21/95). Entonces, la cuestión que se plantea es si en tales casos puede plantearse la exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales —esto es, la exculpación de la conducta—.

3. EL ABORDAJE DEL PROBLEMA EN EL ÁMBITO SISTEMÁTICO DE LA CULPABILIDAD

78 La posibilidad de afrontar la actuación de conciencia en el ámbito sistemático de la culpabilidad ha dado lugar a un amplio abanico de posicio-

147 *Welzel* AT, 11.ª, 1969, 174-177.

148 *Roxin*, FS Maihofer, 1988, 392 ss.; *el mismo*, RDPC 98 (2014), 23 ss.

149 Ya *Gödan* (1975), 241 ss.

150 Así, *Greffenius* (1969), 61 ss., 78 ss.; *Ebert* (1975), 71, 83-84.

nes, que sostienen la exclusión de esta, su atenuación o, en fin, su plena concurrencia. Así, como se ha indicado ya, un sector doctrinal sostiene la posibilidad de ubicar algunos de estos casos en el error de prohibición, concibiéndolos como supuestos en los que se expresa una «creencia diferente».[151] Sin embargo, lo cierto es que aquí no existe un problema de cognición en relación con el Derecho positivo, sino solo la representación de la injusticia moral de este.[152] Por lo demás, si la conducta constituye un *malum in se* nuclear, lo que sucede es que la conciencia moral del sujeto debe reputarse erróneamente formada. Ciertamente, también cabe contemplar la existencia de un problema volitivo-emocional en el sujeto, dada la dificultad de hacer prevalecer en su deliberación la motivación extrínseca del Derecho por encima de la intrínseca de la conciencia (*cfr. supra* capítulo 25/95). En fin, más allá del ámbito de la culpabilidad, también hay posiciones que proponen la mera exclusión de la pena.[153] En este último contexto, debe recordarse la doctrina que, en la segunda mitad del siglo XX, seguía proponiendo que las sanciones impuestas al autor por conciencia carecieran de toda connotación discriminatoria; en concreto, que se le impusiera la ya mencionada *custodia honesta*.[154]

4. EL CONFLICTO DE MOTIVOS Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN LA EXCULPACIÓN

79 En los casos de comisión de *mala in se* periféricos o de *mala quia prohibita* en los que, existiendo un procedimiento institucionalizado de resolución previa del conflicto de conciencia, el sujeto no se acoge a él, su comportamiento está prohibido por la norma de conducta. Ahora bien, debe admitirse la posibilidad de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales. En efecto, la exclusión de la culpabilidad punible del sujeto deriva: (i) del reconocimiento de la relevancia de la libertad religiosa; (ii) de la extrema dificultad de cumplir la norma de conducta; y, en fin, (iii) de la menor gravedad del delito cometido.[155] Así pues, la lógica del mal menor y la de la inexigibilidad convergen en fundamentar una exención de pena, que en España puede canalizarse por el art. 20.6.° o bien por el art. 20.5.° CP. Por el contrario, en el caso de la comisión de un *malum in se* nuclear, la conducta no solo es injustificable, sino que tampoco puede sostenerse la exclusión de su prohibición bajo pena.

---

[151] *Muñoz Conde*, LH Roxin, 1997, 286 ss., 292; *Baucells i Lladós* (2000), 265 ss.; *Figueiredo Dias*, FS Roxin, 2001, 547.

[152] *Pérez del Valle*, CPC 71 (2000), 388-389, la califica de conciencia invenciblemente errónea de que la razón moral está del lado del agente, de que el Derecho es injusto.

[153] *Gómez Benítez* (1993), 79 ss.: una causa supralegal de exclusión de la pena de base constitucional.

[154] *Welzel* (1960), 399; *el mismo*, AT, 11.ª, 1969, 176-177.

[155] Más restrictivos, *Roxin*, RDPC 98 (2014), 13 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 20/22.

VI. LOS CASOS LÍMITE Y LA CONFLUENCIA DE LAS TRES TRADICIONES HISTÓRICAS

1. GENERALIDADES

Los casos límite de las situaciones de necesidad se refieren a situaciones dilemáticas en las que están irremisiblemente en juego bienes intrínsecos, casi siempre la vida de las personas. En contextos así, se trata de decidir cuál debe ser la calificación jurídica de la conducta mediante la que se salvan alguno o algunos de los bienes en juego. En relación con muchos de ellos, existe una amplia coincidencia en cuanto a admitir la solución de la exención de pena para la conducta que, de algún modo, minimiza el daño; aunque ello requiere que se cumplan algunas condiciones adicionales. Sin embargo, un sector de la doctrina sostiene la solución de la justificación de tal conducta. Con todo, el principal problema sistemático de esta última solución es que conduciría a que la persona afectada por la injerencia de otra no pudiera repelerla. Por este motivo, resulta en principio más plausible que, en los casos en los que se estima procedente la exención, esta se base en la mera exclusión de la prohibición bajo pena. Ahora bien, algunas de estas conductas traen causa de decisiones institucionales de las máximas autoridades del Estado. En tal caso, la calificación de mera exclusión de la prohibición bajo pena, con subsistencia de la antijuridicidad, parece problemática. **80**

2. LAS LÍNEAS ARGUMENTALES

2.1. Planteamiento

Existen varias líneas argumentales que tratan de proporcionar razones para sostener que, en algunos casos dilemáticos, no solo procede eximir de pena, sino más precisamente justificar la conducta. En concreto, cuando (i) se da una comunidad de peligro, o cuando (ii) el sujeto se ve envuelto en una colisión de deberes o, en fin, cuando (iii) el efecto lesivo no es directamente perseguido, sino colateral. Por lo demás, con la misma finalidad, también se han introducido argumentos concretos de priorización entre los bienes en conflicto. Entre ellos, el relativo a la cantidad de vidas que se salvan en comparación con las que se destruyen; o el de las vidas irremisiblemente perdidas, a las que, consciente o inconscientemente, parece asignárseles menor valor; el de la incidencia causal del sujeto afectado sobre la situación de peligro para los demás;[156] los relativos a la edad, la salud u otros elementos concurrentes que permiten discriminar a unas vidas con respecto a otras;[157] o, en fin, el de la excepcionalidad o el riesgo de institucionalización de la situación. Sin embargo, estos últimos argumentos no compensan el hecho de que la conducta, en la medida en que lesione la dignidad de una persona, resulta injustificable. **81**

---

[156] *Hirsch*, FS Küper, 2007, 149 ss.; *Köhler*, FS Schroeder, 2006, 257 ss.

[157] Así, la calidad de vida: *Ortiz de Urbina* (2017), 109 ss.

2.2. El argumento de las «comunidades de peligro»

82 El concepto de comunidad de peligro define aquella situación en la que varios bienes jurídicos se encuentran expuestos a una misma fuente de peligro, de modo que para salvar a unos es preciso lesionar a otros. Si, por el contrario, no se interviene, perecen todos. La cuestión que plantean las comunidades de peligro es si, en ese preciso contexto, puede estar justificada la conducta de minimización del daño. En concreto, si lo está la conducta de causación de la muerte de uno de los afectados para salvar al resto.[158] Así, por ejemplo, un sector doctrinal justifica la conducta de (i) echar a varios náufragos de la barcaza con sobrepeso, para salvar al resto, pues de lo contrario la barca se hundirá y no se salvará ninguno.[159] O bien (ii) en el «caso de la cordada», en el que se corta la cuerda que sujeta a uno de los escaladores, que ha perdido agarre en el pie y queda colgando de la pared, siéndole imposible asirse a la roca y comprometiendo la supervivencia de sus compañeros.[160] A este respecto, parece que la idea rectora es la existencia de una posición de garante implícita y recíproca, que de algún modo genera una cierta disposición al sacrificio por los demás integrantes de la comunidad cuando ello sea imprescindible. Además, ello debe considerarse a propósito de dos variantes, a saber, aquella en la que quien actúa es uno de los integrantes de la comunidad de peligro o un sujeto próximo, y aquella otro en la que obra un tercero por completo ajeno al grupo. En la primera variante se trata de un sujeto con una perspectiva parcial. Por ejemplo, el escalador que corta la cuerda de la que pende el compañero que ha perdido pie y actúa como lastre, para salvar a todos los integrantes de la cordada. En la segunda, el implicado es un sujeto con una perspectiva imparcial, como por ejemplo un médico, o el Estado y sus funcionarios. En este contexto, algunos sostienen (iii) la justificación de la conducta de separación de dos gemelos siameses, matando al más dependiente —que compromete la vida de los dos— para salvar al más autónomo.[161] Igualmente, (iv) la conducta llevada a cabo en el «caso de los psiquiatras del III Reich», que por lo demás resulta muy polémico en cuanto a cuáles fueron los detalles concretos de los hechos.[162]

---

[158] A favor de la justificación, desde perspectivas solo parcialmente coincidentes, *J.J. Thomson*, The Monist 59 (1976), 217; *Cuerda Riezu* (1984), 57 ss.; *el mismo*, LH 1994, 57 ss.; *Martínez Cantón*, LH Mir Puig, 2010, 423 ss.; *Ortiz de Urbina* (2011), 186 ss.; *Sánchez Dafauce*, InDret 4/2014, 7-8; *el mismo* (2016), 267; *Wilenmann*, InDret 1/2016, 27 ss.; *Muñoz Conde*, LH Mir Puig, 2017, 770; *Cantard*, RDPC 42 (2021), 115 ss.

[159] Un caso equivalente es aquel en el que, en el contexto de una gestación múltiple, se decide matar a uno de los niños, elegido aleatoriamente, para hacer viable el parto de los demás.

[160] En efecto, las comunidades de peligro suelen ser subdivididas en dos grupos: el de las simétricas y el de las asimétricas. En las primeras, todos los afectados por el peligro disponen de posibilidades similares de salvación. En cambio, en las segundas, algunos de los afectados se encuentran en un peligro muy superior e incluso irremisiblemente perdidos. *Bernsmann* (1989), 43 ss., 48 ss., 53 ss.

[161] *Erb*, FS Merkel, I, 2020, 845 ss.

[162] En el caso, unos psiquiatras habían asumido la gestión de una lista de enfermos mentales susceptibles de ser ejecutados, en aplicación de las leyes nacionalsocialistas sobre las «vidas que no merecen ser vividas». Luego, autorizaron la ejecución de la mayoría de los incluidos, aunque excluyeran a

2.3. El argumento de la colisión de deberes

Uno de los problemas del argumento de las comunidades de peligro es que 83
queda circunscrito a situaciones muy definidas. En concreto, deja de ser útil tan pronto como un «tercero imparcial» produce el mal menor afectando en términos lesivos de la vida —o de la integridad física— a personas ajenas a la comunidad de peligro. Además, existe bastante acuerdo en que una persona deja de pertenecer a la comunidad de peligro cuando alcanza una posición de seguridad frente al peligro que los demás afectados no tienen. Entonces, tanto la conducta de cualquiera de estos últimos, como la de un tercero, deben valorarse según criterios generales.[163] En este punto, una segunda línea argumental, susceptible de mayor generalización, discurre por la vía de la colisión de deberes justificante (*cfr. supra* capítulo 21/24). En efecto, en algunas situaciones dilemáticas puede advertirse que el sujeto activo tiene dos deberes de actuar en protección de dos sujetos distintos, pero que no pueden cumplirse simultáneamente. En otras, lo concurrente es un deber de actuar en protección de otra persona, cuyo cumplimiento implica a su vez incumplir el deber de abstenerse de dañar que se ostenta frente a un tercero. Esta última es la estructura del «caso del guardagujas»,[164] un ejemplo de cátedra —muy discutido en Alemania— que más tarde se empezó a debatir en la filosofía moral angloamericana bajo la denominación del «caso del tranvía».[165] Ciertamente, se han construido múltiples variantes de esta estructura problemática. Con todo, su versión estándar es la siguiente: un tren de mercancías va a chocar con un tren de pasajeros que se halla detenido —con el riesgo de que mueran muchos de los ocupantes de este último—. Así las cosas, un guardagujas desvía aquel tren a una vía muerta, en la que están trabajando unos operarios, que fallecen arrollados por el tren desviado. Un caso algo distinto, dada la concurrencia del factor de las vidas irremisiblemente perdidas, es el del derribo de un avión secuestrado por terroristas que se dirige a impactar contra un rascacielos en el que trabajan miles de personas. Dada la posición de garante del Estado, cabe sostener que este tiene el deber de proteger a las víctimas del inminente impacto del avión secuestrado; sin embargo, igualmente tiene el deber de abstenerse de matar a los rehenes que se encuentran en dicho avión.

Por su parte, en los muy discutidos casos de triaje hospitalario —como 84
mecanismo de gestión de recursos escasos en medicina— existen situaciones de comunidad de peligro y otras en las que esta ya no concurre. Por ejemplo, se da una comunidad de peligro cuando existe un único respirador —o un aparato de reanimación— y hay dos pacientes que lo necesitan, En este

---

algunos. El argumento de su defensa fue que, de no haber asumido dicha gestión, otros psiquiatras lo habrían hecho, autorizando la ejecución de todos ellos. El caso es comentado por *Ortiz de Urbina* (2011), 177 ss. Ya, *Cuerda Riezu* (1984), 93 ss.

[163] *Walter*, GA 2020, 676-677; *Coca Vila*, RP 49 (2022), 13 ss.

[164] En el original: «*Weichensteller-Fall*»: *Welzel*, ZStW 63 (1951), 51 ss.

[165] En el original: «*trolley-problem*». Así: *Foot* (2002), 19 ss.; *Thompson*, The Monist 59 (1976), 204 ss.; *la misma*, Yale L. J. 94 (1985), 1395 ss.

caso —el denominado triaje *ex ante*— hay que establecer cuál es el criterio de resolución del conflicto. Pues bien, en este punto tiende a consolidarse un criterio justificante utilitarista, que asigna el recurso a quien garantice una mayor «supervivencia a corto plazo», es decir, una probabilidad mayor de superar la específica enfermedad.[166] En cambio, tan pronto como un paciente es conectado al respirador, ya no puede hablarse de que subsista una comunidad de peligro, pues la persona tiene una posición jurídica consolidada.[167] Ciertamente, en contra de este argumento, un sector doctrinal señala que la posición jurídica del paciente no está consolidada, puesto que se trata de un recurso médico escaso dispensado por el Estado, cuya aplicación a un enfermo concreto puede ser objeto de constante revisión cuando aparece otro candidato. En consecuencia, esta posición llega a sostener que, incluso en este último caso, es posible mantener que subsiste una comunidad de peligro, revisar la posición del paciente y desconectarle si llega otro con más posibilidades de supervivencia.[168] Ciertamente, esta última propuesta —que admite el denominado triaje *ex post*— de momento no parece haber prevalecido.

85 En todo caso, el problema de la línea argumental de la colisión de deberes como vía de solución de estas situaciones dilemáticas es que, una vez determinado cuál es el deber preferente, su cumplimiento no solo constituye una opción de actuación lícita, sino que precisamente es obligatorio. Sin embargo, sostener la prevalencia del deber de salvar y, en consecuencia, de un deber de matar activamente a inocentes, negando a los afectados por tal conducta un derecho de defensa resulta muy difícil.[169] En cambio, viceversa, la prevalencia del deber de abstenerse de intervenir y, en consecuencia, del deber de no salvar no genera problemas de justificación de la conducta. En este punto, se observa el desigual tratamiento de la comisión activa y la comisión por omisión en situaciones conflictivas.[170]

2.4. El argumento de la doctrina del doble efecto

86 Una tercera línea argumental sigue la senda de la doctrina escolástica del doble efecto.[171] En realidad, en el caso del avión secuestrado esta es la única que explica por qué los rehenes no son instrumentalizados como medios para el fin de salvar a las personas que pueden sufrir el impacto del aparato. En

---

166 Sobre ella, críticamente, *Coca Vila*, InDret, 1/2021, 174, 179.

167 *Coca Vila*, RP 49 (2022), 21.

168 Crítico, *Coca Vila*, RP 49 (2022), 11 ss., 14 ss.

169 *Hirsch*, FS Küper, 2007, 149 ss.; *Köhler*, FS Schroeder, 2006, 257 ss., aprecian la concurrencia de un estado de necesidad defensivo frente a los pasajeros, en tanto estos forman parte del foco de peligro. Por su parte, *Isensee*, FS Jakobs, 2007, 205 ss., alude a un deber de sacrificio de los pasajeros en beneficio de la comunidad.

170 *Cuello Contreras*, ADPCP 1990, 498 ss.; *el mismo*, LH Bacigalupo, I, 2004, 143 ss.; *el mismo*, InDret 1/2022, 468 ss.

171 *Miranda Montecinos*, Veritas 49 (2021), 55 ss.; *el mismo*, Ius et Praxis 29 (2023), 10 ss.

efecto, pone de relieve que su muerte no es perseguida intencionalmente, sino que constituye un efecto colateral —indirecto— de la conducta de derribar el avión. Esta, a su vez, se halla directamente orientada a salvar a las personas que se encuentran expuestas a aquel impacto. A partir de ahí, sostiene que en los casos en los que la muerte del inocente no se persigue intencionalmente, sino que constituye un efecto colateral proporcionado de una intervención lícita —adecuada, subsidiaria y proporcionada—, no se lesiona la dignidad de aquel. Otro tanto valdría para el caso del disparo contra un agresor que se protege tras un escudo humano; del hundimiento del navío turco, impulsado por remeros cristianos; o, en fin, para el del guardagujas, que se acaba de mencionar.

Este argumento tiene la ventaja de que, con base en la noción de dignidad personal, contribuye a desactivar la tesis de la relevancia justificante de la mera causación de un mal menor en sentido utilitarista. Así, su formulación teórica excluye de la justificación los supuestos de producción intencional de la muerte de un inocente, aunque sea para salvar a muchas personas; y, por supuesto, los casos de la tortura de uno para salvar a muchos. Además, puede sostener que en el caso de los efectos colaterales de una conducta en sí lícita, aunque se lesionen bienes intrínsecos, no se vulnera la dignidad de la persona afectada, puesto que esta última no es instrumentalizada. Sin embargo, plantea el problema de que, en casos concretos, no siempre está claro si la muerte de un inocente constituye un fin perseguido por el sujeto activo —o un medio para tal fin— o, en cambio, solo un efecto colateral de la conducta de este último. En efecto, en ocasiones, parece que ello depende del modo concreto en que se describa el supuesto de hecho. Por ejemplo, en los casos de separación quirúrgica de gemelos siameses, puede argumentarse que la muerte de uno de ellos es sencillamente un efecto colateral de la conducta encaminada a salvar la vida del otro; sin embargo, si la operación de separación comienza causando la muerte del niño más dependiente, la impresión es, más bien, la de una relación de medio a fin. Por lo demás, la doctrina del doble efecto genera la pregunta fundamental de si el inocente colateralmente afectado tiene derecho a la legítima defensa, ya sea propia o llevada a cabo por un tercero. En realidad, esto último suscita la cuestión fundamental de si en tales casos se realiza el bien común o, simplemente, se produce un mal menor. Expresado de otro modo, si acaso, en casos límite, la única forma de salvaguardar el bien común es optar por el mal menor. Sin embargo, si esto es así, se hace difícil pensar que el sujeto afectado tenga el deber de sacrificarse, no pudiendo repeler la conducta que conlleva su muerte. En definitiva, parece más satisfactoria la solución de excluir la prohibición bajo pena, admitiendo la posibilidad de reaccionar justificadamente.[172]

87

[172] La exigencia de indemnizar a las víctimas es independiente pues, como se ha señalado reiteradamente, puede sostenerse con base en un beneficio obtenido a costa de otro, dejando al margen la licitud o ilicitud de la conducta.

2.5. La solución de la exclusión de la prohibición bajo pena

88 En su día se propuso el recurso a un «estado de necesidad supralegal disculpante», con base en una concepción matizada del mal menor, para hacer frente a algunos de los casos comentados. Así, el de los psiquiatras del nacionalsocialismo, el del guardagujas e incluso el de la desconexión de un paciente del único aparato de reanimación disponible, para conectar a otra persona con mayores posibilidades de salvación.[173] En concreto, los requisitos de la figura propuesta eran tres: (i) que se tratara del único medio disponible; (ii) que se produjera un mal menor; y (iii) que se obrara con motivación salvadora. Como se advierte, de ese modo se estaba optando por reconstruir una variante de la doctrina del doble efecto, pero no con un efecto justificante, sino exculpante, aunque ello no se mencionara de modo explícito. En cualquier caso, esta vía resulta razonable. En efecto, existen casos de conductas no justificadas, pero que resultan relativamente próximos a la justificación. Estos son, por un lado, aquellos en los que la conducta redunda en un mal menor y, además, los bienes salvados son intrínsecos de la persona que actúa o de otros muy próximos a esta. En efecto, si la exculpación ya deriva de la protección de bienes intrínsecos propios o cercanos, el hecho de que además se produzca un mal menor determina la mencionada proximidad. Por otro lado, se hallan cerca de la justificación aquellos supuestos en los que la realización de la conducta redunda en la producción de un mal menor y, además, la afectación a bienes intrínsecos de terceros es colateral.

89 De conformidad con el modelo dogmático propuesto aquí, es preciso concluir que en estos casos se infringe la norma de conducta. Por lo tanto, el comportamiento no está justificado, sino que es antijurídico, de modo que el afectado u otros terceros en su favor pueden repelerlo.[174] Sin embargo, cabe excluir la prohibición bajo pena de la conducta, de modo que no opere la norma penal de sanción.[175] En la legislación española, ello puede subsumirse en la eximente de miedo insuperable (art. 20.6° CP) o en la de estado de necesidad no justificante (art. 20.5° CP español). Para lo primero, basta con una interpretación del término «miedo» en sentido cognitivo y no emocional; en cuanto a lo segundo, basta con una exégesis ordinaria del texto legal.

2.6. El Estado y el Derecho de la excepción

2.6.1. Planteamiento

90 La exclusión de la prohibición bajo pena no proporciona una solución fácil para los casos de conductas institucionalizadas. En efecto, parece contradictorio

---

[173] *Welzel*, ZStW 63 (1951), 51 ss.; *el mismo*, AT, 11.ª, 1969, 184-185. Crítico, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 22/158, 22/160: «El propio intento de corregir el destino a costa de un sujeto ajeno al conflicto perturbaría la paz jurídica. Por eso, debe ser impedido mediante la pena». Sin embargo, admite la exclusión supralegal de la responsabilidad en casos límite de tortura o en supuestos como el del derribo de aviones: *Roxin*, CPC 83 (2004), 23 ss.; *el mismo*, ZIS 2011, 552 ss.

[174] Así, *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 469.

[175] Próximo, *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2010, 466 ss.

que una conducta antijurídica se pueda realizar de forma institucionalizada en un Estado de Derecho. Sin embargo, esto se advierte en dos grupos de casos límite. Por un lado, en el ámbito médico-sanitario; por el otro, en el caso de la actuación formalmente institucionalizada de las autoridades del Estado. En ambos casos, la exclusión de la antijuridicidad se puede fundamentar por dos vías. Por un lado, por la institucionalización de un criterio de utilitarismo del acto que aquí, supuestamente, no entraría en colisión con el utilitarismo de la regla. Por otro lado, por la incidencia de la doctrina del doble efecto. Sin embargo, ya se ha indicado que la separación quirúrgica de siameses o el triaje *ex post* no pueden calificarse siempre como conductas de doble efecto. De igual modo, no todos los actos de Estado que aquí interesan pueden reconducirse siempre a dicha doctrina. Así pues, todo parece apuntar a la legitimación de consideraciones consecuencialistas.

En este punto, una primera cuestión es la relativa a si cabe legitimar excep- 91
cionalmente la producción de la muerte de inocentes. A este respecto, la tradición clásica, que consideraba la condena a muerte de malhechores y enemigos como lícita conforme a la ley humana,[176] sostenía, en cambio, que «de ninguna manera está permitido matar a los justos e inocentes, en cuanto que su vida preserva y promueve el bien común».[177] Aunque basándose en la prohibición kantiana de instrumentalización, esta misma fue la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006 —en el «caso de la Ley de seguridad aérea»—. En efecto, al alto tribunal sostuvo que el derribo de un avión secuestrado por terroristas lesiona la dignidad de los pasajeros inocentes, de modo que no puede ser reputado lícito. A este respecto, procede subrayar que el art. 15 CEDH ciertamente permite a los Estados derogar los derechos del convenio en caso de guerra o de emergencia pública que comprometa la vida de la nación.[178] Sin embargo, el derecho a la vida (art. 2 CEDH) se reputa inderogable, salvo en el supuesto de la guerra legítima. *A fortiori,* hay que afirmar que la prohibición de la tortura estatal, como práctica lesiva de la dignidad humana, tiene carácter absoluto (*cfr. supra* capítulos 18/80; 19/97).[179] Esto último afecta tanto a la conducta del funcionario policial particular, que no resulta justificada ni por legítima defensa ni por estado de necesidad,[180] como a la actuación institucional del

---

[176] *Tomás de Aquino,* Suma Teológica, I-II, c. 100, a. 8.

[177] «*justos et innocentes, cum eorum vita bonum commune conservet atque promoveat, nullo pacto occidere licet*»: *Tomás de Aquino,* Suma Teológica, II-II, c. 64, a. 6.

[178] A favor de la tesis de la sentencia, desde perspectivas distintas, *Cano Paños* (2011), 911 ss.; *Beade,* Revista de Derecho. P.U. C. Valparaíso 58 (2022), 79 ss. Críticos, por diferentes motivos, *Pawlik,* JZ 2004, 1053-1054; *Jakobs,* FS Krey, 2010, 207 ss.; *el mismo* (2012), 50 ss.; *Schünemann,* GA 2020, 1 ss. En cuanto a los iuspublicistas, a favor, *Lepsius,* German L. J. 7 (2006), 775; en contra, *Doménech Pascual,* RAP 2006, 389 ss.; *Isensee,* FS Jakobs, 2007, 205 ss.

[179] La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), en su art. 2.2 señala que: «en ningún caso, podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura».

[180] *Merkel* (2007), 392; *Muñoz Conde,* LH Mir Puig, 2017, 769 ss.; *Fornasari,* RCP 2018, 218.

Estado. Por eso, la STEDH del 30 de junio de 2008 (Gäfgen c. Alemania) señala que «la tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos, ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación».

92 Ciertamente es posible distinguir entre el caso de la tortura y el de la causación de la muerte de inocentes. En efecto, la tortura siempre es instrumentalizadora —cosificadora— y en ello radica su carácter esencialmente lesivo de la dignidad. En cambio, la causación de la muerte de inocentes puede tener lugar de modo directo o, por el contrario, como efecto colateral de una conducta que, en sí misma, es lícita. Por este motivo, como se indicó, algunos autores consideran que el derribo del avión secuestrado puede ser lícito, en la medida en que la muerte de los pasajeros inocentes se repute un efecto colateral. De hecho, ello ya se planteó en la escolástica española del siglo XVI a propósito del caso del hundimiento de la nave turca agresora con remeros cristianos en sus bodegas. Sin embargo, no es tan fácil sostener que, en los casos de retirada de un respirador a un paciente para aplicárselo a otro con mejor pronóstico, la muerte de aquel es un mero efecto colateral. En realidad, en casos así, la única perspectiva de calificar el triaje *ex post* como lícito es contemplarlo como una omisión de la prosecución del tratamiento. En fin, tampoco es fácil ver siempre la muerte del niño siamés como un efecto colateral de la conducta orientada a la salvación de su hermano. Así pues, todo parece indicar que, en algunos casos límite, efectivamente, se da carta de naturaleza a soluciones abiertamente consecuencialistas.

2.6.2. *El argumento del riesgo extremo para la comunidad política*

93 En el contexto mencionado, cabe plantearse si puede llegar a ser conforme a Derecho la lesión dolosa intencional y directa de bienes intrínsecos de inocentes por parte de las autoridades del Estado. Ciertamente el Estado de Derecho no puede admitirlo para situaciones de normalidad; sin embargo, la cuestión es si cabe que lo asuma en el marco de un estado de radical excepción.[181] En concreto, en la situación límite de peligro de desaparición de la comunidad política —de la *res publica*—, que podría interpretarse como una especie de «comunidad nacional de peligro». A este respecto, un sector de la doctrina angloamericana sostiene que aquí se alza un límite consecuencialista a las consideraciones deontológicas —a la doctrina de los «absolutos morales»—.[182] Sin embargo, en este punto conviene tener presente que incluso en el Derecho de los conflictos armados únicamente cabe lesionar de modo

---

[181] *Jakobs*, FS Krey, 2010, 216-217, sostiene que en estos casos se da una crisis de Estado, que se resuelve al margen de la juridicidad. En cambio, *Sánchez Dafauce*, InDret 4/2014, 32; *el mismo* (2016), 416 ss., propone la creación expresa de una causa de justificación para los casos de homicidio en evitación de masacres y catástrofes.

[182] En inglés: «*threshold deontology*». *Moore* (1997), 669 ss. Crítico, *Alexander*, San Diego L. R. 37 (2000), 893 ss.

intencional y directo a los enemigos declarados. En cambio, de conformidad con el Derecho internacional humanitario, la producción de muertes en la población civil únicamente es admisible como efecto colateral y siempre que se cumplan los requisitos de la doctrina del doble efecto (*cfr. supra* capítulos 18/81; 21/153). Por lo tanto, con mayor motivo, la lesión activa, intencional y directa de bienes intrínsecos de inocentes no puede ser lícita en el contexto de una catástrofe ferroviaria, de una inundación o de una crisis sanitaria. En definitiva, si no se ha declarado una guerra conforme a los tratados internacionales, no puede abrirse un «espacio libre del Derecho de la paz».[183]

3. EL RECURSO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA AUTOMATIZACIÓN DE LAS DECISIONES DILEMÁTICAS

La procedimentalización de la exención de responsabilidad penal, iniciada en el siglo XIX y desarrollada en el siglo XX, tiene continuidad en el siglo XXI mediante el proceso de automatización de la solución de las situaciones dilemáticas. Como se indicó, la idea rectora de la procedimentalización ha sido pasar de las excepciones *ex post* a las reglas *ex ante* o, en otros términos, de lo particular a lo general, de modo que quede definido *ex ante* lo que se puede y lo que no se puede hacer (*cfr. supra* capítulos 10/101; 18/90). Pues bien, en el tránsito de la procedimentalización a la automatización, tales reglas jurídicas *ex ante* son sustituidas por los criterios de programación de «algoritmos prescriptivos». Estos últimos rigen, por ejemplo, el funcionamiento de vehículos autopilotados,[184] de drones militares o el de robots médicos o industriales,[185] resolviendo las situaciones dilemáticas que se puedan dar en el contexto de su aplicación. **94**

Ahora bien, el procesamiento automático de macrodatos y, con ello, la automatización de las decisiones determina el abandono de las distinciones que tienen lugar en la sistemática de la teoría del delito, en particular entre los niveles (i) del riesgo permitido abstracto, (ii) de la justificación concreta y (iii) de la exclusión de la prohibición bajo pena (o exculpación). Ello se debe a que el recurso a la inteligencia artificial conduce a establecer criterios personalizados y «situacionalizados» *ex ante*, estrictamente binarios. En efecto, los criterios ético-jurídicos de programación, tan pronto como el órgano administrativo competente autoriza la comercialización de la máquina que incorpora el algoritmo, dan lugar a soluciones automáticas a los dilemas. Así, ya no cabe superponer los códigos «conforme a Derecho/antijurídico» y, en este segundo caso, «punible/no punible». El nuevo y único código rector **95**

---

[183] *Koriath*, JRE 11 (2003), 333 ss.

[184] *Hevelke/Nida-Rümelin*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 19 (2015), 5 ss.; *Joerden* (2017), 73 ss.; *Hilgendorf* (2017), 143 ss.; *Coca Vila*, CPC 122 (2017), 235 ss.; *el mismo*, RDPyPP 6 (2018), 1130 ss.; *Hörnle/Wohlers*, GA 2018, 12 ss.; *Greco*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 485 ss.

[185] *Kuhli*, FS Merkel, I, 2020, 887 ss. Incluida la determinación algorítmica de los precios de los productos, en función de muy diversos datos del propio vendedor o del comprador («*algorithmic pricing*»).

—binario—, que determina lo que sucederá, es el de «necesario/imposible». Desde luego, este nuevo contexto plantea múltiples problemas. El primero es el básico y tiene que ver con la fundamentación de las decisiones adoptadas en la programación y la equidad en el procedimiento seguido para su adopción.[186] Ahora bien, para acceder a esta e impugnar los sesgos de toda clase en los que se puede haber incurrido, es necesario garantizar la transparencia en el acceso a los programas. Ello, a su vez, parece imposible en tanto en cuanto tales programas se consideren cubiertos por un secreto de empresa inaccesible para terceros.

VII. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL LLAMADO «AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE» Y DEL ENCUBRIMIENTO IMPUNE DE PARIENTES

1. EL PROBLEMA DEL AUTOENCUBRIMIENTO

96 La relevancia jurídico-penal de la realización de conductas con la finalidad de autoencubrimiento de un delito previo es discutida. Desde luego, si el autoencubrimiento no da lugar a la comisión de un nuevo delito, obviamente no puede ser castigado.[187] Así lo suelen indicar de modo expreso las regulaciones legales del encubrimiento, que delimitan el círculo de sujetos activos excluyendo a quienes hayan intervenido en el delito encubierto. En cambio, la cuestión se plantea cuando la conducta de autoencubrirse constituye un nuevo delito, algo que, en términos históricos, se había planteado ya a propósito de la inhumación ilegal del cadáver tras la comisión de un asesinato. Además de este caso, la jurisprudencia española había considerado impune la comisión de delitos de desobediencia, de omisión de socorro y de falsedad documental para encubrir la comisión de otros delitos previos.[188] En efecto, si un delincuente en fuga se detenía a prestar el debido socorro, se arriesgaba a ser detenido por la policía; y algo similar ocurría si el delincuente obedecía la orden policial de «¡alto!». Igualmente, por poner un tercer ejemplo, si el policía que se había apoderado de parte de la droga decomisada consignaba en su atestado la totalidad de la droga aprehendida, corría el riesgo de ser descubierto. En este punto, seguramente no era irrelevante que los delitos cometidos para autoencubrirse lesionaran bienes jurídicos colectivos-estatales, y no afectaran a bienes individuales. En todo caso, las razones que se baraja-

---

[186] En este punto, sigue siendo muy relevante el experimento denominado «*The Moral Machine*» que recogió cuarenta millones de datos en relación con posibles soluciones, lo que puede dar pistas de cara a la ética de la programación de decisiones en situaciones dilemáticas. Al respecto, *Awad/Dsouza/Kim et al.*, Nature 563 (2018), 59 ss.

[187] Por eso, las declaraciones de la jurisprudencia en este sentido son tautológicas.

[188] *Silva Sánchez*, ADPCP 1988, 561 ss.; de modo general, *Maqueda Abreu*, ADPCP 1991, 34 ss. Por ejemplo, STS de 17 de noviembre 1993; STS de 11 de enero de 1999; STS 1009/2009, de 14 de octubre, que absuelve del delito de presentación en juicio de un documento privado falso, por estimar que se trata de un acto de autoencubrimiento impune de un delito previo.

ban para sostener la impunidad del autoencubrimiento eran tres. A saber: (i) el derecho a no declarar contra uno mismo (*cfr. supra* capítulo 21/127); (ii) la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho; o bien (iii) la doctrina del hecho posterior co-penado, es decir, la apreciación de un concurso de leyes (o de un concurso real impropio), en los términos de los arts. 8.2 o bien 8.3 CP español) (*cfr. supra* capítulo 17/113). En función de cuál fuera la opción prevalente, la ubicación del problema sería la antijuridicidad, la culpabilidad penal y la punibilidad.

97 En las últimas décadas se ha producido una cierta inversión de la tendencia. Así, puede afirmarse que el significado de las conductas de autoencubrimiento mediante la realización de conductas lesivas de bienes «jurídico-estatales» ha pasado por tres fases históricas, al menos por lo que se refiere a España. En una primera fase, se admitió con cierta amplitud la exención de responsabilidad, con base en los mencionados argumentos. Luego, en una segunda fase, se pasó a dudar sobre su relevancia. En esta línea de progresiva pérdida de relevancia de la idea rectora del autoencubrimiento, hay que mencionar la declaración de conformidad con la Constitución del delito de desobediencia por negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia.[189] En fin, en una tercera fase se plantea incluso su calificación como agravante. Así sucede, por ejemplo, en el tipo cualificado de delito contra la Hacienda Pública (art. 305 bis c) CP español). En este, la conducta de adopción de medidas para ocultar la identidad del obligado tributario, o la detección de su patrimonio, o su persecución, en definitiva, da lugar a una agravante, que permite superar el extremo superior del marco penal típico.

2. EL ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y LA DISPENSA DE DECLARAR CONTRA ELLOS

98 Las conductas típicas de encubrimiento, salvo las que auxilien a que los intervinientes en el delito «se beneficien del provecho, producto o precio de este», están exentas de pena siempre que se realicen a favor del «cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados» (art. 454 CP español). En el caso de otros parientes, puede atenuarse la pena del encubrimiento, en virtud de la circunstancia mixta de parentesco, que aquí opera sobre la base de la noción de exigibilidad disminuida (art. 23 CP español). Por su parte, la «dispensa de declarar» en procedimientos penales, que ampara a los testigos parientes del acusado, responde también a razones de inexigibilidad, sin descartar la concurrencia de otros factores. En efecto, los arts. 176 y 420 LECrim establecen la obligación de los testigos de comparecer y declarar, que de entrada es el contenido de una norma administrativa de autotutela del proceso. Sin

[189] STC 161/1997, de 2 de octubre.

embargo, en caso de reiteración en el incumplimiento de tal obligación, su infracción da lugar a la realización del tipo del art. 463.1, inciso segundo, CP español —obstrucción a la justicia—. Pues bien, en este contexto, tanto el art. 416 como el art. 418 LECrim establecen que se hallan «dispensados de la obligación» de declarar los testigos cuando su declaración haya de referirse a hechos de sus parientes.

99 Según la jurisprudencia, la mencionada dispensa se asienta en el «derecho a proteger la intimidad familiar» o, en todo caso, en el «vínculo de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar».[190] Ello ha dado lugar a una doctrina que la reconstruye como un «derecho» del testigo[191] (*cfr. supra* capítulo 21/131). Pues bien, esto último es relevante en la medida en que pone de relieve que las instituciones no comprenden solo deberes positivos, sino también derechos —o dispensas— que cabe esgrimir frente al Estado, precisamente para la protección de la correspondiente institución. En puridad, lo que sucede aquí es que se hace primar el deber relativo a la familia frente al deber que se tiene con respecto a la Administración de Justicia. En efecto, en el caso de que se viera obligado a declarar, el testigo se encontraría en la tesitura de que el cumplimiento de su deber de decir la verdad —para la protección de los fines del proceso— pudiera colisionar con su deber de proteger a su pariente. La dispensa impide el propio surgimiento de la situación de conflicto, operando de modo relativamente similar —en términos estructurales— a como lo hace la objeción de conciencia previa.

[190] SSTS 292/2009, de 26 de marzo; STS 1010/2012, de 21 de diciembre, aun cuando la convivencia efectiva haya cesado.

[191] Sobre la discusión, *Villamarín López*, InDret 4/2012, 15.

Capítulo 27

LA PUNIBILIDAD

Bibliografía seleccionada: *Aboso,* El arrepentido en el Derecho penal premial, 2017; *Alcácer Guirao,* La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23.5.° CP, PJ 63 (2001), 71; *Alonso Rimo,* Víctima y sistema penal, 2002; *Alschuler,* Justice, Mercy, and Equality in Discretionary Criminal Justice Decision Making, J. of L. & Religion 35 (2020), 18; *Álvarez García/ Ventura Püschel,* La inviolabilidad del Rey, LH Lorenzo Salgado, 2021, 91; *Amarelli,* La ritrattazione e la ricerca della verità, 2006; *Arzt,* Amerikanisierung der Gerechtigkeit, FS Triffterer, 1996, 527; *Asholt,* Verjährung im Strafrecht, 2016; *Asúa Batarrita,* Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional, LH Torío López, 1999, 221; *AA.VV.,* Diritto premiale e sistema penale, 1983; *Bacigalupo,* El error sobre las excusas absolutorias, CPC 6 (1978), 3; *el mismo,* Delito y punibilidad, 1983; *el mismo,* Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el Derecho penal actual, en: AA.VV., Teorías actuales en el Derecho penal, 1998, 138; *Bajo Fernández,* El parentesco en Derecho penal, 1973; *von Bar,* Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882; *Bazelon,* The Morality of the Criminal Law, Southern California L. R. 49 (1976), 385; *Beade/ Lorca,* Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién, Isonomía 47 (2017), 135; *S. Beck,* Alter schützt vor Strafe nicht?, HHRS 3 (2010), 156; *Beckemper,* Die Funktion der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, ZIS 2018, 394; *Beling,* Grundzüge des Strafrechts, 9.ª, 1925; *Benítez Ortúzar,* El colaborador con la justicia, 2004; *Bittar,* A punibilidade no direito penal, 2015; *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bobadilla,* La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el Derecho chileno, PolítCrim 11 (2016), 548; *Boeglin/ Shapiro,* A Theory of Differential Punishment, Vanderbilt L. R. 70 (2017), 1499; *Bottke,* Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *Braum,* La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario, en: AA.VV., La insostenible situación del Derecho Penal, 2000, 4; *Bustos Rubio,* Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad, EPC XXXV (2015), 189; *Campagna,* Gibt es ein Recht auf Begnadigung?, JRE 11 (2003), 373; *el mismo,* Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung, ARSP 89 (2003), 171; *el mismo,* Amnestie: Wenn das Vergessen zur staatsbürgerlichen Pflicht wird, ARSP 90 (2004), 530; *Cancio/ Oubiña,* Las medidas premiales en materia de delitos de terrorismo en el Código Penal español, en: Gil/Maculan (eds.), La ejecución de las penas por delitos de terrorismo, 2023, 25; *Cardenal Montraveta,* La prescripción de la pena, 2015; *Carmona Salgado,* La excusa absolutoria del art. 268 CP, LH Luzón Peña, I, 2020, 537; *Caroli,* Il potere di non punire, 2020; *Carracedo Carrasco,* Pena e indulto: una aproximación holística, 2017; *Castellví Monserrat,* Provocar y castigar: el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado, 2020; *Castro Moreno,* Análisis teórico-práctico de la condición objetiva de procedibilidad en los delitos societarios, RDyPP 19 (2008), 47; *Ceffinato,* Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung, 2017; *Cigüela Sola,* El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal, InDret 2/2017, 1; *el mismo,* Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización, RDPC 17 (2017), 13; *el mismo,* Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena, 2019; *el mismo,* Injusticia social y Derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo, Doxa 42 (2019), 389; *el mismo,* Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural, RECPC 22 (2020), 1; *el*

mismo, Esbozo de una epistemología medial para el Derecho penal, InDret 4/2021, 191; *Coca Vila* (ed.), Pena y vínculo político, 2023; *Cocco*, La punibilità. Quarto elemento del reato, 2018; *Condlin*, Bargaining without Law, New York Law School L. R. 56 (2011/2012), 281; *Cornacchia*, Consideraciones sobre las condiciones de punibilidad, LH Jakobs, 2008, 327; *el mismo*, La punibilità sub condicione, Legislazione Penale 2017, 1; *Cuello Contreras*, Restricciones del tipo subjetivo en los delitos con elementos y remisiones de carácter normativo, LH Luzón Peña, I, 2020, 557; *Cuerda Arnau*, Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, 1995; *Cuerda Riezu*, Los medios de comunicación y el Derecho penal, LH Barbero Santos, 2001, 187; *el mismo*, Inconstitucionalidad de la excusa absolutoria por algunos delitos patrimoniales entre parientes, LH Huerta Tocildo, 2020, 59; *Delgado*, Organically Induced Behavioral Change in Correctional Institutions: Release Decisions and the New Man Phenomenon, Southern California L. R. 50 (1977/1978), 215; *el mismo*, «Rotten Social Background»: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?, Law & Inequality 3 (1985), 9; *Demetrio Crespo*, Prescripción penal y Estado de Derecho, RP 52 (2023), 71; *Diamantis*, Limiting Identity in Criminal Law, Boston College L. R. 60 (2019), 2011; *el mismo*, Invisible Victims, Wisconsin L. R. 1 (2022), 1; *Díez Ripollés*, La categoría de la punibilidad en el Derecho penal español, LH Mir Puig, 2017, 523; *Dimoulis*, Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, 1996; *el mismo*, Die Gnade als Symbol, KritV 1998, 354; *Donini*, Non punibilità e idea negoziale, IP 2001, 1035; *el mismo*, Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente, LH Coppi, 2001, 889; *el mismo*, Il volto attuale dell'illecito penale, 2004; *Donini/Bin/Diamanti* (eds.), Preventing International Terrorism. European Models of Rewarding Measures for Judicial Cooperators, 2021; *Erhardt*, Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität, 2014; *Esteve Pardo*, El camino a la desigualdad, 2024; *Faraldo Cabana*, Las causas de levantamiento de la pena, 2000; *la misma*, El fundamento de la exención de pena por la realización de comportamientos posdelictivos positivos, CDJP 7 (2001), 337; *la misma*, Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la administración de justicia, LH Valle Muñiz, 2001, 1303; *la misma*, Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada, en: Cancio/Gómez-Jara (eds.), Derecho penal del enemigo, 2006, 757; *la misma*, Dos cuestiones sobre la amnistía: admisibilidad y efectos, LH Queralt Jiménez, 2021, 179; *Fernández-Pacheco*, El indulto a instancia judicial, InDret 2/2019, 1; *Ferré Olivé*, Punibilidad y proceso penal, RGDP 10 (2008), 1; *el mismo*, El plea bargaining, o cómo pervertir la justicia penal, RECPC 20 (2018), 1; *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, 2. Theil, 1797; *Fliquete Lliso*, Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la Justicia?, PyD 2017, 209; *Frank*, Vom intellektuellen Verbrechensschaden, FG Heck, 1931, 47; *García Arán*, Las prerrogativas parlamentarias en el siglo XXI, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 229; *la misma*, Punibilidad, procedibilidad y reparación en la delincuencia económica, LH Zugaldía Espinar, 2021, 227; *García España*, El premio a la colaboración con la Justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa, 2005; *García Mahamut*, El indulto. Un análisis jurídico-constitucional, 2004; *García-Moreno*, Las recompensas económicas al alertador (whistleblower). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 249; *García Pérez*, La punibilidad en el Derecho penal, 1997; *el mismo*, Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad, EPC XXXIX (2019), 709; *el mismo*, Bases para lograr el consenso en torno a la punibilidad, LH Luzón Peña, I, 2020, 665; *García San Martín*, El indulto. Tratamiento y control jurisdiccional, 2015; *Garro Carrera*, Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa, InDret 1/2013, 1; *la misma*, Paso del tiempo y respuesta penal, 2023; *Garro Carrera/Asúa Batarrita*, Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria, 2008; *Gatta*, Prescripción del delito, duración razonable del proceso y protección de bienes jurídicos, LH Queralt Jiménez, 2021, 203; *Gil Gil*, La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica, 2009; *Gili Pascual*, La prescripción en Derecho penal, 2001; *Gilman*, The Poverty Defense, U. Richmond L. R. 47 (2013), 495; *Gimbernat Ordeig*, ¿Hasta dónde llega la inviolabilidad del Rey?, LH Boix Reig, 2021, 193; *Gómez Benítez*, La inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria, RFDUC 64 (1982), 25; *Gómez Lanz/Benito Sánchez*, Sistema penal y exclusión social, 2020; *Gómez Lanz/*

Sanmartín, Problemas asociados a la satisfacción de la responsabilidad civil en los supuestos de prescripción de la infracción penal, ADPCP 2023, 111; *Gómez Martín*, La prescripción del delito: una aproximación a cinco cuestiones aplicables, 2016; *González Cussac/ Cuerda Arnau*, Aproximación al Derecho penal parlamentario: inviolabilidades, Cuadernos de Derecho Público 1 (1997), 101; *González Tapia*, La prescripción en el Derecho penal, 2003; *Greco*, Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los viejos nazis, ADPCP 2023, 9; *Green*, Merecimiento justo en sociedades injustas: un enfoque basado en casos específicos, en: Duff/Green (eds.), Fundamentos filosóficos del Derecho penal, 2020, 397; *Grosse-Wilde*, Sanktionsnormen als bedingte Verhaltensnormen?, RphZ 2018, 137; *K. Günther*, Schuld und kommunikative Freiheit, 2005; *Hass*, Wie entstehen Rechtsbegriffe?, 1973; *Hassemer*, La renuncia a la pena como instrumento de política criminal, en: Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, 107; *Herzog*, ¿No a la persecución penal de dictadores ancianos?, PolítCrim 5 (2008), 1; *Higuera Guimerá*, Las excusas absolutorias, 1993; *Hirsch*, La reparación del daño en el marco del Derecho penal material, en: AA.VV., De los delitos y de las víctimas, 1992, 60; *Hobbes*, Leviathan, 1651; *Hochmayr/ Gropp* (Hrsg.), Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen, 2021; *Hörnle*, Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit, FS Beulke, 2015, 115; *Horter*, Zeitabstand zwischen Tat und Verurteilung als ungeschriebener Strafmilderungsgrund?, ZStW 133 (2021), 385; *Hoven*, Zum Umgang mit Langen Zeitabständen zwischen Tat und Urteil, GA 2023, 661; *Husak*, Already Punished Enough, en: el mismo, Philosophy, 2010, 433; *Jakobs*, El desistimiento como modificación del hecho, en: el mismo, Estudios, 1997, 325; *Jericó Ojer*, La figura del arrepentido y la justicia penal negociada, RP 52 (2023), 109; *Jiménez de Asúa*, La recompensa como prevención general. El Derecho premial, 1915; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *Kindhäuser*, Sobre la posible afectación de procesos penales por los medios de comunicación, LH Cury, 2013, 1119; *el mismo*, Versuch und Vollendung — normtheoretisch betrachtet, FS Fischer, 2018, 125; *Köhler*, Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen, en: Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. Hamburger Ringvorlesung, 1990, 57; *Kolber*, Against Proportional Punishment, Vanderbilt L. R. 66 (2013), 1141; *Kühl*, Der Tod des Beschuldigten oder Angeklagten im laufenden Strafverfahren, FS Meyer-Gossner, 2001, 716; *Lampe*, Strafphilosophie. Studien zur Strafgerechtigkeit, 1999; *Landera Luri*, Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas, 2018; *Lascuraín Sánchez*, Los límites de la amnistía, RP 28 (2011), 95; *Lascuraín/ Gascón*, ¿Por qué se conforman los inocentes?, InDret 3/2018, 1; *Laubenthal/ Mitsch*, Rechtsfolgen nach dem Tod des Angeklagten im Strafverfahren, NStZ 1988, 128; *Lüderssen*, V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985; *Luzón Peña*, La punibilidad, LH Cerezo Mir, 2002, 831; *MacIntyre*, Tras la virtud, 2013; *Manes*, Giustizia mediatica, 2022 (=Justicia mediática, 2022); *Manjón-Cabeza Olmeda*, Las excusas absolutorias en Derecho español, 2014; *Mañalich*, ¿La comisión de delitos mediante la imputación de delitos? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla, RPDJP 6 (2005), 193; *el mismo*, La tentativa como hecho punible, RChD 44 (2017), 461; *el mismo*, Una concepción hegeliana de la amnistía, Antítesis: Revista Iberoamericana de Estudios Hegelianos 5 (2023), 23; *Mapelli Caffarena*, Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, 1990; *el mismo*, Pena natural —poena naturalis— o daños colaterales en la realización de una infracción penal, LH Mir Puig, 2017, 1003; *Martínez-Buján*, Las condiciones objetivas de punibilidad, 1989; *el mismo*, Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad, LH Beristain, 1989, 567; *el mismo*, Falsas condiciones objetivas de punibilidad en el Código Penal español, LH Fernández-Albor, 1989, 481; *el mismo*, El error en la teoría jurídica del delito, 2017; *Martínez Elipe*, Reflexiones sobre la inviolabilidad, inmunidad y aforamiento, Revista de las Cortes Generales 55 (2002), 29; *Martínez Escamilla*, Los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general, LH Ruiz Antón, 2004, 701; *la misma*, Inmigración, derechos humanos y política criminal, InDret 3/2009, 1; *Martínez Ruiz*, La reparación del perjuicio, 2017; *Marxen*, Straftatsystem und Strafprozeß, 1984; *Melissaris*, Posthumous Punishment: What May Be Done About Criminal Wrongs After the Wrongdoer's Death?, CL&Phil 11 (2017), 313; *Mendes de Carvalho*,

Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática, RECPC 7 (2005), 1; *la misma,* Las condiciones objetivas de punibilidad impropias: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código penal español, RDPC 17 (2006), 221; *la misma,* Punibilidad y delito, 2007; *R. Merkel,* Personale Identität und die Grenzen strafrechtlichen Zurechnung, JZ 1999, 502; *Minow,* When Should Law Forgive?, 2019; *Moccia* (ed.), La giustizia contrattata, 1998; *Mitsch,* Postmortales Persönlichkeitsrecht verstorbener Straftäter, NJW 2010, 3479; *Molina Fernández,* El indulto y sus razones: justicia, utilidad, clemencia y cautela, en: el mismo (ed.), El indulto, 2019, 251; *el mismo,* The King Can Do Wrong: La inviolabilidad del Rey a examen, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 407; *Molina Fernández* (ed.), El indulto: pasado, presente y futuro, 2019; *Montenbruck,* Strafgründe und Geständnis, FS Rogall, 2018, 235; *Montero,* La regularización tributaria como equivalente funcional de la pena retributiva, InDret 2/2020, 304; *el mismo,* Equivalentes funcionales de la pena retributiva, 2023; *Montiel Fernández,* Regulaciones de excepción y prohibición de analogía, InDret 3/2013, 1; *el mismo,* Legalidad e imputación en Derecho penal, 2020; *Moore,* Justifying Retributivism, Israel L. R. 27 (1993), 15; *Moreno-Torres Herrera,* El error sobre la punibilidad, 2004; *Murphy,* Mercy and Legal Justice, Social Philosophy & Policy 4 (1986), 1; *Murphy/Hampton,* Forgiveness and Mercy, 1988; *Musco,* Los colaboradores con la justicia, RP 2 (1992), 35; *Naucke,* Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, GA 1998, 263; *Nelkin,* Freedom and Forgiveness, en: Haji/Caouette (eds.), Free Will and Moral Responsibility, 2013, 165; *Noltenius,* Rechtsphilosophische Überlegungen zur Begründung des Instituts der Verfolgungsverjährung, JRE 27 (2019), 609; *Nozick,* Anarchy, State and Utopia, 1974; *Núñez Fernández,* Algunas reflexiones sobre la punibilidad en el tratamiento jurídico penal del terrorismo, en: Gil/Maculan, La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, 2017, 267; *el mismo,* Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena, 2017 b; *Oliver Calderón,* Acuerdos en el proceso penal, LH Silva Sánchez, 2019, 1059; *Orozco López,* Exclusión social, criminalidad y reacción estatal, en: Coca Vila (ed.), Pena y vínculo político, 2023, 141; *Ortiz Pradillo,* Los delatores en el proceso penal, 2018; *Otto,* Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?, GS Schröder, 1978, 53; *Parfit,* Reasons and Persons, 1984; *D. Pastor,* El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho, 2002; *Pawlik,* Die Aufhebung der Strafbarkeit, en: Koch *et al.* (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014, 303; *Pedreira González,* En defensa del indulto, 2020; *el mismo,* La amnistía, el indulto y los denominados delitos políticos, LH Huerta Tocildo, 2020, 519; *Pérez Ferrer,* El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español, 2008; *Pérez del Valle,* Amnistía, Constitución y justicia material, REDConst 21 (2001), 187; *Costa Pinto,* A categoria da punibilidade na teoria do crime, 2013; *Pisani,* Diritto premiale e sistema penale, en: AA.VV., Diritto premiale, 1983, 11; *el mismo,* Studi di diritto premiale, 2.ª, 2010; *el mismo,* Diritto premiale: le revoche per indegnità, Jus: Rivista di Scienze Giuridiche 58 (2011), 151; *Popitz,* Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980; *Porciúncula,* Diachroner Retributivismus, ZIS 2021, 351; *Pozuelo Pérez,* El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003; *Puente Rodríguez,* Contra la atemperación (o supresión) del castigo penal del excluido, InDret 2/2023, 357; *Quintanar Díez,* La justicia penal y los denominados arrepentidos, 1996; *Quintero Olivares,* El necesario cuestionamiento de las funciones del parentesco en el Derecho penal, LH Díez Ripollés, 2023, 953; *Ragués i Vallès,* La prescripción penal, 2004; *el mismo,* ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal, InDret 3/2006, 1; *el mismo,* Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal, 2013; *el mismo,* La inaplazable reforma de la prescripción de la pena, LH Suárez Montes, 2013, 547; *el mismo,* La función del proceso en el sistema integral del Derecho penal, LH Octavio de Toledo, 2016, 1203; *el mismo,* El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena, LH Silva Sánchez, 2019, 61; *el mismo,* ¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión?, InDret 3/2020, 112; *el mismo,* La prescripción de los abusos sexuales infantiles, ¿ni olvido ni perdón?, CPC 132 (2020), 67; *el mismo,* La prisión provisional como ultima ratio, 2023; *Renzikowski,* Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, FS Gössel, 2002, 3; *el mismo,* Dimensionen der Straftat: Täter — Opfer —

Gesellschaft, FS Höhland, 2015, 210; *Resta,* Il diritto penale premiale, Dei Delitti e Delle Pene 1 (1983), 41; *Reyes Alvarado* (ed.), ¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, 2018; *el mismo* (ed.), ¿Es injusta la justicia transicional?, 2018 b; *Reyes Echandía,* La punibilidad, 1978; *Robinson/ Cahill,* Law without Justice, 2006; *Robinson/ Sarahne,* After the Crime: Rewarding Offenders' Positive Post-Offense Conduct, NCLR 24 (2021), 367; *Robles Planas,* Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 857; *Rodríguez Ramos,* El indulto como derecho, LH Díez Ripollés, 2023, 1121; *Rödig,* Zur Systematik des Verbrechensaufbaus, FS Lange, 1976, 39;*Rostalski,* Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019; *la misma,* Straftatbegriff und strafbefreiender Rücktritt, FS Sancinetti, 2020, 635; *Roxin,* Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena, CPC 46 (1992), 169; *Ruiz Antón,* El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ADPCP 1982, 119; *Ruiz Miguel,* Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural), InDret 2/2018, 1; *Sánchez Dafauce,* Sobre el estado de necesidad existencial, 2016; *Sánchez García de Paz,* El coimputado que colabora con la justicia, RECPC 7 (2005), 1; *Sánchez-Ostiz,* ¿Encubridores o cómplices?, 2004; *el mismo,* Una aportación al estudio de la punibilidad, RDP 28 (2009), 11; *el mismo,* Punibilidad y teoría del delito, en: el mismo, A vueltas con la Parte Especial, 2020, 123; *Sánchez Ríos,* Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos, 2003; *Sánchez-Vera,* Una lectura crítica de la Ley de Indulto, InDret 2/2008, 1; *Santana Vega,* Principio de oportunidad y sistema penal, ADPCP 1994, 106; *la misma,* Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción), REDConst 36 (2016), 51; *Schroth,* Das Kompensationsprinzip als Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 335; *Seelmann,* La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena, en: Robles (ed.), Límites, 2013, 213; *Serrano,* Los elementos constitutivos del concepto de pena natural, PolítCrim 17 (2022), 856; *Silva Sánchez,* Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, PJ 45 (1997), 183; *el mismo,* Hermanos, pero no primos, LL 4 (2001), 1549; *el mismo,* Dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, 2004, 15; *el mismo,* Identidad en el tiempo y responsabilidad penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 661; *el mismo,* Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal, LH Suárez Montes, 2013, 715; *el mismo,* Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, 2018; *Simón Castellano,* La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes, RECPC 24 (2022), 1; *Singelnstein,* Strafbare Strafverfolgung, 2015; *Siracusa,* Oblio e memoria del reato nel sistema penale, 2022; *Steenbreker,* Identität und Freiheit: Studien zur Zeitlichkeit der Person im Strafrecht, 2020; *Tadros,* Poverty and Criminal Responsibility, Journal of Value Inquiry 43 (2009), 391; *Tamarit Sumalla,* Amnistía y transición, LH Vives Antón, II, 2009, 1807; *Teixeira,* Der nemo-tenetur-Grundsatz und außerstrafrechtliche Mitwirkungspflichten, ZStW 135 (2023), 253; *Vega Gutiérrez,* Naturaleza dogmática de los límites cuantitativos en los delitos económicos, Revista de Derecho -Universidad Centroamericana- 16 (2013), 9; *Viana Ballester,* Inmunidades e inviolabilidades, 2011; *de Vicente Remesal,* El comportamiento postdelictivo, 1985; *Villacampa Estiarte,* El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos, LL 10.101 (2022), 1; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1978; *Wilenmann,* Sobre el discurso de legitimación política de la pena estatal. Una crítica de su estructuración tradicional, RChD 31 (2018), 347; *Wolfslast,* Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995; *Wolter,* Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal, LH Roxin, 1995, 37; *el mismo,* Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad, en: Luzón Peña/Mir Puig (eds.), Cuestiones, 1999, 1; *el mismo,* Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, 2004, 31; *Wringe,* Perp Walks as Punishment, Ethical Theory and Moral Practice 18 (2015), 615; *Yacobucci,* Criterios de imputación en el delito flagrante provocado, LH Mir Puig, 2017, 891; *Zagrebelsky,* Amnistia, indulto e grazia, 1974; *Zimmermann,* Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung, 1997.

I. GENERALIDADES

1. EL INJUSTO CULPABLE Y LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

1 El contenido de las normas penales de sanción se infiere de los preceptos legales que definen cada delito, así como de otras muchas disposiciones sustantivas, procesales y orgánicas. Una vez fijado, tiene como efecto habilitar al órgano judicial predeterminado por la legislación del poder judicial para la imposición de una pena. Así las cosas, se advierte que la determinación de los elementos del supuesto de hecho de las normas de sanción constituye una cuestión jurídico-política trascendental. En efecto, en el ámbito sistemático de estas últimas se dilucida buena parte de la legitimación jurídica del castigo. Desde luego, el primer elemento de tal supuesto de hecho es la infracción típica y culpable de la norma de conducta por parte de un sujeto. Esto es, que se haya cometido un delito. A su vez, el delito como hecho histórico existe desde el momento en que una persona realiza culpablemente un injusto típico y, con ello, queda fundamentado el «si» y el «cuánto» de su merecimiento de pena. Ciertamente, la imposición del castigo a esa persona determinada solo es justa en la medida en que retribuya aquella realización culpable de un hecho típicamente antijurídico. Únicamente así se realiza la dimensión de justicia conmutativa inherente al Derecho penal de la pena.

2 Sin embargo, la concurrencia de un injusto típico y culpable —de la conducta antinormativa— no agota, por sí sola, el supuesto de hecho de la correspondiente norma de sanción. Por el contrario, todos los ordenamientos legales contienen reglas adicionales de adjudicación de pena en cuya virtud esta no se impone, o su gravedad se atenúa, por razones ajenas al merecimiento conmutativo de pena del hecho cometido por el sujeto. Por su parte, estas reglas se mueven en un espacio limítrofe entre las teorías del delito, de la pena y del proceso penal, lo que dificulta su sistematización. Además, a lo largo de las últimas décadas han experimentado un notable incremento en todas las legislaciones.[1] Pues bien, un sector de la doctrina las integra en una categoría sistemática adicional a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, que denomina punibilidad. A ello añade que la exclusión de esta tiene su fundamento en consideraciones de falta de necesidad de pena.[2] Sin embargo, a esta posición se opone otro sector doctrinal, que rechaza esta posibilidad de modo radical. En fin, un tercer grupo de autores lleva a cabo ulteriores distinciones. Por lo tanto, a propósito de la punibilidad se discute su propia existencia como categoría, las concretas reglas legales que comprende y cuál es su criterio rector.

2. LAS BASES DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA PUNIBILIDAD

3 Un concepto de delito que se defina en términos de realización antijurídica y culpable de un tipo no puede, por definición, integrar consideraciones

[1] Ya *Naucke*, GA 1998, 267-269.

[2] *García Pérez* (1997); *el mismo*, EPC XXXIX (2019), 720 ss.; *Sánchez-Ostiz* (2020), 123, 134. Parcialmente distinto, *Díez Ripollés*, LH Mir Puig, 2017, 531.

adicionales de punibilidad. Así pues, para incluir a estas últimas en el sistema, se precisa que tal concepto sea capaz de abarcar más que el injusto culpable. Este es, precisamente, el concepto de delito como «hecho punible».[3] Al respecto debe quedar claro que, en general, el injusto culpable es ya punible. Sin embargo, en ocasiones no es así, de modo que existen hechos típicamente antijurídicos y culpables que no son punibles. Por el contrario, no es posible que sea punible un hecho no antijurídico o no culpable.[4] En efecto, el art. 10 CP español contiene una definición legal, en cuya virtud son delitos «las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley». Así, la cuestión es precisar el alcance que tienen las reglas en cuya virtud es posible afirmar, en algunos casos, que un injusto culpable no constituye un hecho punible, de manera que no es penado por la ley.[5]

El debate sobre la categoría sistemática de la punibilidad se integra en un ámbi- 4
to más amplio de discusión. Este último viene dado por la cuestión general de si el Estado, constatada la comisión de un injusto culpable, tiene siempre el deber de castigarlo o, por el contrario, dispone de la libertad de sancionarlo, pudiendo optar razonadamente por hacerlo o no. Como ya se ha indicado, aquí se parte de que esto último es lo correcto. Más aún, debe afirmarse que en ocasiones el Estado no solo tiene la posibilidad, sino incluso el deber de no castigarlo por razones derivadas del principio de prohibición de exceso. Así las cosas, lo único común a todos los casos discutidos es que en ellos se trata de razones para la exclusión de la pena ajenas a la justicia conmutativa y que, por tanto, responden a otros criterios distributivos.[6] Lo decisivo en su fundamentación es que, a pesar de que relativizan la justicia abstracta, resulten asumibles —o, en términos formales, compatibles con el mantenimiento de la autoridad del Estado—.[7]

Como se ha apuntado, un sector doctrinal reconduce todos estos criterios 5
a razones de ausencia de necesidad de pena *stricto sensu*.[8] Así, al principio de subsidiariedad del Derecho penal en tanto que *ultima ratio*;[9] a diversos juicios de utilidad;[10] o a la proporcionalidad de la pena, en sentido laxo.[11] Sin embar-

---

[3] La distinción entre injusto culpable y punibilidad tiene su fundamento teórico en la distinción de Binding entre norma y ley penal: *Hass* (1973), 30 ss.; *Bacigalupo* (1983), 47 ss.; *Robles Planas*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 857 ss.

[4] Distintos, *Mañalich*, RChD 44 (2017), 461 ss.; *Kindhäuser*, FS Fischer, 2018, 125. Este sector doctrinal sostiene que la tentativa —y las formas de intervención distintas de la autoría— no son hechos antinormativos, pero sí hechos punibles.

[5] *García Pérez*, EPC XXXIX (2019), 740-741.

[6] *Bloy* (1976), 243; *Rödig*, FS Lange, 1976, 42; *Ferré Olivé*, RGDP 10 (2008), 7; *Manjón-Cabeza* (2014); *Ceffinato* (2017), 112 ss. En la cultura angloamericana: «*non-exculpatory defenses*», que a su vez se identifican con las «*public policy defenses*». Así, *Robinson* (1997), 70.

[7] *Binding* (1885), 666; *Beling* (9.ª, 1925), § 34, 56.

[8] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 6/67.

[9] *García Pérez* (1997), 380 ss.; *Pozuelo Pérez* (2003), 447 ss.; *Donini* (2004), 259 ss.; *Pérez Ferrer* (2008), 135 ss.; *Cocco* (2017), 101 ss.

[10] *Díez Ripollés*, LH Mir Puig, 2017, 527 ss.; *Núñez Fernández* (2017), 267 ss.

[11] *Costa Pinto* (2013), 998 ss.

go, en realidad su fundamento es más amplio. Así, existen casos en los que se excluye la imposición de la pena por un hecho determinado, o su imposición a un sujeto concreto, porque ello no se considera distributivamente justo —equitativo—. En estos son precisamente razones de justicia, eso sí, entendida como equidad —la epiqueya de Aristóteles—, las que conducen a excluir la pena.[12] En cambio, en otros supuestos la renuncia a la pena tiene lugar porque se estima inútil —ineficaz o ineficiente— imponerla por el hecho concreto o al sujeto específico de que se trate. En fin, también puede advertirse la existencia de situaciones en las que se considera inoportuno —inconveniente— imponer una pena por ese hecho concreto a un sujeto en particular.

II. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE DOCTRINAL: EL RECHAZO DE LA AUTONOMÍA CATEGORIAL

1. LAS SISTEMÁTICAS CERRADAS A CONSIDERACIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

6 Un sector de la doctrina considera que la punibilidad es una categoría marginal, incluso ajena al análisis normativo de los hechos relevantes para el Derecho penal. Ello, a su vez, no se debe solo a que exista una amplia tópica de situaciones que, más allá del injusto culpable, inciden sobre la imposición de la pena.[13] Además, responde a razones específicas. En efecto, la exclusión de una específica categoría de punibilidad del ámbito de la teoría del delito puede traer causa de dos modelos dogmáticos contrapuestos. Así, por un lado, la propugnan quienes sostienen visiones ontológicas, formales o deontológicas del sistema del delito. Desde estas perspectivas, la punibilidad, cuyo contenido se considera una materia «político-criminal», no puede integrarse en dicho sistema.[14] Por lo tanto, se afirma que el delito, en tanto que injusto culpable, ya es un hecho punible. Desde luego, cabe que, siendo punible, no sea penado. Ahora bien, la cuestión relativa a las razones de la no punición se dilucida solo en el marco de la teoría de la pena, de modo que no está sujeta a la lógica de la teoría del delito.[15]

2. LAS SISTEMÁTICAS TELEOLÓGICAS Y FUNCIONALISTAS

7 Por otro lado, la improcedencia de incluir en el sistema del hecho punible una categoría específica de punibilidad es sostenida por una posición

---

[12] Próximo, *Robles Planas*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 858 ss. Distintos, *Robinson/ Cahill* (2006), que hablan a este respecto de «Derecho sin justicia».

[13] Ese carácter tópico se reconoce de modo general: *García Pérez* (1997), 95; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 23/6.

[14] Así, *Mendes de Carvalho* (2007), 23 ss., 56-57, 457 ss., 467 ss.; *Bittar* (2015), 106 ss.,115 ss.

[15] *Cuerda Arnau* (1995), 260 ss.; *Donini* (2004), 259 ss.; *Bustos Rubio*, EPC XXXV (2015), 197 ss. Críticos, *Núñez Fernández* (2017 b), 94 ss.; *García Pérez*, EPC XXXIX (2019), 710 ss.; *el mismo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 665 ss.

claramente opuesta a la anterior. En efecto, esto es lo afirmado por algunas de las más difundidas concepciones sistemáticas teleológicas o funcionales.[16] Como ya se indicó, una sistemática del delito es teleológica tan pronto como la elaboración de sus categorías tiene en cuenta que la consecuencia jurídica aplicable al hecho delictivo es la pena. Ello, con independencia de cuál sea la concreta doctrina de la pena que se sostenga. Sin embargo, es cierto que las sistemáticas teleológicas más frecuentes son las que orientan las categorías del sistema a una «política criminal» determinada. Expresado de otro modo, a una doctrina concreta acerca de los fines de la pena que, en particular, ha sido la de la prevención general negativa y la prevención especial. Así, el criterio rector de la sistemática ha sido la necesidad preventiva de pena.

8 Este ha sido el caso de la propuesta de orientar el sistema del Derecho penal a la «política criminal».[17] En efecto, esta, desde su primera reconstrucción del concepto de culpabilidad, lo presentó como el ámbito en el que se sometía a discusión la necesidad preventiva de pena. A su vez, esta concepción solo dejaba fuera del concepto de culpabilidad aquellos casos en los que se prescinde de la pena por razones no específicamente «político-criminales», sino genéricamente político-jurídicas, esto es, ajenas a la lógica específica de lo punible. Es cierto que luego tuvo lugar una reconstrucción de ese ámbito sistemático (*cfr. supra* capítulo 23/59). En concreto, en el seno de una nueva categoría —la responsabilidad— pasó a distinguir, por un lado, la culpabilidad —como límite externo de la prevención— y por otro, la necesidad preventiva de pena. Así, la mayoría de las situaciones que otras doctrinas ubican en la punibilidad encuentran acomodo en la categoría dual de la «responsabilidad», en particular, como casos en los que existe culpabilidad, pero no necesidad preventiva de pena. Ahora bien, lo problemático de este planteamiento es que la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena no tienen nada que ver entre sí, de modo que la «responsabilidad» carece de la mínima unidad interna como para constituir una categoría. Ciertamente, la culpabilidad determina de modo decisivo el merecimiento conmutativo de pena del agente. En cambio, la necesidad preventiva, en tanto que criterio político-criminal, se vincula decisivamente con los demás criterios de política jurídica general que se oponen a la sanción, lo que abona que unos y otros se ubiquen en una única categoría, que debería ser la punibilidad.[18]

9 El concepto funcionalista de culpabilidad, por su parte, produce los mismos efectos de esta posición teleológica, incluso intensificándolos.[19] En efecto, si se identifican los conceptos de culpabilidad y de necesidad —o conveniencia— de estabilización normativa mediante la pena, la eliminación de la autonomía categorial de la punibilidad es prácticamente segura. En fin, a algo parecido

[16] *Roxin* (1972), 71; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 5/34.

[17] *Roxin*, CPC 46 (1992), 169 ss.

[18] Crítico, *Luzón Peña*, LH Cerezo Mir, 2002, 834.

[19] *Jakobs* (1976); *el mismo*, AT, 2.ª, 1991, 10/5.

conduce el manejo de conceptos político-discursivos de culpabilidad.[20] Así, en estos el juicio de culpabilidad se identifica con la posibilidad de dirigir un reproche —de deslealtad con respecto al Derecho— a un sujeto que ostenta la condición de colegislador. Ahora bien, entonces una parte de los supuestos de no punibilidad ya excluyen la posibilidad de emitir el propio juicio de culpabilidad. Sin embargo, el problema es que con ello no solo no se gana en rigor analítico, sino que se redunda en una mayor indiferenciación de los distintos problemas.

3. EL CARÁCTER TRANSCATEGORIAL DE LA PUNIBILIDAD

3.1. Planteamiento

10 Otras sistemáticas teleológicas afirman que el juicio de punibilidad es transcategorial, puesto que todas las categorías de la teoría del delito tienen una orientación a la pena. De este modo, ya el tipo ha de verse como tipo penal, el injusto como injusto penal y la culpabilidad, como culpabilidad penal.[21] Esto es en términos generales correcto. Como se ha indicado, la noción de merecimiento conmutativo de pena constituye el criterio rector del concepto de delito. Ciertamente, no se merece pena cuando la conducta es de entrada lícita, o está justificada, o el sujeto es inculpable. Ahora bien, lo relevante es que existen conductas ilícitas, no justificadas y culpables que, pese a serlo, no merecen pena porque no constituyen el injusto penal típico de un sujeto penalmente culpable. Por eso, en una teoría teleológica del delito todas las categorías muestran una dimensión de punibilidad. En efecto, consideraciones relativas al no-merecimiento de pena se hallan también detrás de las restricciones del ámbito de lo (penalmente) típico, de lo (penalmente) prohibido y de lo (penalmente) reprochable o culpable.

11 En el marco de esta obra, estas cuestiones han sido examinadas en los lugares sistemáticos correspondientes. Se trata, en primer lugar, de la restricción del ámbito de lo materialmente típico, mediante la doctrina del comportamiento penalmente desaprobado y de la imputación objetiva del resultado (*cfr. supra* capítulos 10 y 14). En segundo lugar, de la identificación de causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones intersubjetivas (*cfr. supra* capítulo 18/146). En fin, en tercer lugar, de las causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales, que se corresponden con las tradicionalmente denominadas causas de exculpación o de disculpa (*cfr. supra* capítulos 24/13; 25/78; 26/3). En esta medida, puede reiterarse la afirmación de que las categorías del ilícito, la antijuridicidad y la culpabilidad forman parte de una teoría general del hecho ilícito —y, con ella, de la teoría del Derecho—. En cambio, las categorías de la tipicidad (penal) y de la prohibición bajo pena, excluida tanto por razones intersubjetivas como personales (exculpación), son

---

[20] *K. Günther* (2005).

[21] *Bloy* (1985), 36-37; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 5/37.

exclusivamente penales —esto es, se orientan a la configuración del hecho como punible—. Por eso solo pertenecen a la teoría específica del ilícito penal —es decir, a la teoría del Derecho penal—.

3.2. El tipo de injusto penal

12 Los tipos de delito no describen cualquier conducta desaprobada, sino precisamente un injusto que lesiona —de modo cualificado: penal— una norma de conducta. En efecto, cada «tipo de injusto» penal contiene la definición de una clase de conductas *prima facie* punibles. Esta consideración resulta fundamental tanto para la aplicación de la doctrina del comportamiento penalmente desaprobado como para la interpretación teleológica del tipo correspondiente (*cfr. supra* capítulo 6/86). Además, la conducta penalmente desaprobada constituye el objeto de la imputación subjetiva al autor.[22] De este modo queda descrito el marco de lo único que puede fundamentar el merecimiento de pena del autor. Ahora bien, en la redacción de los tipos legales —que definen los hechos punibles—, junto a los elementos relativos al merecimiento de pena de la conducta, en ocasiones aparecen otros vinculados a la pura equidad, necesidad o conveniencia del castigo. Es decir, factores que, ya sean formulados como requisitos adicionales del tipo legal correspondiente, ya como eximentes, permiten descartar la imposición de un castigo que, sin embargo, es deontológicamente merecido. Esto determina que de modo no infrecuente se discuta sobre si un concreto elemento del tipo legal se integra en el tipo de injusto o más bien debe ubicarse en la punibilidad.[23] Pues bien, resulta importante subrayar que estos últimos nunca pueden fundamentar positivamente el castigo ni incrementar su medida. En efecto, la única base del castigo es el injusto culpable, mientras que en la punibilidad solo deben integrarse elementos limitadores de este.

3.3. La antijuridicidad penal y la punibilidad

13 Existe asimismo una relación entre la punibilidad y la antijuridicidad penal. Como se indicó, es preciso distinguir entre las causas de justificación, que dan lugar a la conformidad de la conducta con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y las causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones intersubjetivas. En efecto, estas últimas dejan subsistente la antijuridicidad general de la conducta, de modo que solo excluyen su prohibición bajo pena. De este modo contribuyen a la delimitación de la conducta infractora de la

---

[22] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 5/33.

[23] Por ejemplo, la situación contemplada en el art. 318 bis 1, II CP español, relativo a la ayuda a entrar en territorio nacional vulnerando la legislación de extranjería, dispone que: «Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate». Aunque el texto usa el lenguaje de la punibilidad, en realidad lo que sucede es que tal conducta no realiza el significado del injusto típico del delito.

norma de conducta, en tanto que merecedora de pena. En cambio, la regularización tributaria no es una causa de exclusión de la prohibición bajo pena de la conducta —el defraudador que luego regulariza ya ha infringido una norma de conducta conminada con pena—, sino una causa de exclusión de la punibilidad.[24] Así pues, la diferencia entre las causas intersubjetivas de exclusión de la prohibición bajo pena y las causas de exclusión de la punibilidad radica en que las primeras conciernen a la conducta antijurídica del sujeto en sí misma considerada, es decir, en tanto que infractora de normas de conducta conminadas con pena. En cambio, las segundas tienen que ver con conductas previas, simultáneas o posteriores del autor —pero ajenas a la infracción de la norma—, así como con conductas de terceros o de órganos estatales.

3.4. La culpabilidad penal y la punibilidad

14 Del mismo modo es preciso distinguir entre las causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales —o de exclusión de la culpabilidad penal— y las causas de exclusión de la punibilidad. A este respecto, en primer lugar, procede recordar la diferencia entre las causas de exclusión de la culpabilidad y las de exclusión de la culpabilidad penal. En efecto, las primeras excluyen toda culpabilidad del sujeto y, con ella, el delito como conducta antinormativa. En cambio, las segundas permiten eximir de pena a un sujeto que, sin embargo, sigue siendo culpable. En efecto estas últimas parten de la (presunción de) «dificultad» del agente para adecuar su conducta a los requerimientos de la norma. El supuesto más reiterado es el de las llamadas «causas de exculpación» o de «disculpa» (*cfr. supra* capítulo 26). Ahora bien, eso mismo sucede en los casos de gran dificultad de adquisición del conocimiento en el marco del error de prohibición (*cfr. supra* capítulo 25/78) y en los casos de dificultad de autodeterminarse conforme a Derecho que se contemplan en el ámbito de la inimputabilidad (*cfr. supra* capítulo 24/13).

15 Las causas de exclusión de la culpabilidad penal son causas personales de exclusión de la prohibición bajo pena con fundamento en la falta de merecimiento de aquella —falta de equidad del castigo—.[25] Es decir, la conducta realizada por el sujeto merece pena —está objetivamente prohibida bajo pena—; pero, dadas las circunstancias del sujeto culpable en el momento de realizar dicha conducta, se entiende que este no la merece. En realidad, aquí la ausencia de merecimiento de pena se asocia con razones de justicia entendida como equidad, que se mezclan con consideraciones de indulgencia (*cfr. supra* capítulo 26/5). El sentido de la distinción entre las causas de exclusión de la prohibición bajo pena y las causas de exclusión de la punibilidad —algunas de las cuales se basan también en razones de equidad— es que aquellas con-

[24] *Landera Luri* (2018), 52 ss.; *Montero*, InDret 2/2020, 304 ss.

[25] Ya *Beling* (9.ª, 1925), § 35, I, 57, presentó el estado de necesidad exculpante como causa de exclusión de la punibilidad.

templan al sujeto en tanto que infractor de la norma —al realizar la conducta antinormativa—. Por su parte, las causas de exclusión de la punibilidad adicionales pueden vincularse a un hecho coetáneo a su conducta, pero ajeno a la realización de esta; a conductas del propio autor, pero anteriores o posteriores a su injusto culpable; a conductas de terceros; o a actuaciones de órganos estatales. En este ámbito también cabe apreciar la concurrencia de atenuantes, que disminuyen la punibilidad y que, de nuevo, se relacionan con los grupos de situaciones mencionados (*cfr. infra* capítulo 28/85).

III. LA PUNIBILIDAD COMO PROPIEDAD DEL HECHO Y COMO PRESUPUESTO DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA

1. EL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE HECHO

1.1. El comienzo y el final del hecho

16 Lo anterior permite poner de relieve que existen elementos que pueden dar lugar a que una conducta *per se* merecedora de pena no se castigue. Tales elementos, relativos a la equidad, la utilidad y la conveniencia del castigo, se formulan en ocasiones como requisitos positivos adicionales y, en otras, en términos negativos —esto es, como eximentes—. Ahora bien, la pretensión de que la punibilidad constituya una categoría dogmática del sistema del hecho punible requiere que mediante ella se designe una propiedad del hecho adicional a la conducta penalmente típica, penalmente antijurídica y también penalmente culpable. Esto significa que al ámbito de la punibilidad como categoría sistemática solo pertenecen el conjunto de argumentos que se pueden oponer al castigo de la conducta penalmente antijurídica y culpable por razones concurrentes en el propio hecho del agente.[26] En cambio, deben quedar fuera de la punibilidad como categoría sistemática las razones ajenas al hecho en sí. Sin embargo, la distinción de lo uno y lo otro no es fácil, en la medida en que los confines del concepto jurídico-penal de hecho no son fáciles de determinar.

17 El hecho, en tanto que infracción típica y culpable de una norma de conducta principal, solo se inicia con la tentativa. Ciertamente, ya antes de la tentativa se realizan comportamientos que infringen normas de conducta —normas derivadas—. Estos son, en concreto, los actos de preparación delictiva, entre los que se cuentan las conductas de participación en la denominada «fase previa». Además, tales conductas de preparación pueden ser realizadas tanto por futuros autores como por futuros partícipes. En realidad, hasta el comienzo de la tentativa, no cabe distinguir entre sujetos ni hablar de que existe un autor. Sea como fuere, solo la realización de una conducta de comienzo de la ejecución actúa como catalizador del hecho punible —también para los actos de participación en la fase previa—. Por tanto, la manifestación mínima del

[26] *Volk* (1978); *Marxen* (1984); *Rostalski* (2019).

hecho punible viene dada por una conducta de tentativa imperfecta, salvo en el caso de aquellos delitos con respecto a los cuales se castigan incondicionadamente los actos preparatorios. Sentado esto, la infracción penalmente típica y culpable de una norma de conducta solo prosigue hasta el momento en el que se perfecciona la tentativa.

18 Por su parte, el resultado es siempre un elemento del hecho legalmente típico —y, por lo tanto, del hecho punible—. En efecto, la tipicidad específica del hecho requiere la aparición de un elemento adicional a la conducta típicamente antijurídica. Este es la lesividad tipificada. Así pues, el resultado típico es un elemento de la punibilidad del hecho. Expresado de forma menos polémica, el resultado es un elemento del supuesto de hecho de la norma de sanción, que no forma parte de la lesión de la norma de conducta; por eso, tampoco se le imputa subjetivamente al agente de un modo directo. Si se quiere, cabe decir que se le imputa de un modo indirecto, en la medida en que tal resultado —para integrarse en el hecho típico— debe poder ser imputado objetivamente a la conducta desaprobada que —esta sí— se imputa subjetivamente al agente.

1.2. El concepto estricto y el concepto amplio de hecho

19 La producción del resultado típico —de tentativa imperfecta, de tentativa perfecta o de consumación (el resultado paradigmático)— no pone fin al alcance temporal del hecho. Por el contrario, su dimensión simbólico-comunicativa sigue de algún modo abierta. De no ser así, no cabría entender que las actitudes reactivas frente a él vayan cambiando, por ejemplo, en virtud del paso del tiempo, o de la producción de otros fenómenos muy diversos.[27] Ahora bien, las circunstancias sobrevenidas, para afectar al hecho punible, tienen que poder modificar el significado del hecho histórico realizado por el agente —es decir, han de tener un significado comunicativo—. En todo caso, parece que existe una dimensión abierta o dinámica del significado del hecho —como hecho al que es equitativo, necesario y conveniente imponer una pena—, que determina que tales conveniencia, necesidad y equidad puedan disminuir e incluso desaparecer. Ahora bien, esto obliga a distinguir un concepto estricto —dogmático-estructural— de hecho y otro, en cambio, amplio —funcional—, que se proyecta tanto en términos sincrónicos como diacrónicos.[28]

1.3. La división doctrinal

20 Los partidarios de asignar un espacio propio a la punibilidad en la teoría del delito no han entrado de modo expreso en la discusión sobre el concepto de

---

[27] *Jakobs* (1997), 325 ss.

[28] *Sánchez-Ostiz* (2004), 390 ss.; *Rostalski* (2019); *la misma*, FS Sancinetti, 2020, 636-637; *Robles Planas*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 861.

hecho. Sin embargo, discrepan a propósito de la cuestión planteada. Así, un primer sector doctrinal considera que solo afectan a la punibilidad las conductas o circunstancias simultáneas a la ejecución —que, siguiendo a la doctrina alemana, son denominados «causas de exclusión» de la pena—.[29] En cambio, a su juicio no pueden integrarse en aquella las producidas con posterioridad a la consumación del hecho. Por lo tanto, entienden que el comportamiento postdelictivo positivo y, en general, todas las denominadas —con la terminología alemana— «causas de levantamiento» de la pena,[30] constituyen presupuestos de la no imposición de esta última ajenos al delito como hecho punible.[31]

Frente a este punto de vista, otro sector doctrinal tiende a incluir en la 21
punibilidad la consideración no solo de las conductas y otras circunstancias simultáneas a la consumación, sino también las posteriores. Entre ellas, las que dan lugar a la apreciación de causas de extinción de la responsabilidad criminal, así como las que excluyen la procedibilidad.[32] De este modo, sostiene un macro-concepto de punibilidad, que abarca instituciones propias de la teoría del proceso y de la pena.[33] Pues bien, esta última posición tiene razón en parte. En efecto, todas las instituciones que, siendo ajenas al injusto culpable, influyen sobre la imposición de pena poseen una relativa —a veces, incluso plena— equivalencia funcional entre sí. En concreto, tienen en común que son presupuestos de la aplicación judicial de la norma de sanción.[34] Así, es posible leer sin dificultad los tipos legales de delito entendiendo que el verbo pasivo «será castigado» presupone el cumplimiento de todos los presupuestos de la sentencia condenatoria, incluido el requisito iusfundamental del proceso debido. Sin embargo, todos estos fenómenos, funcionalmente equivalentes, son estructuralmente distintos. Por tanto, están sujetos a regímenes diversos.

2. LA DISTINCIÓN DE DOS CONCEPTOS DE PUNIBILIDAD

2.1. El concepto estricto y el concepto amplio de punibilidad

A partir de las consideraciones anteriores, se hace necesario distinguir dos 22
conceptos de punibilidad. Por un lado, un concepto de punibilidad en sentido estricto —o restringido—, que tiene una connotación estructural y se caracteriza por su integración en el sistema del hecho punible. Por otro, un macro-concepto

---

[29] «*Strafausschließungsgründe*»: *Faraldo Cabana* (2000), 25 ss., 99, 177 ss.

[30] «*Strafaufhebungsgründe*». El término «*Aufhebung*» (usado en la dialéctica de Hegel) puede traducirse mejor por «supresión», «eliminación» o «neutralización».

[31] Asimismo, *de Vicente Remesal* (1985), 42, 359 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 25/41 y 46.

[32] *Asúa Batarrita*, LH Torío López, 1999, 221 ss.; *D. Pastor* (2002), 601: el debido proceso es una condición objetiva de punibilidad «sin cuya presencia la sanción penal resulta inadmisible»; *Ferré Olivé*, RGDP 10 (2008), 10 ss.; *Ragués i Vallès*, LH Octavio de Toledo, 2016, 1203 ss., en el sentido de que la perseguibilidad —y las normas procesales en su conjunto, cuyo cumplimiento es necesario para el efectivo castigo de un delito— debe considerarse un presupuesto de la punibilidad.

[33] *García Pérez*, EPC XXXIX (2019), 741.

[34] *Rödig*, FS Lange, 1976, 42; *Renzikowski*, FS Gössel, 2002, 10.

amplio —funcional— de punibilidad, que abarca la totalidad de los elementos distintos del injusto culpable que integran el supuesto de hecho de la norma penal de sanción.[35] Este concepto amplio comprende tres círculos concéntricos distintos. Así, el primero de ellos se corresponde con el sub-juicio que tiene por objeto el hecho cometido como unidad de sentido; así pues, coincide con la punibilidad en sentido estricto. En cambio, el segundo contiene un sub-juicio adicional sobre la persona del autor del hecho, en el que inciden diversos elementos ajenos al hecho punible. Entre ellos, por ejemplo, su respuesta a los incentivos que le ofrece el Estado mediante normas premiales. En fin, el tercer círculo integra un sub-juicio sobre los presupuestos adicionales del ejercicio legítimo de la potestad punitiva por parte del Estado. Pues bien, los mencionados sub-juicios segundo y tercero pertenecen a la teoría de los presupuestos de la pena, que van más allá de la teoría del hecho punible. Por su parte, la distinción de estos tres círculos concéntricos deriva de los tres elementos esenciales del concepto de pena. En efecto, esta es el castigo que se impone (i) por la comisión de un hecho punible, (ii) a un sujeto, (iii) por parte del Estado.

2.2. Los tres círculos concéntricos del juicio de punibilidad

2.2.1. Como juicio sobre el hecho

23 Como se ha indicado, solo el primero de los tres (sub-)juicios mencionados —el «juicio estructural de punibilidad»— continúa perteneciendo a la teoría del hecho punible. Este constituye un juicio adicional sobre el hecho, que tiene por objeto examinar los factores modificativos de su significado ya fijado en virtud del injusto culpable. En este ámbito adquieren relevancia, por un lado, las condiciones objetivas de punibilidad —«requisitos adicionales» de punibilidad—, cuya ausencia determina que un tipo de injusto culpable quede sin castigo, normalmente por razones de ausencia de necesidad o de oportunidad de este. Por otro lado, la realización por el sujeto de determinadas conductas que dan lugar a una modificación del sentido de lo ya realizado. El ejemplo más relevante de las instituciones que se ubican en este nivel es el desistimiento de la tentativa imperfecta (*cfr. supra* capítulo 15/151).

2.2.2. Como juicio sobre el autor del hecho

24 En cambio, el segundo juicio pertenece a la teoría de la pena imponible al autor. En efecto, se relaciona con un juicio adicional sobre el sujeto del hecho punible, de manera que ya es independiente de este último. Así, por un lado, tiene como base la consideración de otros hechos del agente, distintos de su hecho delictivo hasta el punto de que ni siquiera es preciso que estén relacionados específicamente con él; por otro lado, considera fenómenos diferentes, que tienen como consecuencia una contemplación distinta de la persona del

[35] Próximos, de *Vicente Remesal* (1985), 337 ss.; *Martínez-Buján* (2017), 151 ss.

sujeto activo. En definitiva, su objeto es la realización de una ponderación, en la que el hecho cometido se encuentra en uno de los platos de la balanza y, en el otro, determinadas aportaciones positivas del autor —u otros aspectos de su vida anterior o posterior— u otras circunstancias que ya no tienen que ver con el hecho punible. Como luego se verá, algunas instituciones que se ubican en este plano reflejan un diálogo de utilidad entre el Estado punitivo y el sujeto que acoge los incentivos que aquel le ofrece mediante normas premiales. Así, el paradigma clásico de este diálogo es el desistimiento de la tentativa perfecta, institución dogmática a la que responden dos de las tres variantes de desistimiento que acoge la regulación legal española. Como se indicó en su momento, en dicha regulación no existe «el» desistimiento voluntario, sino «las» clases de desistimiento voluntario, que son instituciones jurídicas distintas agrupadas en un único precepto legal (*cfr. supra* capítulo 15/147).

También se cuentan en este ámbito las conductas de confesión y reparación 25
llevadas a cabo por el delincuente. Ciertamente, estas figuras legales tampoco constituyen instituciones jurídicas uniformes. Por el contrario, existe una confesión simbólica y una confesión instrumental; y, del mismo modo, una reparación simbólica y una reparación instrumental. Sin embargo, todas ellas se integran en este segundo círculo concéntrico de la punibilidad. Las instituciones de naturaleza simbólica se ubican aquí, porque conforman actos parciales de naturaleza autopunitiva. En efecto, dan cuenta de una autonegación por parte del sujeto del delito, que muestra una equivalencia funcional parcial con la heteronegación del autor que caracteriza a la pena estatal, de modo que puede disminuir el alcance de esta última. Por su parte, las de naturaleza instrumental también se consideran aquí, porque expresan la respuesta positiva del delincuente a los incentivos del Estado, mediante los que este pretende alcanzar una gestión más fácil del proceso o la agilización de la reparación a la víctima (*cfr. infra* capítulo 28/99).

2.2.3. Como juicio sobre la legitimidad o la conveniencia del castigo por parte del Estado

En el tercer (sub-)juicio procede situar los problemas relativos a la legitimi- 26
dad u oportunidad del castigo, en tanto que ejercido precisamente por parte de un Estado de características dadas. Por un lado, estas cuestiones tienen que ver con el hecho de que el Estado no es únicamente un Estado punitivo. Además, debe cumplir otras funciones que, de modo no infrecuente, prevalecen sobre su propia pretensión de ejercer la potestad punitiva. Así, por ejemplo, tiene relaciones internacionales que debe cuidar, ha de pacificar la comunidad política, supuestamente debe hacer prevalecer la vida familiar sobre los intereses punitivos del propio Estado. Estas otras funciones del Estado son las que explican las inviolabilidades e inmunidades de ciertas autoridades, la inmunidad diplomática, así como la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales. Sin embargo, también dan cuenta de ello las nuevas instituciones de la justicia restaurativa y de la justicia transicional.

27 Por otro lado, hay que tener en cuenta que el ejercicio de la potestad punitiva está sujeto a presupuestos formales y materiales, entre los que la condición formal básica viene dada por el proceso debido. Por eso cabe afirmar que el proceso constituye una condición de punibilidad del hecho; ciertamente, es una condición de la punibilidad del hecho por parte del Estado. Ahora bien, los presupuestos materiales del castigo estatal van más allá, pues afectan de modo general a la legitimidad del Estado punitivo. Así, esa legitimidad se puede perder o cabe que resulte afectada por la existencia de déficits estatales de protección o por la realización de actos abusivos por parte de las autoridades o funcionarios del Estado encargados de la persecución y enjuiciamiento.

2.2.4. Un balance

28 El primer nivel del concepto amplio de punibilidad —punibilidad en sentido estricto o por el hecho del agente— forma parte de la teoría del delito como hecho punible. En cambio, los otros dos niveles de análisis de la punibilidad entendida en sentido amplio —como punibilidad del agente considerado como unidad vital más allá de su hecho y punibilidad por parte del Estado concreto— se integran en el supuesto de hecho de la norma de sanción. A su vez, los tres pueden plantear cuestiones que alcancen trascendencia constitucional. En efecto, a partir de la vigencia indiscutida del principio de proporcionalidad —entendido como prohibición de exceso— es posible reconstruir la vigencia de un derecho fundamental a no ser sujeto pasivo de un castigo excesivo. Pues bien, una pena inequitativa o una pena inútil —por ineficiente—, aunque sean conmutativamente merecidas, deben reputarse excesivas en términos constitucionales. En cambio, el caso de la pena inoportuna o inconveniente es distinto, pues no existe un derecho a que no se impongan penas inoportunas. En efecto, una pena merecida y necesaria puede imponerse siempre que tenga base legal, aunque su imposición resulte inoportuna. Esto significa, por ejemplo, que un sistema punitivo que no atribuyera relevancia expresa alguna a la confesión espontánea del reo mostraría déficits constitucionales. En cambio, resultaría perfectamente posible derogar las disposiciones legales relativas a la inmunidad diplomática o a la inviolabilidad de la persona del Rey (art. 56.3 CE), sin que ello afectara a la legitimidad constitucional del sistema. Los inconvenientes políticos que se derivaran de ello son cuestión aparte.

3. LA RELACIÓN CON LA PERSEGUIBILIDAD Y LA PROCEDIBILIDAD

3.1. Precisiones conceptuales

29 El concepto de punibilidad en sentido amplio guarda relación con la noción de «justiciabilidad penal», es decir, con la posibilidad de sometimiento del hecho al enjuiciamiento por parte de los órganos judiciales. Así, permite poner de relieve que entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal existe una clara unidad funcional. Esta se puede advertir con claridad desde

la perspectiva de la teoría de las normas y, en particular, desde la propia de la norma penal de sanción. En efecto, las normas penales de sanción presuponen implícitamente la incidencia previa de otras normas que hagan posible su aplicación. Así, para la determinación de quién o quiénes en concreto son los destinatarios de la norma de sanción, es imprescindible contar con las normas orgánicas y competenciales. En cuanto al modo de proceder, así como a las garantías que se deben respetar, es necesario asimismo recurrir a las normas del Derecho procesal penal. En definitiva, únicamente tras la integración de lo sustantivo y lo procesal penal puede aplicarse el Derecho e imponerse la pena. Así se pone de manifiesto la esencial jurisdiccionalidad del Derecho penal.

30 En efecto, el delito como hecho histórico existe en el mundo extrajurídico. Sin embargo, es imposible hablar jurídicamente de él —según la etimología de la *iuris-dictio*— fuera del marco de un proceso penal y conforme a las reglas de este. Así, ciertamente el proceso debido en Derecho[36] constituye una (macro-) condición de la punibilidad —en sentido amplio—. Por mucho que conste extrajudicialmente y de modo manifiesto la existencia de un injusto culpable, lo cierto es que, sin la celebración de un proceso con todas las garantías, aquel no puede ser declarado jurídicamente y, en consecuencia, tampoco ser castigado. Un ejemplo límite de este efecto es el caso de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales. En su tratamiento jurídico se observa cómo el mismo elemento que acredita de forma indudable el injusto culpable cometido es precisamente el que impide su punición.

31 Si el proceso es una condición de punibilidad en sentido amplio y el cumplimiento de los requisitos de perseguibilidad del delito es, a su vez, condición de la incoación del proceso, entonces —por una pura operación transitiva— los requisitos de perseguibilidad son condiciones de la punibilidad en sentido amplio.[37] Sin embargo, lo son por razones propias. En concreto, porque la propia celebración del proceso ya es sometida a un análisis político-jurídico. Así, por ejemplo, la protección de la intimidad de la supuesta víctima (art. 18.1 CE) o la evitación de una posible «victimización secundaria» de esta, ponderada con el interés público en el enjuiciamiento de los delitos, puede conducir a que el delito no sea perseguible de oficio, sino solo a instancia de parte. Este es el caso de los tradicionalmente denominados delitos semipúblicos —que requieren la presentación de una denuncia—; por ejemplo, los delitos contra la intimidad (art. 201 CP español). Igualmente, el de los delitos privados —que requieren la interposición de una querella—; así, por ejemplo, las injurias y calumnias (art. 215.1 CP). Asimismo, en algunos delitos patrimoniales, si no se afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas, se requiere, para su persecución, la denuncia de los perjudicados o personas agraviadas. Por ejemplo, en los delitos de revelación de secretos de empresa (art. 287.1 CP), o en los delitos societarios (arts. 290 ss. CP). Con todo, en estos últimos ámbitos

---

[36] En la terminología angloamericana: «*due process of law*».

[37] *D. Pastor*, LH Roxin, 2002, 807 ss. Distinto, *Martínez-Buján*, LH Fernández-Albor, 1989, 481 ss.

la exigencia de tal requisito de perseguibilidad resulta mucho más difícil de justificar, en la medida en que favorece la instrumentalización del proceso penal con fines espurios.[38] En fin, existen otros criterios para establecer un sistema limitado de persecución. Por ejemplo, la protección institucional de los diputados y senadores requiere que se resuelva el trámite del suplicatorio antes de ser procesados (art. 71.2 CE).

3.2. El sentido del enjuiciamiento de hechos típicamente antijurídicos y culpables, pero no punibles

3.2.1. La mutación procesal de ciertos elementos sustantivos de la punibilidad

32 El enjuiciamiento de hechos que, de modo indiciario, pueden ser típicamente antijurídicos y culpables —delitos—, pero que ya antes del inicio del proceso se revelan como no punibles es objeto de discusión.[39] En efecto, este punto suscita la cuestión del significado autónomo —o dependiente— del juicio oral y, dentro de este, del juicio relativo al injusto culpable del hecho. A este respecto, tradicionalmente se ha partido de que el juicio no es más que un preludio del posible castigo.[40] A su vez, esta consideración instrumental ha conducido a que se piense comúnmente que, cuando ya no existe posibilidad de castigar —por ser patente la concurrencia de una causa de exclusión de la punibilidad o de extinción de la responsabilidad criminal—, la celebración del juicio carece de sentido.

33 En la práctica forense, los órganos judiciales actúan frecuentemente así. En consecuencia, muchas causas de exclusión de la punibilidad en sentido amplio —excusas absolutorias o causas de extinción de la responsabilidad penal— no se aprecian como tales, es decir, una vez acreditado el injusto culpable en el juicio oral. Por el contrario, operan ya antes —en la fase de investigación o en la fase intermedia del proceso— entendidas como causas de no perseguibilidad o de no prosecución del proceso —es decir, como causas de extinción de la acción o excepciones procesales—. Así las cosas, su naturaleza jurídico-penal sustantiva queda enmascarada. En realidad, algunas de ellas ni siquiera son justiciables, es decir, no las aprecia el órgano judicial ni en sentencia ni mediante un auto de sobreseimiento. Por el contrario, su concurrencia la valora un órgano de la administración pública, como sucede en el caso de la regularización tributaria. De este modo no trasciende el hecho de que —probablemente— se ha cometido un injusto penal culpable, nunca probado en juicio, aunque proceda apreciar su no punibilidad. Esta situación en la que se da un injusto penal culpable de carácter «teórico» —o posible—, pero que no podrá ser declarado jamás, es asimismo la propia de las inviola-

---

[38] En este sentido, *García Arán*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 233 ss.; menos crítico, *Castro Moreno*, RDyPP 19 (2008), 47 ss.

[39] *Silva Sánchez* (2018), 163 ss.

[40] *Diamantis*, Wisconsin L. R. 1 (2022), 25.

bilidades. Desde luego, en algunos casos esta forma de proceder cuenta con una base legal clara. Por ejemplo, en la legislación procesal española, la consideración de algunos de estos factores ciertamente se concibe de modo dual, de modo que también desempeña la función de criterio de perseguibilidad —o procedibilidad— o de tránsito a determinadas fases del proceso. Esto es lo que significa su calificación como «artículos de previo pronunciamiento» u objeto del planteamiento de «cuestiones previas».[41] Ahora bien, otros carecen de esa base, pero igualmente son manejados por los órganos judiciales como si lo fueran. Así sucede, por ejemplo, en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268.1 CP español).

3.2.2. Una valoración

Desde luego, la posición proclive a su apreciación como excepciones pro- 34
cesales cuenta a su favor con el argumento del ahorro de costes económicos y morales. Sin embargo, en su contra puede esgrimirse la consideración de la justicia. En efecto, el argumento de utilidad desconoce la virtualidad expresiva del juicio oral, en particular en lo relativo a la declaración del injusto culpable. En cambio, desde la perspectiva de la función expresiva del proceso y del Derecho penal, tiene pleno sentido declarar —frente a las víctimas y la comunidad en su conjunto— el significado, el desvalor y el reproche que merece la conducta antijurídica y culpable del sujeto activo, aunque este finalmente no sea castigado. Así pues, los momentos procesales del juicio de culpabilidad, de condena y de imposición de pena y de ejecución de esta última cumplen funciones parcialmente autónomas.[42]

Todo esto se pierde si las causas de exclusión de la punibilidad operan como 35
óbices procesales que impiden la propia incoación o el desarrollo del proceso hasta el juicio oral.[43] Ciertamente, en este punto se pueden sentar diferencias entre los delitos. Por ejemplo, parece razonable sostener que el juicio sobre la culpabilidad, aun sin expectativa de condena, se lleve a cabo en el caso de los delitos pertenecientes al núcleo de los *mala in se*, dada su especial relevancia. En cambio, en los delitos *mala in se* periféricos puede distinguirse en función de si existe una víctima individual o no. En fin, en los *mala quia prohibita*, que tienen un contenido regulatorio, la regulación legal podría excluir la celebración del juicio cuando ya es patente la imposibilidad de una condena por razones de punibilidad. Precisamente esto permite ver con claridad, de nuevo, que al menos algunos delitos *mala in se* periféricos y todos los *mala quia prohibita* comprenden infracciones ampliamente disponibles por el Estado, mientras que los delitos *mala in se* nucleares no lo son.

---

[41] Así, los arts. 666 y 786 LECrim.

[42] *Robinson* (1997), 73-74; *Silva Sánchez* (2018), 170 ss.; *Diamantis*, Wisconsin L. R. 1 (2022), 4, 9-10.

[43] *Diamantis*, Wisconsin L. R. 1 (2022), 1 ss. Por lo demás, en los sistemas de acción civil la opción por el sobreseimiento tiene un relevante efecto secundario, que es la imposibilidad de que el órgano judicial penal se pronuncie sobre la responsabilidad civil derivada de delito.

4. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS INTEGRADOS EN EL JUICIO DE PUNIBILIDAD

4.1. Las diversas posibilidades

36 Los factores que inciden sobre el juicio de punibilidad pueden traer causa de fuentes distintas. A saber, de conductas del propio agente —así, la confesión, la reparación o la delación—; de conductas de terceros —el perdón, pero también el ejercicio de la venganza—; de conductas de agentes del Estado —vulneraciones de derechos previas al proceso o a lo largo de este—; o de circunstancias no atribuibles a ninguno de los anteriores —como el transcurso del tiempo, que se halla en la base de la prescripción del delito—. Además, en todas ellas incide un aspecto diacrónico. En efecto, el factor relevante para la exclusión o la atenuación de la punibilidad puede ser previo al proceso, acontecer durante este, e incluso ya en la fase de ejecución de la pena. A su vez, las que tienen lugar de modo previo al proceso pueden ser incluso anteriores al hecho del sujeto —por ejemplo, su vida anterior—, o bien posteriores a este, en poco —por ejemplo, el sufrimiento de una pena natural— o en mucho. Esto último sucede con la resocialización sobrevenida. Algunas de estas pueden tener lugar tanto antes del proceso, como también durante este, con efectos en parte distintos. Así, por ejemplo, la reparación, la confesión, la muerte del sujeto activo, el perdón del sujeto pasivo o, en delitos tributarios, la regularización. Otros son exclusivamente procesales —como la delación o las dilaciones indebidas—. Un último grupo, en cambio, son post-procesales, como el indulto u otros beneficios penitenciarios o, en fin, la prescripción de la pena.[44]

37 En este punto es preciso reiterar que la legitimación política del castigo estatal de una persona se mueve en tres planos. Por un lado, (i) el relativo a qué es castigado: el hecho punible. Por otro lado, (ii) el de quién es castigado: el sujeto, que se puede considerar como una unidad vital y, por tanto, relativamente separado de su hecho. En fin, (iii) el relativo a quién castiga: el Estado. En esa diversidad de dimensiones se manifiesta precisamente la exigencia de legitimación relacional que requiere el castigo estatal. Pues bien, a partir de ahí un criterio fundamental para la clasificación de los elementos de la punibilidad es el de sobre qué dimensión inciden. En concreto, si lo hacen (i) en el juicio sobre el hecho —en la punibilidad en sentido estricto—; o bien (ii) en el juicio adicional sobre el sujeto del hecho; o (iii) en el juicio sobre el ejercicio del poder punitivo del Estado sobre aquel, en tanto que sujeto del proceso —estos dos últimos se ubican en la punibilidad en sentido amplio—.

4.2. La teoría de las normas y la punibilidad

4.2.1. La relación de la norma de sanción con la norma de conducta

38 La relación entre la norma penal de sanción y la norma de conducta es mayor de lo que puede parecer a primera vista. En efecto, las circunstancias

[44] Otras distinciones analíticas en *Sánchez-Ostiz* (2020), 141 ss.; le sigue *Simón Castellano*, RECPC 24 (2022), 1 ss.

que excluyen la posibilidad de aplicar la norma de sanción —por ejemplo, una causa de exclusión de la prohibición bajo pena— tienen, además, el efecto de privar a la norma de conducta de su refuerzo mediante la amenaza de pena dirigida al destinatario. En esta medida, la concurrencia de una de esas circunstancias tiene relevancia también en la conducción de conductas, pues conlleva la eliminación de los medios instrumentales de aquella. Ciertamente, ello no sucede en el caso de las causas de inimputabilidad. Por un lado, porque la concurrencia de estas no se puede considerar *ex ante* por el delincuente potencial, hasta el punto de que si es planificada de algún modo no exime. Por otro lado, porque, si el sujeto inimputable muestra peligrosidad, la inimputabilidad no obsta a la imposición de medidas de seguridad. En cambio, en los supuestos de las causas de exculpación y de la exclusión de la punibilidad los efectos de su concurrencia sobre la prevención jurídico-penal de hechos (penalmente) antijurídicos son drásticos. Por eso, la exención de pena en estos casos no solo requiere una fundamentación comunitaria-estatal, sino en particular una que tenga en consideración al sujeto pasivo, que queda parcialmente desprotegido.

4.2.2. La incidencia de otros sistemas de normas

Las consideraciones de punibilidad tienen lugar, al margen de la norma de **39**
conducta y de su infracción culpable, en el ámbito sistemático regido por la norma penal de sanción. A su vez, en el seno de este último, ponen de relieve la incidencia de otras normas sobre la norma penal de sanción. Estas son, por un lado, «normas de trato equitativo», entre las que se cuentan las de compensación; por otro, «normas premiales», basadas en criterios de utilidad; y, en fin, «normas de conveniencia» u oportunidad. Las normas de trato equitativo bloquean la aplicación de la norma penal de sanción, al dirigirse a los órganos judiciales con ocasión de escenarios en los que es preciso atender a la singularidad de la situación del sujeto o compensarle por los daños que ha sufrido. Por su parte, las normas premiales contienen incentivos —normalmente, en forma de rebajas o incluso exenciones de pena— para la realización de determinadas conductas. En fin, otro supuesto es aquel en el que el Estado debe resolver la colisión entre su interés en ejercer la potestad punitiva y el que tiene por objeto cumplir otras misiones que ha de llevar a cabo. En este contexto aparecen las normas de conveniencia u oportunidad, que pueden referirse a la protección de las instituciones del Estado, de las relaciones internacionales, de determinadas políticas públicas, en particular, la presupuestaria; e incluso de la paz pública, como sucede en el Derecho transicional.

4.3. Las normas de trato equitativo

4.3.1. La norma de equidad asociada a la dificultad de regirse por las normas de conducta

Una variante de las normas de equidad es la que se dirige al juez a pro- **40**
pósito de ciertas situaciones de grave dificultad del sujeto activo para auto-

determinarse conforme a las normas del Derecho. Como consecuencia de estas normas, en ciertos casos se aprecia la inimputabilidad penal del sujeto, a pesar de que la persona era capaz de adecuar su conducta a la norma, porque se atiende a la elevada dificultad de hacerlo. Igualmente, en ciertos casos de error de prohibición se aprecia un error invencible, a pesar de que en puridad el sujeto podía conocer la antijuridicidad de su conducta, porque ello le era muy difícil. En fin, en el contexto de las denominadas causas de exculpación, el sujeto es culpable. Lo que ocurre es que le era muy difícil regirse por el cumplimiento de la norma jurídica de conducta. En todos estos casos, no puede hablarse de exclusión de la culpabilidad, sino que se excluye la punibilidad. Ahora bien, como se ha indicado de modo reiterado, se habla de exculpación o de exclusión de la culpabilidad penal para subrayar que las razones de exclusión de la punibilidad son coetáneas al hecho culpable del sujeto y tienen que ver con la relación de este con la norma de conducta. Tales razones son de justicia entendida como equidad, a la que tampoco le resultan ajenas consideraciones de cierta indulgencia, comprensión o compasión. En consecuencia, se bloquea la aplicación de la norma de sanción penal.

4.3.2. Las normas de equidad derivadas del comportamiento supererogatorio del sujeto activo y de la promulgación de una ley retroactiva

41 En ciertos casos, el sujeto activo del injusto culpable lleva a cabo una conducta posterior que, sin embargo, todavía es capaz de modificar el sentido de lo que ha hecho. Esta conducta posterior es la propia de la primera modalidad de desistimiento a la que se hizo referencia en su lugar. Pues bien, ello da lugar a que se le dirija al juez una segunda clase de normas de trato equitativo, que bloquean la aplicación de la norma de sanción penal (*cfr. supra* capítulo 15/151). En fin, una tercera clase de norma de trato equitativo es la que se activa cada vez que se promulga una ley favorable al reo. En efecto, una ley así —como toda ley— permite advertir tras ella una norma de conducta que opera prospectivamente con amenaza de pena. Sin embargo, las leyes favorables también tienen efectos retrospectivos. Estos efectos —retroactivos— no permiten negar el injusto culpable cometido en su día por el sujeto, sino que solo bloquean el funcionamiento de la norma penal de sanción. Por lo tanto, la ley que deroga un delito o crea una eximente tiene un efecto prospectivo favorable, puesto que reduce el alcance de la norma de conducta reforzada con amenaza de pena. En cambio, su efecto retrospectivo favorable consiste únicamente en excluir de modo sobrevenido la punibilidad del hecho, desactivando la norma de sanción. Ciertamente, en la práctica, la mencionada exención de punibilidad opera como una excepción procesal, de modo que el procedimiento ni siquiera se incoa o no prosigue.

4.3.3. Las «normas de compensación» —como subespecie de normas de equidad—

Una tercera clase de normas de equidad que se dirigen a los órganos judiciales y bloquean en todo o en parte la aplicación de la norma penal de sanción son las normas de compensación. Estas, a su vez, derivan de disposiciones legales o supralegales que recogen el denominado «principio de compensación» y son de dos clases. Por un lado, compensan una serie de daños de origen no estatal que el delincuente ha sufrido *propter malum actionis*, es decir, de modo causalmente relacionado con el delito cometido. Así, como luego se verá, el padecimiento de la legítima defensa del sujeto pasivo, de la venganza, de reacciones informales, etcétera. Por otro lado, sobre todo, las normas de compensación establecen la obligación de compensar daños causados al delincuente por parte del Estado. Estos pueden derivar de dos fuentes distintas. En algunos casos, derivan del mal funcionamiento del Estado en su dimensión no punitiva. Así, defectos de protección en sus dimensiones negativa, positiva-formal o positiva-material. En otros casos, derivan de defectos incorregibles del procedimiento penal que gravan al sujeto encausado. La compensación puede conducir a la disminución de la medida de la pena que se le impone al sujeto, pero en casos especialmente graves alcanza a la anulación de la pretensión punitiva del Estado. Así, puede llegar a bloquear el acceso del proceso a la fase de juicio oral. 42

El principio de compensación deriva de la regla general de equidad en el procedimiento; sin embargo, también se relaciona con la propia dimensión estabilizadora de la pena. En efecto, esta requiere que el procesado sea visto precisamente como un autor y no como una víctima. Así pues, en el caso de que haya sido victimizado por el sistema judicial, se le debe compensar para reconducir la pena a la medida de su autoría.[45] Por lo tanto, las normas de compensación se dirigen directamente al órgano judicial y le ordenan remediar, mediante el establecimiento de óbices —es decir, bloqueos— procesales, prohibiciones probatorias, o bien de exenciones y atenuaciones de pena, las vulneraciones de garantías llevadas a cabo por órganos estatales. La extensión de este principio a otros padecimientos sufridos por el sujeto encausado es objeto de discusión.[46] 43

4.4. Las normas premiales y su relación con la norma penal de sanción

4.4.1. Planteamiento

El presupuesto de las normas premiales del Derecho penal es la existencia de disposiciones que abren un diálogo de utilidad entre el Estado y el sujeto activo del delito, en un estadio (i) pre-procesal, (ii) procesal e incluso, en algunos casos, (iii) en el contexto de la ejecución de la pena. Así, ejemplos de su incidencia pre-procesal son la segunda forma de desistimiento menciona- 44

[45] *Schroth* (1991), 337-338.

[46] *Silva Sánchez* (2018), 139 ss.

da en su momento (*cfr. supra* capítulo 15/153); o la regularización tributaria espontánea. En cambio, su incidencia en el marco del proceso se manifiesta, por ejemplo, en la colaboración procesal mediante delación o en la reparación utilitaria. En fin, su influencia en la fase de ejecución se advierte en las reducciones o liberaciones de condena por abandono de la actividad terrorista.[47] De este modo, el Derecho premial se relaciona con el Derecho penal cumpliendo finalidades distintas. Por un lado, pretende producir efectos de protección de bienes jurídicos —por ejemplo, en el desistimiento utilitario—. Por otro, pretende contribuir a la operatividad de la norma penal de sanción —así, en la colaboración probatoria—. En fin, también puede perseguir efectos de prevención especial —incentivar el abandono definitivo de la actividad delictiva—. Por ejemplo, cuando opera en el ámbito de la ejecución penitenciaria de la pena.

4.4.2. La estructura de la norma premial y el contexto del diálogo premial

45 En el marco de una ley premial, la norma de conducta reza del siguiente modo: «Si quieres obtener el incentivo Y, haz X», lo que viceversa puede formularse «si haces X, obtendrás el incentivo Y». Como se advierte, su estructura es hipotética: «Si regularizas tu situación tributaria...», o bien «si colaboras en la identificación de los codelincuentes y en la prueba de los hechos...». Por su parte, la norma de aplicación del premio, que se dirige al órgano judicial, señala: «El que haga X no será castigado (o recibirá una pena inferior)». A esta estructura se vinculan, en primer lugar, las variantes utilitarias de las instituciones legales del desistimiento de la tentativa (*cfr. supra* capítulo 15/151), y de la atenuante de reparación (*cfr. infra* capítulo 28/91). En este sentido, el «Derecho penal premial» ha existido desde siempre.[48]

46 En un sentido más polémico, el Derecho penal premial se orienta al comportamiento procesal del sujeto investigado. En principio, lo hace para incentivar sus conductas de colaboración procesal relativas al propio hecho. A este ámbito pertenecen las variantes instrumentales de la atenuante legal de confesión (*cfr. infra* capítulo 28/94). Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XX se ha ampliado mucho el alcance inicial de estas instituciones.[49] Así, en primer lugar, mediante el régimen italiano de incentivos para los terroristas ya condenados que decidieran abandonar su actividad —impropiamente denominados «arrepentidos»—.[50] En segundo lugar, a través de medidas propias del Derecho penal en materia de crimen organizado, en particular, con la del testigo de cargo o de la corona.[51] En efecto, la singularidad de estas últimas radica en que pasan a centrarse de modo directo en el comportamiento «procesal» del acusado en su relación con terceros intervinientes en el hecho

---

[47] *Faraldo Cabana* (2006), 757 ss.

[48] *Resta*, Dei Delitti e Delle Pene 1 (1983), 41 ss.; *Pisani* (1983), 11 ss.; *el mismo* (2.ª, 2010).

[49] *Sánchez García de Paz*, RECPC 7 (2005), 1 ss.

[50] En italiano, «*pentiti*».

[51] En alemán: «*Kronzeuge*». Al respecto, *Quintanar Díez* (1996).

enjuiciado.[52] Así, han dado lugar a introducir en las diversas legislaciones disposiciones —«programas de clemencia», cláusulas de delación premiada— que vinculan la exención de pena con la delación de terceros intervinientes en el hecho y con la aportación de pruebas que contribuyan a su condena.[53] Frente a todas las anteriores, las disposiciones premiales propias de los procesos de la justicia transicional muestran un carácter distinto. En efecto, estas abren una vía no punitiva para los acusados que opten por declarar toda la verdad relativa al hecho y a todos los intervinientes (además de llevar a cabo conductas de reparación). De este modo, mediante el incentivo de la no punición, se contribuye a conseguir la paz pública y la reconciliación nacional.[54]

4.5. Las normas de conveniencia u oportunidad

47 Las normas de oportunidad son el resultado de una colisión entre la razón punitiva y otras razones político-jurídicas en sentido amplio. Estas últimas tienen que ver con el cumplimiento de otros fines del Estado, que trascienden al punitivo. Por ejemplo, como ya se ha anticipado, la protección de ciertas instituciones, las relaciones internacionales, ciertas políticas públicas y, en particular, la gestión presupuestaria. Sin embargo, la incidencia de estas normas de conveniencia u oportunidad no debe identificarse con el principio procesal de oportunidad, que tiene manifestaciones diversas. En efecto, el recurso a este último responde, en ocasiones, a una auténtica «conveniencia», por ejemplo, en el plano de la gestión presupuestaria de la administración de justicia. Sin embargo, simultáneamente es el vehículo de los incentivos de las normas premiales, mediante la oferta de sobreseimiento de la causa seguida contra la persona de la que se trate. Así, por ejemplo, para incentivar el resarcimiento a la víctima o la consecución de la paz pública —en la justicia transicional—. En todo caso, el auge de las instituciones teñidas de consideraciones de oportunidad tiene perfecto sentido en el contexto de una reconstrucción del Derecho penal en términos crecientemente gerenciales-regulatorios.

IV. LA FORMULACIÓN LEGAL Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD

1. PLANTEAMIENTO

48 La identificación de las reglas concretas que, en un sistema legal determinado, se integran en la punibilidad requiere un examen detallado de la Parte

---

[52] *Resta*, Dei Delitti e Delle Pene 1 (1983), 49.

[53] Conviene subrayar que tal delación, llevada a cabo por un codelincuente, se diferencia radicalmente de la que efectúa un «informante» que no ha intervenido en el hecho. En efecto, aquella puede determinar la no punibilidad de una conducta, pero esta no deja de ser antijurídica y culpable. En cambio, la conducta del informante, que puede haber lesionado secretos de empresa o la intimidad de terceros, se ve amparada por una causa de exclusión de la tipicidad o de justificación.

[54] *Reyes Alvarado* -ed.- (2018 b).

Especial del Código penal y, en su caso, de las leyes penales especiales. Por lo general, aquellas se refieren a delitos concretos o a grupos de delitos. Ahora bien, algunas exenciones de punibilidad aparecen descritas, de modo más o menos impropio, como causas de extinción de la responsabilidad criminal. En este último caso sí es posible hallarlas en reglas ubicadas en la Parte General del Código penal.

2. LA FORMULACIÓN LEGAL

2.1. La formulación positiva en los tipos legales: las denominadas «condiciones objetivas de punibilidad»

2.1.1. Generalidades

49 Como ya se ha indicado, los tipos legales de delito contienen elementos ajenos al contenido de injusto penal específico propio de la conducta típica. En realidad, este ya es el caso del resultado lesivo, sobre cuya peculiar naturaleza ya se ha expuesto lo procedente (*cfr. supra* capítulo 8/124; 13/39). Los elementos, ajenos a la conducta, que constituyen requisitos positivos de la tipicidad legal del hecho pueden denominarse condiciones objetivas de la tipicidad. Con todo, la más difundida es la denominación de «condiciones objetivas de punibilidad», debida a la obra de Binding, mientras que Beling las había denominado «condiciones (relativas) de la amenaza de pena».[55] Con independencia del nombre que se les asigne, las condiciones objetivas de «punibilidad»: (i) son ciertamente condiciones de la tipicidad legal del hecho;[56] pero (ii) no guardan ninguna relación con su injusto —con la lesión de la norma de conducta—; sino que (iii) constituyen exclusivamente factores de la punibilidad de aquel.[57]

2.1.2. El problema de las cuantías del perjuicio o del beneficio

50 La cuantía del perjuicio ocasionado o del beneficio obtenido forma parte del tipo legal —del hecho punible— de múltiples delitos patrimoniales y económicos. Ciertamente, estas cuantías permiten establecer el límite mínimo de los tipos básicos, así como, luego, de los tipos cualificados. Sin embargo, se discute si se trata de elementos del injusto típico de la respectiva conducta o bien de elementos de la punibilidad típica del hecho.[58] Desde luego, la repercusión de esta discusión es decisiva en cuanto que, según se opte por lo uno o por lo otro, es preciso que sean abarcadas por el dolo del agente o no. Pues bien, desde la perspectiva de la doctrina de la conducta desaprobada, también en relación con las cuantías debe regir, en primer lugar, la perspectiva intersubje-

---

[55] *Beling* (1906), 52 ss.

[56] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 6/65 ss.

[57] *García Pérez* (1997), 77 ss.; *Mendes de Carvalho* (2007), 33 ss.

[58] *Vega Gutiérrez*, Revista de Derecho -Universidad Centroamericana- 16 (2013), 9 ss.

tiva *ex ante*. Por lo tanto, la idoneidad *ex ante* de la conducta para producir un perjuicio de una magnitud determinada integra el injusto intersubjetivo de la conducta. A su vez, este contenido de la conducta tiene que ser abarcado por el dolo para que tenga lugar la imputación subjetiva a título doloso. En fin, la producción efectiva de perjuicio *ex post*, en la magnitud correspondiente, debe poder imputarse objetivamente a la conducta realizada. Al margen de ello, la producción *ex post* de una magnitud de perjuicio improbable *ex ante* no debe tener incidencia en el incremento de la punibilidad del hecho.

2.1.3. Las «clases» de condiciones objetivas de punibilidad

Si las supuestas condiciones objetivas de punibilidad dan lugar al castigo 51
de conductas que no merecen pena, no son legítimas. En efecto, ningún castigo es legítimo si excede de lo merecido por el sujeto; a su vez, el ámbito del merecimiento del agente se circunscribe a su comportamiento en tanto que lesivo de la norma de conducta e imputado subjetivamente. Por lo tanto, todas las condiciones que fundamentan o incrementan materialmente la punibilidad del hecho deben reconducirse al injusto de la conducta y ser abarcadas por el dolo.[59] Entonces, las únicas condiciones objetivas de punibilidad que resultan legítimas son aquellas cuya concurrencia impide o limita la imposición de la pena, pese a que la conducta del agente la merezca. Sobre esta base, la clasificación doctrinal de las condiciones objetivas de punibilidad las suele dividir en: (i) propias —o auténticas—; y (ii) impropias —o falsas—.[60] Así, las primeras son aquellas cuya ausencia impide el castigo o la imposición de una pena más grave. En cambio, las segundas se caracterizan por el hecho de que su concurrencia permite imponer una pena más grave de la merecida en virtud del injusto culpable concurrente, o aplicar una sanción más grave. Así las cosas, las condiciones objetivas de punibilidad «impropias» plantean problemas de constitucionalidad, por vulneración del principio de imputación subjetiva. Entre las auténticas condiciones de punibilidad se encuentra, por ejemplo, la de las insolvencias del art. 259.4 CP español —aunque literalmente alude a la perseguibilidad del delito—.[61] Otro ejemplo es el de la reciprocidad (art. 606.2 CP español), que, para castigar el atentado sufrido por un jefe de Estado extranjero en España, exige que la legislación penal del país prevea ese mismo delito.[62]

---

[59] *Hass* (1973), 57 ss.

[60] Es decir, no auténticas, del alemán «*unecht*»: *Martínez-Buján*, LH Beristain, 1989, 567 ss.; *el mismo*, LH Fernández-Albor, 1989, 481 ss.; *el mismo* (2019); *Mapelli Caffarena* (1990), 79 ss.; *Faraldo Cabana*, LH Valle Muñiz, 2001, 1303 ss.; *Mendes de Carvalho*, RDPC 17 (2006), 221 ss.

[61] «Este delito solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso».

[62] La *exceptio veritatis* constituye una causa objetiva de exclusión de pena. Ello se basa en que la pena de la calumnia resulta innecesaria si los hechos imputados logran ser probados durante el proceso quedando satisfecho el interés público por conocerlos. En la misma línea, *Mañalich*, RPDJP 6 (2005), 209.

2.2. La formulación negativa en algunos delitos o grupos de delitos: las causas objetivas y personales de exención de pena

52 Con frecuencia, el legislador prevé causas cuya concurrencia determina la ausencia de punibilidad para un grupo de delitos, o bien para un delito concreto. Tales causas de exención de pena han sido denominadas tradicionalmente «excusas absolutorias». Ahora bien, como se ha indicado, desde hace décadas un sector doctrinal ha acogido la distinción alemana entre causas de exclusión (objetivas y personales) de la pena y causas de «levantamiento» —mejor, eliminación o supresión— de la pena, clasificando las excusas absolutorias en estos dos grupos. Esta distinción resulta aquí perfectamente asumible, con algunos matices terminológicos. En efecto, ya se ha indicado que el criterio rector acogido es el de distinguir entre exclusión o atenuación de la punibilidad (i) por razones relativas al hecho; (ii) por razones relativas al sujeto del hecho; y (iii) por razones relativas a la legitimidad del Estado punitivo. Pues bien, las causas de exclusión de la pena se sitúan todas en el grupo (i), es decir, en la punibilidad en sentido estricto, como categoría del hecho punible; en cambio, las de eliminación o supresión de la pena se sitúan en el grupo (ii) o en el (iii), esto es, en la punibilidad en sentido amplio, entendida como conjunto de presupuestos adicionales de la imposición de pena.

2.3. Las causas de «exención de pena» y las causas de «extinción de la responsabilidad criminal»

53 Como se ha indicado, las únicas eximentes relativas a la punibilidad que cabe identificar en la Parte General de los Códigos son las causas denominadas de extinción de la responsabilidad criminal, que se ubican en el grupo (ii) antes mencionado. A este respecto, es importante subrayar que estas últimas no siempre pueden ser reputadas causas de extinción de una responsabilidad criminal ya constituida. Ello se debe, por un lado, a que algunas de ellas tienen que darse necesariamente antes del juicio oral, como es el caso del perdón del ofendido en la legislación española. Por otro lado, las restantes pueden ser apreciadas durante la fase de instrucción del procedimiento; en el caso de que lo sean, tampoco habrá sido declarada una responsabilidad que pueda adicionalmente ser declarada «extinta».

3. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD

3.1. La cuestión del error

54 Las dos cuestiones dogmáticas más discutidas en este punto son: (i) la relativa al error sobre las causas de exclusión de la punibilidad; y (ii) la que concierne a la comunicabilidad del efecto de la concurrencia. En cuanto a la primera, ciertamente una posición doctrinal sostuvo y sigue sosteniendo que

quien supone erróneamente que en su caso concreto concurre una excusa absolutoria, o piensa que no se da una determinada condición objetiva de punibilidad, debería quedar exento de pena, o recibir una pena atenuada.[63] Sin embargo, la posición mayoritaria sostiene que tanto el error sobre la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, como la suposición errónea de la concurrencia de sus elementos, son irrelevantes.[64] Otro tanto sucede con las excusas absolutorias.[65] En esta obra, a partir de la distinción sistemática fundamental entre la norma de conducta y la norma de sanción, se asume la conclusión de la posición dominante. En efecto, el objeto del conocimiento del sujeto se ciñe al significado intersubjetivo de su conducta *ex ante* y, en concreto, a la gravedad de esta como materialmente criminal. Esto conduce a que sea irrelevante la suposición errónea —tanto por razones fácticas como jurídicas— de la concurrencia de una causa de exclusión de la punibilidad, en realidad inexistente.[66]

3.2. La comunicabilidad

55 En lo que respecta a la cuestión de la comunicabilidad, es preciso distinguir entre causas personales y causas objetivas. Así, la ausencia de una condición objetiva de punibilidad determina que el hecho no sea punible para ninguno de los intervinientes en él.[67] En efecto, como se ha indicado, la punibilidad de la conducta de los partícipes es accesoria o dependiente de que el autor haya realizado una conducta objetivamente típica. Esta concepción de la accesoriedad, que no requiere que el hecho del autor le sea subjetivamente imputable, ni antijurídico, ni culpable, sí exige que ese hecho contenga las condiciones objetivas de tipicidad —de punibilidad— requeridas en el tipo.

56 En cuanto a las causas de exclusión de pena o de extinción de la responsabilidad criminal, son personales, en primer lugar, las que solo concurren en un sujeto concreto —por ejemplo, la muerte, o el parentesco—. Por ello, la excusa absolutoria de parentesco solo se aprecia en aquel interviniente en quien concurra (art. 268.2 CP español).[68] Ahora bien, en segundo lugar, también revisten características personales aquellas eximentes o atenuantes que exigen la realización de una conducta, cuando esta última tiene una implicación personal-simbólica. Por ejemplo, la confesión o la reparación simbólico-comunicativas. En cambio, las eximentes o atenuantes que responden a la realización de una conducta con efecto de utilidad son entendidas en unas

---

[63] Ya crítico *Binding* (1919), 34-35. Sobre ello *Stuckenberg* (2007), 566.

[64] *Faraldo Cabana* (2000), 76 ss. En contra, *Bacigalupo*, CPC 6 (1978), 16 ss.; *el mismo* (1983); *Moreno-Torres* (2004), 83 ss., 97 ss.

[65] *Manjón-Cabeza* (2014), 32 ss. En contra, *Bacigalupo*, CPC 6 (1978), 16 ss.; *Moreno-Torres* (2004), 105.

[66] *Robinson* (1997), 74-75.

[67] *García Pérez* (1997), 83 ss.; *Mendes de Carvalho* (2007), 92 ss.

[68] Esta señala que la excusa absolutoria del art. 268.1 CP «no es aplicable a los extraños que participaren en el delito».

ocasiones como objetivas; en otras, en cambio, se les atribuye un carácter no comunicable. Por ejemplo, la confesión y la colaboración de contenido utilitario prestadas por un acusado tienen naturaleza personal, igual que ocurre con la variante utilitaria del desistimiento.

57 La calificación de la regularización tributaria depende, en primer lugar, del fundamento que se le atribuya. En efecto, para quienes la reconstruyen en términos simbólico-comunicativos, tiene alcance personal.[69] Ahora bien, las conductas de regularización pre-procesal responden, desde luego en España, a una lógica tributaria, que es objetiva y utilitaria. Así pues, si la lleva a cabo un interviniente, no solo le beneficia a este, sino a todos. El hecho de que esto último tenga lugar en términos puramente prácticos, derivados de la gestión administrativa de la institución, no cambia las cosas. Es más, la regularización la puede llevar a cabo un obligado tributario que ni siquiera haya intervenido en el delito.[70] En cambio, la atenuante de regularización *intra processum*, en virtud de su propia regulación legal, es personal y no se comunica a los intervinientes que no la realizan.[71]

3.3. La aplicación analógica y la reducción teleológica

58 La medida de vigencia del principio de legalidad en las causas de exclusión de la punibilidad es objeto de discusión. La doctrina dominante en España admite la analogía *in bonam partem*. Sin embargo, cuenta con la oposición de un sector minoritario,[72] cuyo punto de vista coincide con el de la doctrina italiana, que arguye en contra la excepcionalidad de estas eximentes. Por su parte, el Tribunal Supremo muestra dudas al respecto, pero ha apreciado tal analogía en ocasiones.[73] La reducción teleológica de las eximentes relativas a la punibilidad también puede cuestionarse. Sin embargo, dado precisamente ese carácter excepcional, existe mayor consenso al respecto.

V. LOS ELEMENTOS INTEGRADOS EN EL CONCEPTO DE PUNIBILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

59 Como se ha ido indicando, existen fenómenos pre-procesales —previos, simultáneos y posteriores al hecho— cuya producción, sin afectar a la conducta que realiza el injusto culpable, sí modifica el sentido comunicativo del hecho. Así, en el modelo de teoría del delito que aquí se ha acogido, la producción del resultado es un presupuesto de la aplicación de la norma de sanción, cuya

---

[69] *Montero*, InDret 2/2020, 304 ss.; *el mismo* (2023).

[70] Así, el art. 305.4 CP español.

[71] Así, en el art. 305.6 CP español.

[72] *Montiel Fernández*, InDret 3/2013, 19 ss.; *el mismo* (2020), 166 ss.; *Manjón-Cabeza* (2014), 34 ss.

[73] Así, al extender el alcance de la excusa absolutoria de parentesco a las relaciones estables de pareja —Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 1 de marzo 2005—.

producción no afecta a la infracción de la norma de conducta. Viceversa, la realización de una conducta de desistimiento de una tentativa imperfecta constituye un presupuesto de la no-aplicación de la norma de sanción, una vez que ya se ha producido la infracción de la norma de conducta derivada, propia de dicha clase de tentativa. Otro fenómeno que produce un efecto de modificación del significado del hecho es, por ejemplo, la convalidación del matrimonio nulo (art. 218.2 CP).[74]

En el desistimiento de la tentativa, como se indicó, cabe distinguir dos ins- **60**
tituciones dogmáticas distintas. Así, el desistimiento en sentido estricto opera antes de la tentativa perfecta y consiste en un cumplimiento cualificado de la norma de conducta de esta última, tras la infracción de la norma de conducta de la tentativa imperfecta. En efecto, en él el sujeto no solo se abstiene de proseguir, neutralizando el riesgo, sino que lo hace de modo especialmente cualificado. Ello determina que se modifique el significado de su hecho y se excluya la punibilidad de la lesión de la norma de la tentativa imperfecta, ya infringida por él. En cambio, el desistimiento de la tentativa perfecta o el de la consumación formal tienen una naturaleza distinta. Como ya se indicó y luego se reiterará, ambos se mueven en el marco de un diálogo premial entre el Estado y el delincuente, que no modifica el sentido del hecho.

Otro fenómeno, especialmente relevante en cuanto a la modificación del **61**
significado del hecho, es la promulgación de disposiciones favorables al reo con efecto retroactivo eximente. En efecto, es dicha modificación del sentido del hecho la que activa la norma de trato equitativo, antes mencionada, que conduce a excluir la punibilidad. Esta modificación, además, puede tener lugar antes del proceso, durante este, e incluso con posterioridad a él. Así, la ley que deroga un delito o crea una eximente tiene un efecto prospectivo favorable, puesto que reduce el alcance de la norma de conducta reforzada con amenaza de pena. En cambio, su efecto retrospectivo favorable consiste únicamente en excluir de modo sobrevenido la punibilidad del hecho, desactivando la norma de sanción. Ello tiene lugar en virtud de que, tras la entrada en vigor de la nueva ley, el significado del hecho ya no es el mismo.[75]

Por lo demás, la eficacia de la ley retroactiva no se produce solo cuando el **62**
hecho cometido antes del cambio legal se halla todavía pendiente de juicio o de recurso. Además, también sucede en fase de ejecución de sentencias firmes, es decir en una fase post-procesal (*cfr. supra* capítulo 4/79 ss.).[76] Así pues, la modi-

---

[74] En el caso de los matrimonios ilegales, el art. 218.2 CP español dispone que «el responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado». La convalidación constituye una excusa absolutoria vinculada con el art. 48 CC español *in fine*, que a su vez establece que: «La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

[75] En el caso de que el efecto sea de exención, tal exención de punibilidad opera como una excepción procesal, de modo que el procedimiento ni siquiera se incoa o no prosigue.

[76] Aquí opera como una causa de extinción de la responsabilidad criminal, que se debe a una modificación del sentido del hecho.

ficación del sentido del hecho produce incluso la activación de una norma de trato equitativo —precisada en los términos de las disposiciones transitorias de la ley que introduce la reforma, si es que estas existen— que impone a los órganos judiciales la revisión de condenas firmes. Como se advierte, las «normas transitorias» que rigen esta revisión tratan de hallar un equilibrio entre la norma de trato equitativo derivada de la ley favorable y la norma que establece la intangibilidad de las sentencias firmes. Por lo demás, todo lo señalado vale no solo para las leyes favorables con efectos de exención de pena, sino también *mutatis mutandis* para aquellas que comportan su atenuación.

63 La incidencia cuantitativa sobre la punibilidad del hecho en sentido estricto es propia de otros fenómenos, singularmente los previos al hecho, que serán considerados en el capítulo 28. Asimismo, existen fenómenos simultáneos y posteriores que tienen tal incidencia. Por ejemplo, la contribución de la víctima a la producción del resultado lesivo, una vez que el autor ya ha infringido la norma de conducta (*cfr. supra* capítulo 14/147).

VI. LA AFECTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR EL JUICIO EMITIDO SOBRE EL AGENTE AL MARGEN DE SU HECHO

1. GENERALIDADES

64 La persona del agente trasciende al hecho cometido, puesto que antecede y sucede a este último. Esto permite considerar para la punibilidad del hecho, e igualmente para la ejecución de la pena, circunstancias tanto anteriores como posteriores a la conducta antinormativa. En efecto, aquí procede considerar que es a la persona del sujeto activo, y no a su hecho, a quien se impone y sobre quien se ejecuta la pena. Esto significa que, aunque el hecho histórico y su autor merezcan pena, cabe la posibilidad de que no sea equitativo, necesario u oportuno imponérsela al sujeto del proceso. Ello puede tener lugar (i) por circunstancias sobrevenidas; o (ii) por actos sobrevenidos, ya sea del propio agente, de terceros o de autoridades del Estado. En este contexto tienen un significado especial las denominadas causas de extinción de la responsabilidad criminal del agente.

2. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

2.1. Generalidades

65 En la legislación española —además, obviamente, del cumplimiento de la condena y de la remisión definitiva de la pena suspendida— la prescripción,[77] la muerte del reo, el perdón del ofendido y el indulto son causas de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1 CP). Es decir, en relación con ellas, el

[77] La prescripción del delito y la prescripción de la pena. La primera se examina ahora; la otra, más adelante.

legislador parte de la premisa de que ha surgido la responsabilidad de un sujeto activo mediante la comisión de un injusto culpable —y punible en sentido estricto—. Ahora bien, a continuación, admite que existen ciertas situaciones que deben poner fin razonablemente a tal responsabilidad. Tales razones, que determinan su equiparación con el efectivo cumplimiento de la condena, son igualmente apreciadas en la mayoría de las legislaciones penales. Pues bien, las causas de extinción de la responsabilidad criminal se ubican sistemáticamente en el ámbito de la punibilidad en sentido amplio.

2.2. El transcurso del tiempo: la prescripción del delito

2.2.1. Su fundamento

2.2.1.1. Generalidades

Es común afirmar que «el tiempo lo cura todo».[78] En efecto, el transcurso del tiempo va determinando que el autor de un hecho pasado ya no sea visto del mismo modo en que lo fue en el momento de realizar la conducta delictiva. Su conducta queda anclada en el pasado y, con ello, van menguando las emociones reactivas contra el sujeto presente.[79] Aunque la «herida social» abierta por el delito no desaparezca del todo, sí desaparece la necesidad de reaccionar frente al hecho pasado con la imposición de una pena al sujeto actual. Con todo, un sector doctrinal sostiene que hay heridas que nunca se cierran, ni deben cerrarse. Sentado lo anterior, lo cierto es que el fundamento de la extinción de la responsabilidad penal por la prescripción del delito es controvertido en la doctrina.[80] En efecto, las posiciones doctrinales discrepan acerca de si aquella (i) deriva de una renuncia del Estado al *ius puniendi* —de una autolimitación—; (ii) trae causa del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o a la seguridad jurídica; (iii) se debe a razones probatorias; o, en fin, (iv) tiene un fundamento material jurídico-penal específico.[81] Entre los partidarios de este último punto de vista, algunos sostienen que la prescripción se justifica porque, trascurrido cierto tiempo, la pena impuesta al sujeto ya no está en condiciones de cumplir su función.[82] Pues bien, la prescripción ciertamente no pone en cuestión el merecimiento de pena del sujeto histórico, sino que da cuenta de la falta de equidad o de necesidad de castigar al sujeto actual por aquella conducta. Con todo, esto último guarda relación con la gravedad del delito cometido en su día, de modo que tiene

66

[78] *Silva Sánchez* (2004), 19 ss.; *Horter*, ZStW 133 (2021), 385 ss.: solo si el tiempo transcurre sin que el sujeto cometa otros delitos. Parcialmente crítica, *Garro Carrera* (2023), 16 ss.

[79] *Ragués i Vallès* (2004), 42.

[80] *Zimmermann* (1997), 57 ss., 60; *Gili Pascual* (2001); *Ragués i Vallès* (2004), 25 ss.; *Asholt* (2016); *Gómez Martín* (2016); *Noltenius*, JRE 27 (2019), 612 ss. Crítica con respecto a cualquier fundamentación unitaria, *Garro Carrera* (2023), 16 ss.

[81] *Demetrio Crespo*, RP 52 (2023), 73 ss.

[82] *Ragués i Vallès* (2004), 34 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 33/23, 25.

pleno sentido que los plazos de prescripción sean más largos cuando el hecho fue más grave y más cortos cuando el hecho fue de gravedad menor. Por lo demás, un sector relevante de la doctrina sostiene la imprescriptibilidad del asesinato y del homicidio doloso,[83] así como de la violación.[84] A su vez, el activismo político y social está conduciendo a efectuar propuestas de alargamiento de los plazos de prescripción, así como de imprescriptibilidad, para un número creciente de delitos.

2.2.1.2. Los regímenes de la prescripción y la imprescriptibilidad

67 La institución de la prescripción se puede explicar como una normativización de la desaparición de las emociones reactivas.[85] Es decir, con independencia de si tales emociones han cesado empíricamente o no, parece razonable partir de que, transcurrido un determinado plazo de tiempo desde la consumación del delito, aquellas deben darse por desaparecidas, de modo que procede renunciar a la persecución del injusto culpable. Por su parte, los regímenes legales de imprescriptibilidad son el resultado de una normativización de la pervivencia indefinida de las emociones reactivas generadas por la comisión de determinados delitos especialmente graves. Ciertamente, cabe que ello tenga sentido si se trata de no poner límites temporales a la reafirmación simbólica del Derecho por parte del Estado. En efecto, la existencia de un régimen de prescripción para delitos muy graves podría dar lugar a situaciones extremas de desafío al Derecho del Estado y de humillación a las víctimas. Por ejemplo, que presuntos delincuentes, habiendo transcurrido el plazo de prescripción de su supuesto delito, confesaran el hecho y su autoría, incluso reafirmándose simbólicamente en el delito cometido. En este punto, y como ya se ha adelantado, un problema adicional es que, siendo una causa de extinción de la responsabilidad criminal, la prescripción opere en el proceso como una causa de extinción de la acción.

68 En España, el Código penal integra la prescripción entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal,[86] lo que parecería abocar a establecer antes tal responsabilidad (el injusto culpable). En cambio, la Ley de Enjuiciamiento Criminal la incluye entre los artículos de previo pronunciamiento,[87] sobre los que el Juzgado o Tribunal debe decidir con anterioridad al juicio oral.[88] Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia parten de que la prescripción es una «cuestión de orden público», lo que significa que puede declararse —también

---

[83] *Noltenius*, JRE 27 (2019), 624 ss.

[84] *Hörnle*, FS Beulke, 2015, 115 ss.; próxima, *Garro Carrera* (2023), 190 ss. Parcialmente crítico, *Ragués i Vallès*, CPC 132 (2020), 67 ss.

[85] Similar, *Ragués i Vallès* (2004), 41 ss.

[86] Así, el art. 130.1.6.° CP, para la prescripción del delito; el art. 130.1.7.° CP, para la prescripción de la pena. En todo caso, arts. 131 ss.

[87] Así, el art. 666 LECrim.

[88] En el procedimiento abreviado, en el trámite de cuestiones previas. Ello, con independencia de que el órgano de enjuiciamiento puede optar por posponer su decisión al dictado de la sentencia.

de oficio— por el órgano judicial tan pronto como se tenga constancia cierta de la concurrencia de sus presupuestos. Ello conduce a que, si concurre la prescripción, no se haga ningún juicio sobre la responsabilidad del agente y tampoco se efectúe un pronunciamiento de responsabilidad civil.[89] Frente a ello, podría ser razonable que el examen de la prescripción tuviera lugar tras el juicio oral, en la sentencia, una vez enjuiciado el injusto culpable del hecho. En efecto, esto último permitiría afrontar las dimensiones de verdad y de reparación inherentes a todo proceso penal, que tienen suma relevancia, aunque el sujeto activo no sea condenado. En concreto, posibilitaría que se adoptaran otros pronunciamientos derivados de esta declaración, que en la actualidad se defieren a la jurisdicción civil. En concreto, los relativos al daño patrimonial derivado del injusto culpable.

A su vez, esto disminuye la tensión existente entre la prescriptibilidad y la **69**
imprescriptibilidad. En efecto, tiene sentido que, transcurrido un largo período de tiempo desde la comisión del delito, se prescinda de la reacción punitiva, es decir, del dolor punitivo específico. Sin embargo, no está tan claro que tenga sentido prescindir de declarar el injusto culpable —o su inexistencia— y, con ello, de reafirmar el Derecho, con la aflicción inherente a la comunicación del reproche. Si el delito no ha prescrito obviamente se debe declarar el injusto culpable e imponer la condena. Sin embargo, y en la línea mencionada, ello no obsta a valorar —también en este caso— cuál es la situación de las emociones reactivas en la sociedad, con el fin de optar por una atenuación mayor o menor de la pena susceptible de ejecución o por regímenes de ejecución más suaves. Así, en concreto, por la reclusión domiciliaria, por fórmulas de cuasilibertad o, en fin, por la suspensión. En este contexto ha surgido el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la atenuante supralegal de «cuasiprescripción», que se examina en el lugar correspondiente (*cfr. infra* capítulo 28/104).

2.3. La muerte

2.3.1. El fundamento

Si la pena cierra jurídicamente el círculo abierto por la comisión del delito, **70**
podría parecer que la muerte del autor lo cierra físicamente. En efecto, la muerte de una persona extingue su personalidad civil (art. 32 CC español) y constituye una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1.1.° CP español). Ahora bien, la muerte de quien ha cometido un delito no excluye *per se*, ni en términos lógicos ni empíricos, su persecución ni su castigo. Ciertamente, en el pasado se juzgaba y condenaba a los fallecidos e igualmente se ejecutaban las sentencias condenatorias sobre ellos —por ejemplo, mediante la *damnatio memoriae*—[90] y no solo sobre su patrimonio. Por tanto, es preciso deter-

[89] Críticos, *Gómez Lanz/Sanmartín*, ADPCP 2023, 111 ss.

[90] La «condena al olvido», es decir, hacer desaparecer todo recuerdo de la persona, borrando su nombre y sus imágenes de toda clase de monumentos. En una cultura en la que la fama *post mortem* era buscada de forma obsesiva, la amenaza con esa pena tenía una intensa eficacia intimidatoria.

minar cuáles son las razones estrictamente jurídicas de que la muerte extinga la responsabilidad penal. Como indica la historia, ello se debe, más bien, a determinadas asunciones normativas sobre el papel que deben desempeñar el proceso penal y la imposición de la pena, así como sobre su sinsentido en caso de fallecimiento del sujeto activo del delito —sujeto pasivo del proceso—.[91]

2.3.2. *Su dimensión de causa de extinción de la acción y la de causa de extinción de la responsabilidad*

71 La calificación de la muerte como causa de extinción de la responsabilidad penal es parcialmente inexacta. En efecto, en los casos de muerte del acusado, con frecuencia ni siquiera se llega a constituir su responsabilidad criminal, de modo que esta lógicamente no puede extinguirse. Esto sucede siempre que el acusado fallece antes del juicio, o lo hace en la fase de recursos antes de la sentencia firme. Ciertamente, en tales casos la muerte no es una causa de extinción de la responsabilidad, sino que opera como una excepción procesal —como una causa de extinción de la acción penal—.[92] Así pues, su relevancia tiene que ver con la exigencia de que el juicio tenga lugar en presencia de un acusado capaz de defenderse. En este sentido, su incidencia es análoga a la de la inimputabilidad sobrevenida (*cfr. supra* capítulo 24/106); es decir, constituye una causa de incapacidad procesal, derivada del derecho de defensa como requisito integrante del debido proceso. En cambio, si el sujeto ya condenado en virtud de sentencia firme fallece antes del inicio de la ejecución, o durante esta, sí cabe afirmar con propiedad que su muerte extingue su responsabilidad criminal.[93]

72 Con todo, ambas dimensiones jurídicas de la muerte plantean algunos problemas. La primera, porque si no se produce el enjuiciamiento de los hechos, la muerte no solo bloquea el castigo, sino también la declaración de la verdad procesal sobre aquellos. Sin embargo, esta última es importante, tanto para las posibles víctimas como para el conjunto de la comunidad, en términos simbólicos y pecuniarios. Por ejemplo, a efectos de poder sentar las bases de una responsabilidad civil derivada de delito.[94] Así pues, parece necesario sostener que la extinción de la acción penal comprende solo la acción ordenada al castigo del fallecido. En cambio, debería hacer posible al menos la investigación de oficio de los hechos con el fin de ejercer posibles acciones civiles en relación con ellos. Además, debería considerarse la posibilidad de que no

---

[91] Cuestión distinta es la desaparición del responsable (cuasi-)penal «persona jurídica» por razones distintas de su disolución real. El Código penal español prevé para tales casos una sucesión en la responsabilidad: art. 130.2 CP.

[92] El art. 115 LECrim dispone que la acción penal se extingue por la muerte del culpable. Sin embargo, subsiste la acción civil contra sus herederos y causahabientes, que solo podrá ejercitarse ante la jurisdicción civil.

[93] *Laubenthal/Mitsch*, NStZ 1988, 128 ss.; *Mitsch*, NJW 2010, 3479 ss.

[94] STEDH de 10 de enero de 2012 (Vulakh y otros c. Rusia).

bloquee una acción orientada a la declaración de la culpabilidad del fallecido, al menos en relación con hechos integrados en el núcleo de los delitos *mala in se*. Ciertamente, esto también resulta problemático pues genera una extraña unilateralidad: la de un castigo sin castigado. No obstante, parece necesario explorar sus posibilidades en el marco del Derecho constitucional procesal.[95] La reflexión sobre este particular debería dirigirse a encontrar alguna forma de equilibrio entre la pretensión de los familiares del fallecido y las de las posibles víctimas y sus familiares. En cuanto al segundo significado, suscita dudas que, ciertamente, no se refieren a las penas privativas de libertad ni de derechos, pero sí a la pena de multa, por ejemplo. En efecto, hipotéticamente la pena de multa podría ser ejecutada sobre el patrimonio de quien fue debidamente condenado en virtud de sentencia firme y fallece antes del inicio de la ejecución de la condena. Ahora bien, si la ejecución de la pena de multa, y no solo su imposición, se considera «pena» *stricto sensu* —sujeta al principio de personalidad— y no una mera deuda de Derecho público, ello no puede aceptarse.[96]

2.4. El perdón del sujeto pasivo

El perdón del ofendido es formalmente una causa de extinción de una responsabilidad criminal concurrente (art. 130.1.5.° CP español).[97] Sin embargo, materialmente no puede serlo. En efecto, en los supuestos en los que se admite, debe ser otorgado antes de que se dicte la sentencia, lo que significa que la responsabilidad penal todavía no ha llegado a constituirse en términos jurídicos. Esto es en sí ya una paradoja, a saber, que perdone quien todavía no ha sido constituido jurídicamente como víctima u «ofendido». En la práctica, lo que significa es que opera como una causa de exclusión de la acción, en sentido procesal, o como una causa de exclusión de la punibilidad. Pero, desde luego, no como una causa de extinción de una responsabilidad criminal. Por lo demás, el fundamento del perdón es ajeno al merecimiento del sujeto activo, pues perdonar significa precisamente absolver —o no castigar— a quien es considerado merecedor de castigo.[98] Ahora bien, en un sistema de Derecho penal público es al Estado a quien corresponde «absolver».

---

[95] A favor, sosteniendo —con base en el principio de igualdad política— la conveniencia de juzgar a los fallecidos para restablecer el *statu quo ante*, *Melissaris*, CL&Phil 11 (2017), 332 ss.

[96] El CP español de 1870 señalaba: «La responsabilidad penal se extingue: 1° Por muerte del reo en cuanto a las penas personales siempre, y respecto a las pecuniarias solo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia firme».

[97] Art. 130.1.5° CP: «Por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto la autoridad judicial sentenciadora deberá oír a la persona ofendida por el delito antes de dictarla. En los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal».

[98] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 157, a. 2, ad 2.

74 Debido a esto último, el perdón del sujeto pasivo, que gozó de una larga tradición en el marco del Derecho penal privado —normalmente condicionado a una cierta composición—, ha visto su alcance radicalmente reducido. De hecho, a lo largo del pasado siglo XX se produjo una fuerte tendencia a convertir esta institución en residual,[99] o incluso a eliminarla por completo.[100] Ello se debió a las manipulaciones y coacciones que rodean con frecuencia la concesión del perdón. Sin embargo, en las últimas décadas las nociones de perdón y de reconciliación han renacido de la mano de la justicia restaurativa y de los procedimientos de mediación penal. Ciertamente, en el marco de estos últimos procedimientos, la disposición de la víctima sobre el castigo estatal y el perdón de aquella en su relación interpersonal con el autor se entremezclan con cierta facilidad. Lo más relevante es que todas estas consideraciones abren la puerta a la consideración del perdón del ofendido como una atenuante supralegal de la pena, por disminución de la punibilidad, precisamente en aquellos delitos que no prevén su incidencia como causa de «extinción» de la responsabilidad.[101] En España, ello debería canalizarse por la vía de la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP.

2.5. El perdón estatal

2.5.1. Generalidades

75 El perdón del Estado, al igual que la propia pena estatal, pone de relieve la excepcionalidad del delito —su fracaso— y marca el camino del regreso a la normalidad institucional. Expresado de otro modo, manifiesta la superioridad jurídica del Estado, mediante la imposición, de uno u otro modo, de su razón última —*ultima ratio*—. Así sucede en los casos de amnistía, en los que el autor puede no llegar siquiera a ser juzgado; pero también en los de ejercicio del derecho de gracia por parte del Ejecutivo. Lo mismo puede afirmarse a propósito de otras formas de perdón legislativo y judicial. Sin embargo, un problema común a todos estos supuestos es la subsistencia del conflicto horizontal —interpersonal— derivado del delito, que el Estado no puede resolver. Por eso, entre otras razones, carece de sentido que el Estado se empeñe en asignar a la facticidad de la pena una función satisfactiva de la víctima. En efecto, no conseguirá tal satisfacción (*satis-factio*) porque la «reparación suficiente» pretendida por aquella se mueve en realidad en otro plano: precisamente, en el horizontal. En definitiva, la única satisfacción de la víctima que puede pretender la pena es la que ya se deriva de la declaración simbólica del injusto culpable del autor y de la imposición de la condena a este. Por el contrario, el dolor adicional del condenado nunca satisfará a la víctima.

---

[99] Los ejemplos en España se refieren al descubrimiento y revelación de secretos: art. 201.3 CP; a las calumnias e injurias: art. 215.3 CP; y a los daños por imprudencia grave: art. 267.3 CP. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ello es posible, sin previsión legal expresa, en cualquier delito leve perseguible a instancia de parte.

[100] *Alonso Rimo* (2002).

[101] *Boeglin/ Shapiro*, Vanderbilt L. R. 70 (2017), 1499 ss.

2.5.2. El indulto

2.5.2.1. Generalidades

76 La Constitución asigna a los juzgados y tribunales que integran el poder judicial el ejercicio de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE). Sin embargo, la ejecución de la condena firme puede ser excluida mediante el indulto del reo. Así pues, esta figura opera efectivamente como una causa de extinción de una responsabilidad criminal declarada en virtud de la sentencia firme condenatoria. En efecto, el indulto constituye una forma de perdón —en concreto, el ejercicio del derecho de gracia del soberano— que gestiona el poder ejecutivo, y que en España se debe ejercer en el marco de la Constitución y de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870.[102] El texto constitucional prohíbe los indultos generales (art. 62.i CE), de modo que la concesión de la gracia de indulto tiene que ceñirse a casos particulares y no puede alcanzar a una generalidad de personas. Por su parte, la prohibición de indultos generales en la Constitución pretende evitar que el ejercicio del derecho de gracia se convierta en un mecanismo político en manos del poder ejecutivo.

2.5.2.2. Las razones del indulto

77 La institución jurídico-penal del indulto particular puede responder a razones de justicia o de utilidad pública.[103] En efecto, el art. 11 de la Ley de Indulto contempla la posibilidad de un indulto «por razones de justicia». Por otro lado, el art. 4.3 CP español también parte de que el perdón constituye un mecanismo mediante el que cabe hacer frente a casos en los que la pena resulta desproporcionada.[104] Como cabe advertir, el concepto de justicia al que se refieren los textos legales va más allá de la retribución del injusto culpable y se concreta en la equidad. Así pues, es expresión de una justicia orientada a lo especial, una vez constatada la «incompletitud» del Derecho legal. En este esquema, la noción de equidad compensa la necesaria generalidad de la ley, mientras que la de gracia compensa su correspondiente dimensión igualitaria. En cambio, es distinto el indulto por utilidad pública para el Estado. Con todo, conviene subrayar que se trata de que el indulto redunde en utilidad para el Estado, no para el gobierno ni para la mayoría parlamentaria. Esto pone en cuestión la difundida práctica de otorgar el indulto, en casos de corrupción, a políticos vinculados de uno u otro modo con el gobierno.

---

[102] Pese a lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de Indulto, de 18 de junio de 1870, el art. 666.4.ª LECrim menciona el indulto (y la amnistía) como artículos de previo pronunciamiento.

[103] *García Pérez* (1997), 227-228.

[104] En concreto, señala que el Juez o Tribunal «...acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

2.5.2.3. *La polémica*

78 Existe un amplio sector doctrinal contrario a la institución del indulto.[105] Desde luego, son comprensibles las razones del escepticismo. Por un lado, la configuración ideal de la institución no debería ser la que esta presenta en la legislación española vigente. Por otro lado, el recurso a ella por parte del poder ejecutivo ha sido, en demasiadas ocasiones, lamentable. Así pues, para que el indulto pueda superar las críticas de arbitrariedad que lo rodean es preciso que su regulación sea más taxativa que la existente. En concreto, deben establecerse por ley sus presupuestos de fondo y de forma, así como someter su ejercicio a un control judicial que excluya la arbitrariedad de su concesión.[106] Naturalmente, cabe discutir sobre cómo debe configurarse la instancia judicial de control de la concesión del indulto.[107] Sin embargo, aquí es preciso adoptar un punto intermedio, puesto que el exceso de control judicial puede llegar a desvirtuar la propia naturaleza de la institución. Probablemente ese punto medio pasa por el control de una determinada estructura de la motivación sin entrar en el contenido mismo de esta última.

2.5.2.4. *Lo irrenunciable*

79 Frente a la posición que propone la derogación de las leyes de indulto, debe sostenerse que ni siquiera un Estado constitucional de Derecho puede prescindir radicalmente, para casos límite, de la institución del derecho de gracia en la forma del indulto particular.[108] Esta, en su visión más elevada, expresa un carácter superador de la justicia legal[109] y una orientación al principio suprapositivo (y pre-positivo) del Derecho. En efecto, el perdón constituye una aportación a la «justicia del caso concreto» —desigual con respecto al caso paradigmático— que atiende a la «finitud de la ley y de su conocimiento en el caso».[110] De este modo, además, puede anticipar incluso eventuales soluciones reconocidas luego de modo general en la legislación,[111] de modo que cabe ver en él un motor del avance de las leyes hacia la idea de Derecho. En suma, constituye una forma legal de resolver las pretensiones contradictorias de validez que se pueden suscitar en un Estado de «Derecho legal».[112] Sin embargo,

---

[105] *Santana Vega*, REDConst 108 (2016), 51 ss.; *Carracedo Carrasco* (2018), 509 ss.; igualmente, la mayoría de las contribuciones contenidas en *Molina Fernández* -ed.- (2019).

[106] Opiniones favorables a la «dogmatización, judicialización y control» del acto de gracia, en *Köhler* (1990), 66; en contra, sin embargo, años más tarde el propio *Köhler*, AT, 1997, 693.

[107] SSTS 5997/2013, de 20 de noviembre; 935/2018, de 20 de marzo.

[108] *Pedreira González*, LH Huerta Tocildo, 2020, 526.

[109] Se parte aquí de la distinción entre ley y Constitución, por un lado, y Derecho, por otro. La ley conforme a la Constitución realiza el concepto de Derecho. Pero la idea de Derecho es suprapositiva.

[110] *Köhler* (1990), 65-66; *Dimoulis*, KritV 1998, 357 ss.

[111] Este fue el caso de los indultos concedidos en España a condenados cuando, en los procedimientos seguidos contra ellos, se habían producido dilaciones indebidas.

[112] *Köhler* (1990), 67-68.

esto también muestra la paradoja inherente al perdón. Ciertamente, este no puede ser merecido en abstracto, a la luz de las leyes; sin embargo, cabe que lo sea en virtud de una consideración suprapositiva del caso concreto. En estos estrictos términos, adquiere sentido incluso la expresión equívoca relativa a la existencia de un «derecho al indulto».[113] En efecto, esta expresión lo único que quiere decir es que, en el caso concreto, el castigo ese reputa excesivo.

2.5.3. La justicia transicional

2.5.3.1. Generalidades

80 La justicia penal puede tener que subordinarse a la paz o a la reconciliación nacional. En efecto, en los supuestos de delito violento político o cuasi-político, la dimensión delictiva del hecho discurre de modo paralelo a una dimensión bélica —de guerra civil—. Pues bien, tan pronto como se dan las condiciones para alcanzar la paz en la guerra, el tratamiento de lo delictivo se subordina a la consecución de dicha paz.[114] Esto es algo, por lo demás, evidente cuando se recurre a amnistías, leyes de punto final o, de modo general, en todos los procesos de la denominada «justicia transicional». En tales casos de excepción, el merecimiento de pena desde la perspectiva jurídico-penal sustantiva se somete a intereses muy superiores, dando lugar a diversas formas de «perdón impuro o condicionado». La noción de justicia transicional, con todo, no predetermina un modo concreto de abordar la transición política que requiere una nación en un momento histórico determinado. Por el contrario, esta puede ejercerse de varias maneras: (i) por la aplicación categórica de las leyes penales; (ii) a través del recurso a la amnistía, condicionada o incondicionada; y (iii) mediante fórmulas intermedias. Fijado este contexto, es común en el marco de procesos de justicia transicional el recurso a la figura de las «amnistías condicionadas a la verdad».[115] Esto es, al reconocimiento de los hechos por parte del sujeto amnistiado —verdad y justicia—, así como a que las víctimas sean indemnizadas.

2.5.3.2. La amnistía

2.5.3.2.1. Cuestiones conceptuales

81 Es preciso distinguir entre un concepto formal-amplio y un concepto material-estricto de amnistía. De conformidad con el concepto amplio, la amnistía es el resultado de la promulgación de una ley retroactiva que exime de pena

---

[113] *Rodríguez Ramos*, LH Díez Ripollés, 2023, 1129 ss.

[114] *Reyes Alvarado*-ed.- (2018).

[115] *Renzikowski*, FS Höhland, 2015, 222: el derecho de la víctima a saber acerca del hecho y del autor es un derecho social, reconocido por el TEDH, entre otras, en sus sentencias de 27 de junio de 2000 (Salman c. Turquía), 4 de mayo de 2001 (Kelly y otros c. Reino Unido) y 17 de septiembre de 2009 (Magonadova c. Rusia).

a los sujetos activos de determinados hechos antijurídicos y culpables, bloqueando la mayor parte de los efectos jurídicos de los delitos respectivamente cometidos.[116] Sentado esto, la aprobación de una ley de amnistía tiene efectos distintos en función del estatus del sujeto afectado. Por un lado, en relación con los condenados en firme y cuya condena ya se ha ejecutado, da lugar a la cancelación de los antecedentes penales, aunque no torna inexistente la sentencia, ni la anula. Por otro lado, con respecto a los sujetos condenados, y con condena en ejecución, opera como una auténtica causa de extinción de la responsabilidad criminal declarada por la correspondiente sentencia firme. Así pues, elimina todos los efectos de la sentencia, aunque esta última no desaparezca del mundo del Derecho. Ahora bien, la amnistía, en fin, también extiende su alcance a sujetos que no han sido condenados en firme o incluso que no han sido siquiera juzgados. Con respecto a estos últimos, bloquea la propia posibilidad de prosecución del proceso. Así pues, opera como una causa de extinción de la acción penal.[117]

82 Desde el punto de vista de la teoría de las normas, la amnistía deja intacta la norma de conducta del delito correspondiente. Es decir, carece de efectos prospectivos, lo que la diferencia radicalmente de las leyes derogatorias. Por lo tanto, tiene un efecto exclusivamente retrospectivo, que se proyecta sobre la norma de sanción.[118] Como se advierte, esta clase de leyes constituye una limitación del principio de igual merecimiento de pena, que se halla en la base del injusto culpable. En efecto, las conductas típicas amnistiadas se siguen reputando merecedoras de pena en el pasado y en el futuro. Esto se advierte con claridad en que la amnistía afecta a determinados hechos delictivos, cometidos durante un período de tiempo determinado en el pasado, en determinados lugares, por determinados sujetos o en determinadas circunstancias. Entendida en este sentido amplio, el fundamento de la amnistía puede ser de equidad, de necesidad o de oportunidad. Es decir, cualquiera de las razones que se hallan en la base de la categoría sistemática de la punibilidad. De hecho, es posible condicionar el efecto de la amnistía a que los sujetos lleven a cabo de modo previo determinadas conductas positivas. Así, por ejemplo, en el caso de las impropiamente denominadas «amnistías fiscales», se condiciona a la realización de actos que favorecen el interés recaudatorio del Estado —por ejemplo, la repatriación de capitales—.

83 El concepto estricto de amnistía tiene un carácter político-material,[119] pues se ciñe a las amnistías políticas o transicionales.[120] A su vez, estas se enmarcan en los procesos de transición de dictaduras a regímenes democráticos, o en

---

[116] *Caroli* (2020), 220 ss., 288 ss.

[117] *Campagna*, ARSP 90 (2004), 530 ss.; *Faraldo Cabana*, LH Queralt Jiménez, 2021, 179.

[118] *Zagrebelsky* (1974), 68 ss.

[119] *Tamarit Sumalla*, LH Vives Antón, II, 2009, 1807 ss.; *Faraldo Cabana*, LH Queralt Jiménez, 2021, 180-181.

[120] STC 147/1986, de 25 de noviembre; STS 101/2012, de 27 de febrero. Las denominadas «amnistías fiscales» —como la acordada en España por el R.D.-L. 12/2012, de 30 de marzo— no lo son en

la superación de situaciones de guerra civil más o menos patente.[121] Así sucedió en España mediante la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía.[122] Ahora bien, tales leyes de amnistía tienen unos presupuestos muy concretos, de pasado y de futuro. En efecto, su primera premisa es un juicio crítico con respecto al pasado, unido a la aceptación de una responsabilidad colectiva por la situación de enfrentamiento político-bélico que lo caracterizó. Ciertamente, las leyes de amnistía pretenden contribuir a la paz jurídica, a partir de la constatación de un estado de enfrentamiento civil. En tal contexto, expresan que los agraviados de uno y otro lado convergen en renunciar a «su» específica pretensión de justicia y en emprender el camino de la reconstrucción de la comunidad política mediante un pacto de olvido. Así, el enjuiciamiento y castigo de los delitos se sacrifica en aras de la consecución de una paz jurídica perdurable en el tiempo. La segunda premisa de una ley de amnistía, de futuro, es la expectativa razonable de alcanzar la paz a corto plazo.[123]

2.5.3.2.2. La discusión sobre las leyes de amnistía en el marco constitucional español

Existe discusión sobre si la Constitución española de 1978 permite o prohíbe 84
las amnistías, aunque la posición ampliamente dominante sostiene que están prohibidas.[124] Desde luego, el término «amnistía» no es ni siquiera mencionado en el texto constitucional. Este dato inobjetable es el que, de entrada, conduce a un sector doctrinal a excluir su constitucionalidad, pues considera que una excepción tan patente a la separación de poderes debe mencionarse expresamente. Por lo demás, una interpretación sistemática interna y externa permite efectuar algunas consideraciones adicionales. En efecto, la Constitución prohíbe los indultos generales —art. 62.i CE—, de modo que la concesión de la gracia de indulto tiene que ceñirse a casos particulares y no puede alcanzar a una generalidad de personas. Ello, a su vez, permite esgrimir un argumento *a minore ad maius* en contra de la constitucionalidad de la amnistía (*cfr. supra* capítulo 6/116). Por su parte, el Código penal vigente —desde 1995— tampoco contiene mención alguna a la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad penal, lo que permite esgrimir un argumento *a contrario*. Ciertamente, el mencionado argumento *a minore ad maius* no es concluyente, porque los indultos son competencia del poder ejecutivo, es decir, dan cuenta de la clásica *indulgentia principis*, propia

---

sentido estricto. Con todo, además, la disposición de 2012 fue declarada inconstitucional por la STC 73/2017, de 8 de junio.

[121] *Caroli* (2020), 21 ss.

[122] *Gil Gil* (2009).

[123] *Pérez del Valle*, REDConst 21 (2001), 196: poner el punto final a una situación pasada, no aplicar normas obsoletas y dar lugar al «restablecimiento de la paz jurídica»; *Lascuraín Sánchez*, RP 28 (2011), 95 ss.

[124] En cambio, a favor de su admisibilidad, *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 33/16; *Pérez del Valle*, REDConst 21 (2001), 187 ss.; asimismo, con diversos argumentos literales, *Faraldo Cabana*, LH Queralt Jiménez, 2021, 182-183.

del soberano. En cambio, una ley de amnistía la promulga el poder legislativo, que determina su alcance sin ceder la precisión de este al poder ejecutivo. Por lo tanto, una ley de amnistía y una hipotética ley de indulto que permitiera que el ejecutivo concediera indultos generales —que sería inconstitucional— no pueden reputarse equivalentes. Sin embargo, la concurrencia de los tres argumentos mencionados puede estimarse suficiente para sostener que existen más razones para sostener que la amnistía no forma parte del ordenamiento jurídico-constitucional español que para afirmar lo contrario.

85 Además, desde un punto de vista histórico-originalista, existen razones adicionales para sostener que los padres de la Constitución de 1978 no pretendían permitir las amnistías. En efecto, los constituyentes tenían perfectamente *in mente* la ley de amnistía de 1977, de modo que la omisión de su mención es concluyente en el sentido de no permitirla. Ello se refuerza a la luz de los debates parlamentarios y del rechazo de las enmiendas relativas a su incorporación. En fin, desde un punto de vista teleológico, existen asimismo razones para sostener que la Constitución pretendió excluir las «amnistías políticas» por una razón determinante. En efecto, la Constitución no prohíbe ningún partido político y permite defender cualquier ideología política a través de cauces legales. Consiguientemente, rechaza la propia idea de supuestos «delitos de motivación política» y la hipotética amnistía de estos (*cfr. supra* capítulo 1/119).[125]

3. OTROS FACTORES PRE-PROCESALES SIMULTÁNEOS Y POSTERIORES AL HECHO DELICTIVO

3.1. El dato de haber sido ya sancionado

3.1.1. El padecimiento de una legítima defensa

86 La legítima defensa del agredido no es una pena (*cfr. supra* capítulo 19).[126] Por su parte, la pena tampoco es una legítima defensa de la sociedad.[127] Sin embargo, lo cierto es que puede advertirse la existencia de una relación entre aquella y esta. Así, el padecimiento de los efectos lesivos de la actuación defensiva puede ser considerado como un equivalente funcional de la dimensión fáctica-aflictiva de la pena. Ello, aunque deje incólume la necesidad de pena en su dimensión simbólico-expresiva. Ciertamente, la doctrina de signo idealista se opone a cualquier efecto del padecimiento de la legítima defensa sobre la imposición de la pena.[128] En concreto, su argumento es el de que el agresor

---

[125] El *punctum dolens* de este debate es el contenido de la L.O. 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Su análisis por parte del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya no ha podido ser recogido en esta obra.

[126] *Nozick* (1974), 62-63: legítima defensa como «pago a cuenta» de lo que se le «debe» al agresor. Matizadamente crítico, *Fletcher*, L&Ph 8 (1989), 201 ss.

[127] *Nagler* (1918), 51 ss.

[128] *von Bar* (1882), 321.

debe ser hecho responsable de la propia lesión que sufre a manos del agredido o del tercero defensor. Por tanto, no puede beneficiarse de sus efectos. Sin embargo, ello no es concluyente. En efecto, si se entiende que la reacción defensiva se mueve en el espacio de autorresponsabilidad del agresor, entonces debe advertirse en todo caso un comportamiento autopunitivo en autoría mediata o en coautoría, una *poena non forensis* o incluso una *poena naturalis* en sentido estricto. En fin, ante un daño sufrido *propter malum actionis* cuya relevancia no puede ser obviada. Por lo demás, lo que vale para la legítima defensa, vale asimismo *a fortiori* para el padecimiento de excesos intensivos —y extensivos— en la legítima defensa, que se encuentran a medio camino entre la defensa y la venganza. Ciertamente, en la mayoría de las legislaciones no existe una vía legal para canalizar el efecto atenuante de la punibilidad de todas estas consideraciones. Por eso, debe recurrirse a la construcción de una atenuante supralegal. En España, la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP es la única vía legal posible, junto al recurso a proponer el indulto parcial o total del reo en los términos ya comentados.

3.1.2. Haber sufrido una retorsión

El padecimiento de la «retorsión» —*retaliatio*—, esto es, de la venganza de 87
la víctima o de cualquier tercero en nombre de esta, constituye un equivalente funcional incompleto de la pena estatal, que solo se reconoce legalmente en algunos casos. En efecto, no tiene la virtualidad de reafirmación simbólico-comunicativa del Derecho propia de la sentencia judicial. Sin embargo, el daño que causa sí es un equivalente funcional de la dimensión fáctico-aflictiva de la pena. Esta puede verse absorbida —frecuentemente con creces— por el daño sufrido por el autor a manos del vengador. Si la venganza causa una aflicción superior a la de la pena estatal, lo razonable es que el autor que sufre la reacción del agredido o del vengador sea sometido solo a la dimensión simbólica de la pena. Sin embargo, no procede realizar la dimensión fáctica, de modo que la pena no debe ejecutarse. En cambio, si es inferior, entonces la pena ejecutable simplemente debe experimentar una atenuación. Esta equivalencia funcional se halla canalizada legalmente en algunos ordenamientos. Así, ciertas legislaciones prevén la posibilidad de la exención de pena para el autor de una injuria que ha sufrido la retorsión inmediata.[129] En los demás casos, y en los demás ordenamientos, es preciso recurrir a la exención o atenuación supralegal o, en España, a la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP.

3.1.3. Otras sanciones no jurídico-estatales

Las «penas sociales» son reacciones con pretensiones punitivas, más o menos 88
espontáneas, de la sociedad en su conjunto o de alguna comunidad concre-

[129] *Nagler* (1918), 596 ss. Así, el art. 137 CP peruano, el art. 40 CP uruguayo, a propósito de las injurias recíprocas.

ta dentro de ella frente a un hecho que se reputa dañoso.[130] Entre ellas se encuentran, por ejemplo, los boicots u otras campañas similares, pero también, en los últimos tiempos, la «cancelación» de actos de personas determinadas, que son sometidas a un cierto escarnio público.[131] Otro ámbito especialmente relevante puede ser el de las sanciones «culturales», cuando el autor pertenece a una etnia divergente de la mayoritaria, siempre que tales reacciones no hayan sido reconocidas por el Estado como ejercicio de potestad punitiva. En todos estos casos, si la reacción informal tiene lugar frente a un delito, la actuación jurisdiccional del Estado en ejercicio del *ius puniendi* público debería limitarse a la imposición simbólica de la pena, renunciándose a la ejecución, si la equivalencia aflictiva de la sanción informal con la pena se considera completa. O debería dar lugar a una atenuación de la pena si tal equivalencia se considera incompleta.

89 De modo no infrecuente, la sanción informal más grave que puede experimentar el presunto autor de un hecho delictivo son los denominados «juicios paralelos» llevados a cabo en los medios de comunicación —incluidas las redes sociales—.[132] Tales juicios mediáticos no solo son relevantes en sí mismos, sino también en la medida en que actúan a modo de catalizador de muchas otras reacciones informales de desprestigio, exclusión o estigmatización. En realidad, el problema sería menor si tales juicios fueran estrictamente «paralelos». Sin embargo, la realidad es que son «convergentes», en un doble sentido. Por un lado, en ellos no se trata únicamente de emitir un juicio social, sino de dilucidar la responsabilidad penal y, consiguientemente, el merecimiento de castigo estatal. Por otro, su contenido se vuelca sobre el órgano judicial, pretendiendo influir sobre su imparcialidad y, seguramente, lográndolo en no pocos casos. En todo caso, y con independencia de su influencia sobre los órganos judiciales, existe aquí una clara incidencia aflictiva, más intensa cuanto más dure la investigación y más notoria sea la figura del investigado. Resulta, sin embargo, discutible que se alcance siempre una plena equivalencia funcional con la dimensión aflictiva de la pena. Por lo tanto, si su producción no da lugar a la apreciación de una excepción procesal, la existencia de juicios paralelos debe dar lugar a la estimación de una atenuante de la responsabilidad.

3.1.4. La «pena natural»

3.1.4.1. El concepto

90 La denominada «pena natural» —*poena naturalis*— es el padecimiento físico o psíquico-moral que experimenta el sujeto activo de un delito como conse-

---

[130] *Nagler* (1918), 48-49: el boicot, la retirada de la confianza, la ruptura del vínculo social, el reproche moral son formas menos graves de reacciones sociales; *Merkel*, PG, s/f, 185.

[131] La expresión usual, en inglés, es «*public blame*».

[132] *Cuerda Riezu*, LH Barbero Santos, I, 2001, 202 ss.; *Kindhäuser*, LH Cury, 2013, 1119 ss.; *Manes* (2022).

cuencia directa y no querida de este. En la filosofía jurídica moderna la pena natural es identificada, en primera instancia, para señalar que no constituye una pena jurídico-estatal —*poena forensis*—.[133] Por lo demás, su relevancia jurídico-penal ha sido discutida,[134] aunque en general, entremezclada con las ideas de pena moral y pena divina, ha persistido con bastante claridad.[135] Así, por ejemplo, el caso paradigmático de pena natural es el del conductor imprudente que provoca un accidente en el que fallece, además de otra persona, el propio hijo de aquel. Sin embargo, no tiene que darse necesariamente en contextos de imprudencia. Así, por ejemplo, otro caso de pena natural es el del terrorista a quien le explota la bomba entre las piernas mutilándole ambas y causándole además gravísimas secuelas adicionales.[136] En algunos casos, la pena es natural en sentido estricto. Por ejemplo, en el caso del delincuente que, con ocasión de la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas, cae accidentalmente desde lo alto de un edificio a la calle, sufriendo un politraumatismo. Ahora bien, la mayor parte de los resultados lesivos para el autor que se consideran pena natural son desde luego imputables objetivamente y algunos incluso subjetivamente, a título de imprudencia, al propio hecho del sujeto que los sufre. Por lo tanto, en realidad sería más correcto denominarlos casos de «autopunición imprudente».[137] Con todo, unos y otros integran el concepto de pena natural *lato sensu* que suele manejar la doctrina.

3.1.4.2. El fundamento de su relevancia

La relevancia jurídico-penal de la pena natural no tiene su fundamento en consideraciones de compasión y humanidad, sino de proporcionalidad en sentido amplio —prohibición de exceso—.[138] En todo caso, no se integra en la teoría del hecho punible, sino en la de la pena legítima o, en otras palabras, en la punibilidad en sentido amplio. Lo cierto es que la pena natural carece de la dimensión simbólico-expresiva de la pena estatal, pero la dimensión aflictiva de la pena natural puede llegar a ser muy superior a la de cualquier pena forense. Ello conduce a discutir si el padecimiento de una pena natural puede tener algún efecto sobre la pena estatal. En algunos países, si concurre una pena natural el legislador excluye la propia imposición de la pena jurídico-estatal, siempre que esta no sea muy grave.[139] Así, por ejemplo, en España se prevé que, en los casos de comisión de los delitos de aborto o de lesiones al feto por

91

[133] *Hobbes* (1651), II, XXVIII: «*punishment divine*»; *Kant* (1797), 2. 1. E. I.: «*poena naturalis*».

[134] En contra, *von Bar* (1882), 321.

[135] *Nagler* (1918), 43 ss., 46 ss., 55 ss. En el lenguaje ordinario: *Silva Sánchez* (2018), 155-156.

[136] STS de 31 de enero de 1994.

[137] Ulteriores distinciones en *Silva Sánchez* (2015), 269.

[138] *Silva Sánchez* (2018), 151; *Serrano*, PolítCrim 17 (2022), 856 ss.

[139] Así, el § 60 del Código penal alemán, que dispone la renuncia a la pena de prisión de duración inferior a un año cuando «las consecuencias del delito que han afectado al reo son tan graves que la imposición de la pena resultaría absolutamente errada».

imprudencia grave, la embarazada «no será penada» (arts. 146 y 158 CP). En los demás casos, el cauce para su consideración es la interpretación del texto legal conforme a la Constitución, que debe permitir soluciones conformes con las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio. En este contexto, es preciso decidir si debe llegar a excluir la ejecución de la pena en su totalidad, a eximir de la propia imposición de esta, o a atenuarla. Esto último debe tener lugar mediante la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP español.

3.1.5. El comportamiento autopunitivo

92 El comportamiento autopunitivo puede ser de dos clases: (i) simbólico o expresivo; y (ii) fáctico. El primero es el que tiene lugar mediante la confesión simbólica del hecho cometido y la reparación asimismo simbólica de sus consecuencias materiales y morales para la víctima. En general, esta figura tiene una relevancia atenuante que se examina más adelante (*cfr. infra* capítulo 28/97). Por su parte, el comportamiento autopunitivo fáctico es ciertamente ambiguo, sobre todo en algunos contextos.[140] Así, por ejemplo, es objeto de discusión el caso del varón que, tras matar a su mujer por celos, se asesta a sí mismo varias puñaladas, sin llegar a morir. En efecto, casos así plantean las dudas acerca de su significado: de pérdida de sentido de la vida, tras una existencia de dominación; de huida de la propia responsabilidad; etcétera. Ahora bien, en algunos casos es menos ambiguo. En ellos, tiene el significado de reconocimiento simbólico de la vigencia de la norma —esto es, de la conciencia de haberla infringido—. Por lo demás, en el plano fáctico, el hecho de la causación de daño a uno mismo es innegable. Así las cosas, por regla general, puede tener un efecto atenuante que puede considerarse en el ámbito de la individualización de la pena, como mínimo en lo relativo a las «circunstancias personales» del delincuente.

3.2. La mejora del sujeto del proceso con respecto al sujeto del hecho histórico

3.2.1. La auto-resocialización

93 La «auto-resocialización» del acusado de modo previo al juicio debería tener algún efecto sobre la punibilidad. Ya se indicó, por ejemplo, que el sujeto que cometió el delito en un estado de «lavado de cerebro» por parte de una secta, o de un grupo terrorista, no se beneficia en virtud de ello de una exclusión de la imputabilidad, ni siquiera de atenuación de esta (*cfr. supra* capítulo 24/43).[141] En cambio, puede tener relevancia el hecho de que, antes de celebrarse el juicio, se haya sometido a una «desprogramación». En la legislación española, con todo, no se contempla legalmente tal exención. Por lo tanto, cualquier

---

[140] *Popitz* (1980), 55-56.

[141] *Delgado*, Southern California L. R. 50 (1977/1978), 257 ss., 259.

consideración al respecto debe ser supralegal. Ahora bien, en algún caso puede conducir a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En concreto, este es el caso del toxicómano que, habiendo cometido el hecho delictivo en un estado de adicción, con anterioridad al juicio oral se somete a un tratamiento de su adicción —es decir, a una terapia de deshabituación— (art. 87 CP español). Ello es razonable. En efecto, dicho tratamiento no solo tiene una dimensión de «auto-resocialización». Además, muestra una dimensión aflictiva, dado el sufrimiento que supone la superación de la adicción.

3.2.2. Otros cambios en la identidad

Un supuesto no disímil de la auto-resocialización es el del cambio —para bien— en la identidad personal. En efecto, la estructura del sistema de atribución de responsabilidad penal parte de que las personas mantienen su identidad a lo largo del tiempo. Algo que es obvio desde un punto de vista metafísico.[142] Sin embargo, la filosofía y el lenguaje ordinario dan cuenta del fenómeno del cambio personal como realidad corporal y psicológica.[143] Es más, algunas posiciones filosóficas reduccionistas rechazan la propia idea de identidad personal a lo largo del tiempo.[144] En realidad, no parece que nadie haya sostenido la plena irresponsabilidad penal de un sujeto por hechos cometidos en el pasado remoto o tras una «crisis de identidad». Con todo, va ganando consenso la postura favorable a asignar alguna relevancia jurídica a estas situaciones. **94**

Esto sucede cuando el sujeto ha experimentado profundos cambios vitales entre el momento del hecho y el momento del juicio. Ello puede deberse a razones distintas: por ejemplo, a intervenciones médicas;[145] a una conversión religiosa; a un cambio radical de circunstancias; o al transcurso de largos períodos de tiempo.[146] En términos de merecimiento conmutativo, el cambio personal no puede incidir en la respuesta jurídico-penal al hecho histórico abstractamente considerado.[147] Ahora bien, desde un punto de vista de equidad, las cosas pueden ser distintas. En efecto, el proceso como juicio justo sobre el hecho histórico, tiene que considerar de algún modo los «déficits de **95**

---

[142] *MacIntyre* (2013), 267.

[143] *Silva Sánchez*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 661 ss.; *Erhardt* (2014); *Diamantis*, Boston College L. R. 60 (2019), 2011 ss.; *Steenbreker* (2020).

[144] *Parfit* (1984), 199 ss.

[145] *Delgado*, Southern California L. R. 50 (1977/1978), 216 (intervención de cirugía craneal), 217-218 (medios químicos o electrónicos).

[146] El supuesto del cambio radical debido a una conversión es designado de modo general como la «estructura de Saulo a Pablo», alusivo a su conversión al cristianismo en el camino de Jerusalén a Damasco (Hechos 9, 1-18). Al respecto, *Pisani*, Jus: Rivista di Scienze Giuridiche 58 (2011), 151 ss. La estructura inversa, que ahora no interesa, del empeoramiento de un ciudadano ilustre, que acaba convertido en un delincuente, es el «cambio de Pablo a Saulo». Esta tiene un especial interés fuera del Derecho penal, en el marco de las decisiones político-administrativas de retirada de distinciones honoríficas a personas, en virtud de su comportamiento deshonroso con posterioridad al momento en el que se les concedió la distinción.

[147] Distinto, sobre la base de una noción de «retribución diacrónica», *Porciúncula*, ZIS 2021, 351 ss.

identidad» que se producen entre el sujeto del proceso y el del hecho. Así, en muchos de estos supuestos, debe considerarse la procedencia de rebajar la pena, dadas las «circunstancias personales» del sujeto.

4. EL DIÁLOGO PREMIAL

4.1. Generalidades

96 En las legislaciones contemporáneas existen diversas instituciones que dan cuenta de la existencia de un diálogo premial entre el Estado y quienes de forma presunta o probada han realizado un injusto culpable. En efecto, tal diálogo puede celebrarse ya antes del inicio del proceso, a lo largo de este e incluso con posterioridad a él, en la fase de ejecución penitenciaria de la pena. En páginas anteriores se ha hecho alusión a las cuestiones conceptuales básicas que aquí se ven implicadas —las normas premiales— así como a algunas manifestaciones de su incidencia —la regularización tributaria—. Ahora procede entrar en ello con mayor detalle.

4.2. Las excusas absolutorias vinculadas con diversas lógicas premiales

4.2.1. Los «desistimientos» de tentativas perfectas y de delitos ya consumados

97 El desistimiento de la tentativa perfecta, que tiene lugar mediante conductas de salvamento, se distingue del desistimiento de la tentativa imperfecta, ya mencionado. En realidad, su régimen puede extenderse a conductas de desistimiento intraconsumativo o incluso posterior a la consumación formal. En todo caso, tal forma de desistimiento ya no puede modificar el contenido de sentido del hecho. En efecto, su fundamento se explica por la respuesta a los incentivos ofrecidos por el Estado, en cuyo contexto cabe discutir si debe dar lugar a una exención o solo a una atenuación de la pena. Incluso podría considerarse la hipótesis de la construcción de una eximente supralegal de alcance general, que amparara el (cuasi-)desistimiento de delitos formalmente consumados —en virtud de una anticipación del momento consumativo— (*cfr. supra* capítulo 15/177). Por lo demás, y partiendo de lo anterior, la figura se extiende a conductas incluso posteriores a la consumación material, como la regularización tributaria y la reparación en los delitos de contenido patrimonial.

98 Algunas exenciones de pena existentes en el Código penal español dan cuenta de una lógica premial al incentivar el «(pseudo-)desistimiento» de delitos ya consumados —en ocasiones, de modo anticipado mediante la fijación de una consumación formal—. Así, por ejemplo, la exención de pena por la corrección de declaraciones inveraces o incompletas en procedimientos de ejecución (art. 258.3 CP español).[148] Igualmente, la de evitar la propagación

[148] «Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa».

del incendio (art. 354.2 CP),[149] la retractación en el delito de falso testimonio (art. 462 CP),[150] o la revelación de la rebelión (art. 480.1 CP).[151] En particular, este es el fundamento de las regularizaciones en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social de los arts. 305.4, 307.3 y 308.6 CP, entre otros. Ciertamente, un sector doctrinal entiende la regularización, en los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social, como una conducta que modifica el sentido simbólico del hecho.[152] Sin embargo, mayoritariamente se concibe como respuesta a un incentivo del Estado, movida por razones utilitarias (arts. 305.4 y 307.4 CP español).

4.2.2. La renuncia a la acusación en virtud de un principio premial de oportunidad

El texto del art. 171.3 CP español se enmarca en una lógica premial, orde- **99**
nada a incentivar la persecución del chantaje. En efecto, para incentivar la denuncia de este hecho, prevé la renuncia a la acusación pública por el delito objeto de chantaje. Esto, dada la vigencia del principio acusatorio, tiene casi la fuerza de una excepción procesal.[153] Sin embargo, es preciso matizar. En efecto, por un lado, cabe que comparezca una acusación particular o popular. Por otro lado, la renuncia a formular la acusación es potestativa para el fiscal. En fin, lo anterior no rige para delitos graves, en los que se convierte en una atenuación facultativa (*cfr. infra* capítulo 28/99).

4.2.3. La colaboración procesal

4.2.3.1. Planteamiento

Probablemente, la causa de exención de pena por colaboración procesal más **100**
antigua de la legislación española es la relativa a la denuncia del cohecho por particular (art. 426 CP).[154] En cambio, las disposiciones premiales en materia de

---

[149] «La conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor».

[150] «Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado». Sobre el sentido de la retractación, *Amarelli* (2006); *Landera Luri* (2018), 273 ss.

[151] «*Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias*».

[152] *Montero*, InDret 2/2020, 304 ss.

[153] «Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que este estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados».

[154] «Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la

terrorismo o criminalidad organizada que responden a esta estructura han tenido tradicionalmente un efecto atenuante cualificado, que se prevé en términos facultativos. En todo caso, en los últimos años, y en el marco de un progresivo reconocimiento legal de la compleja figura del «informante»,[155] así como de su protección jurídica, tal exención va camino de adquirir carácter general. A este respecto es preciso mencionar, por ejemplo, la exención de pena por colaboración procesal que se da en el contexto de los cárteles en licitaciones (art. 262.3 CP), al igual que en los denominados cárteles duros (art. 288 bis CP).[156] Adicionalmente, las atenuantes premiales y los beneficios penitenciarios derivados asociados a conductas de esta naturaleza también se van incrementando.

4.2.3.2. Los problemas de los acuerdos premiales

101 La denuncia de otro, o la aportación de pruebas contra él, podría tener como base un razonamiento estrictamente moral, a saber, que se haga justicia con quien ha cometido un delito. Sin embargo, tan pronto como ello es objeto de una incentivación pasa a mostrarse fundamentalmente como una «acción instrumental». Además, esta dimensión se acentúa cuando el incentivo viene dado por la oferta de beneficios punitivos que se hallan sujetos al denominado «dilema del prisionero». En efecto, en el contexto de una oferta así, todos los acusados se encuentran ante el dilema entre ser el primero en delatar —y beneficiarse de ello—, o afrontar el juicio con las pruebas de cargo derivadas de la delación efectuada por cualquiera de los co-acusados, lo que conlleva una práctica condena. En este contexto, la supuesta infracción de la norma de conducta por parte de un acusado —y la correspondiente posibilidad del Estado de aplicar o no la norma penal de sanción— se convierten en una especie de «título de crédito»,[157] a la espera de prestaciones informativas —o dinerarias, en el caso de las regularizaciones, ya mencionadas—. En definitiva, los acuerdos en los que se establecen las condiciones para que la delación alcance el premio de la exención de pena son expresión de una compleja relación (cuasi-)contractual entre el Estado y el acusado.[158]

102 La cuestión previa a todo ello es la de por qué el Estado abona los servicios prestados mediante cuotas de la pena, en lugar de a través de una contraprestación económica. En efecto, aquellos podrían compensarse con dinero —y de hecho lo son en algunos países en el caso de los denunciantes o colaboradores no acusados—. Si se compensan mediante la reducción de la pena es porque, sin alterar el significado del hecho punible, de algún modo sí modifican el perfil del sujeto ante el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, porque de

---

apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos». *García España* (2005).

[155] Ley 2/2023, de 20 de febrero.

[156] En virtud de la L.O. 14/2022, de 22 de diciembre. *Jericó Ojer*, RP 52 (2023), 113 ss.

[157] *Moccia* (1998), 7.

[158] *Esteve Pardo* (2024), 73 ss.

ser únicamente acusado pasa a adquirir además el estatus de testigo. Entonces, tan pronto como se abre la negociación, la primera cuestión relevante pasa a ser la de cuánta delación resulta suficiente para obtener el beneficio de la exención de pena. Ciertamente, no es fácil determinar cuándo aquello que el delator aporta es suficiente a los efectos de que las acusaciones estén dispuestas a no oponerse a que se le otorgue el beneficio. La segunda cuestión, lógicamente derivada de la anterior, es la relativa a la posibilidad de que los sujetos delatores impugnen el no otorgamiento del beneficio; pero también la de que los delatados rechacen la verdad de lo manifestado y recurran el acuerdo alcanzado entre el delator y la administración de justicia. En definitiva, de este modo se pone de relieve el carácter crecientemente negociado del proceso penal; expresado de otro modo, hasta qué punto es transaccionable.

Además del conflicto con el principio de legalidad procesal y con el de **103**
legalidad sustantiva, en su dimensión de taxatividad, en contra de este tipo de soluciones puede argumentarse con el sacrificio de la proporcionalidad. Concretamente, aquí se da la paradoja de que se libera más de pena a aquel a quien más habría que castigar. En efecto, en la medida en que la recompensa se halla en función de la mayor o menor contribución procesal del sujeto, quienes están en condiciones de «ayudar más» —suministrar más información o contribuir con más pruebas— son los que ocupan el lugar más importante en la estructura organizativa criminal. Por lo demás, tampoco cabe obviar que la presión negociadora puede dar lugar a que el delator incurra en errores o directamente en imputaciones falsas. En suma, cabe que la renuncia al castigo en estos casos entre en colisión con múltiples razones acerca de cómo debe operar un Estado legítimo. Desde luego, no cabe ignorar que, en ocasiones, la colaboración de un acusado es el único camino que tiene la administración de justicia para obtener pruebas que conduzcan a la condena de los delincuentes. De lo contrario, estos no podrían ser condenados. Sin embargo, la pregunta es si la licitud del fin pretendido justifica los medios empleados. En efecto, cuando un Estado debe negociar con presuntos delincuentes para poder castigar legítimamente a otros es preciso discutir sobre la importancia legitimadora de los medios. En definitiva, invertir la pregunta y plantearse si los medios utilizados acaso no restan legitimidad al fin.[159]

VII. LA AFECTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR DÉFICITS DE LEGITIMACIÓN O CRITERIOS DE CONVENIENCIA DEL ESTADO

1. GENERALIDADES

Cabe la posibilidad de que el Estado padezca déficits de legitimación frente **104**
a la persona enjuiciada que determinen que la imposición a esta del castigo o,

[159] *Resta*, Dei Delitti e Delle Pene 1 (1983), 57.

al menos, de la totalidad del castigo merecido en abstracto, resulte inequitativo. Como se indicó en su momento, tales déficits pueden derivar, por un lado, de la vulneración por parte de aquel de deberes vinculados a su posición de garante con respecto a quienes se hallan en su territorio. Ahora bien, por otro lado, cabe que traigan causa de la realización de conductas o del mantenimiento de estados de cosas abusivos. Por lo demás, al margen de la incidencia de tales cuestiones en la punibilidad —por razones de equidad—, el Estado también puede decidir prescindir del castigo por razones de conveniencia. A su vez, estas tienen que ver con el cumplimiento de otras funciones estatales, ya sea en el ámbito interno, ya en las relaciones internacionales.

2. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA VULNERACIÓN DE DEBERES DE GARANTE DEL ESTADO

2.1. Planteamiento

105 El Estado ostenta una posición de garante, que se extiende a la protección (i) de la libertad negativa, (ii) de la libertad positiva formal y (iii) de la libertad positiva material de los residentes en su territorio (*cfr. supra* capítulo 1/112). Por su parte, la vulneración de tales deberes estatales de garante puede reducir la legitimidad de la reacción punitiva del Estado con respecto a las personas a las que este ha desprotegido. En este punto, es decisivo subrayar que tal disminución de la legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva no afecta al caso de los delitos *mala in se* nucleares. En efecto, la potestad punitiva estatal en relación con estos delitos naturales es derivada, pues se ejerce en el nombre de la humanidad.[160] En cambio, sí incide sobre los delitos *mala in se* periféricos y sobre los *mala quia prohibita*, dado que la potestad punitiva en relación con estos últimos es en amplia medida —o en su totalidad— originaria.

2.2. La desprotección de la libertad negativa: las víctimas del delito de trata de personas

106 La vulneración de la primera dimensión mencionada tiene lugar cuando el Estado no logra proteger razonablemente ni siquiera la seguridad vital mínima. Este es, por ejemplo, el caso de las víctimas de la trata de personas, que, a su vez, pasan a cometer delitos por cuenta de la mafia que trafica con ellas. Sin embargo, el argumento va más allá, para afectar de modo general, a quienes viven en barrios, villas o favelas, en las que la policía ni siquiera se atreve a entrar. Pues bien, en el supuesto de las víctimas de la trata de personas ya existen, tanto en el plano nacional como en el internacional, causas de «exención de pena» —es decir, de exclusión de la punibilidad— de alcance

[160] *Silva Sánchez* (2018), 67 ss.

mayor o menor.[161] Mediante ellas se pretende afrontar equitativamente el caso de que cometan delitos relacionados con la explotación que padecen, aunque no pueda descartarse la concurrencia en ellos de un injusto culpable.[162] A este respecto, un supuesto especialmente frecuente es el de sujetos que tradicionalmente son considerados partícipes o, más aún, autores del delito de (micro-)tráfico de estupefacientes. En efecto, estas personas —gráficamente denominadas «mulas»— transportan droga, muchas veces en el interior de su cuerpo, con frecuencia bajo coacción directa o abuso de una genérica situación de necesidad. Por su parte, los tribunales suelen rechazar la concurrencia de un estado de necesidad justificante o exculpante, o de miedo insuperable, por tres razones. En primer lugar, porque muchas veces la concurrencia de una situación coactiva no puede ser acreditada. En segundo lugar, porque se considera que el mal que causa el tráfico de drogas es mayor que la situación genérica de pobreza en la que se encuentra el sujeto activo. En fin, en tercer lugar, por razones de «política criminal», en el sentido de que no castigar estas conductas podría suponer un aumento en el tráfico de drogas.[163] Ahora bien, con independencia de la concurrencia de un injusto culpable, la situación de vulnerabilidad —baja extracción social—, de riesgo —el porte de las drogas en su cuerpo— y de coacción difusa —por parte de las organizaciones criminales que las utilizan— de estas personas las aproxima mucho a las víctimas de trata. Por lo tanto, de modo general, aquí debería apreciarse una exención supralegal de pena por ausencia de punibilidad en sentido amplio.[164]

2.3. La desprotección de la libertad positiva formal y material

La desprotección de la libertad positiva de los residentes en un territorio, que trasciende a lo anterior, puede tener dos dimensiones, respectivamente formal y material. Así, la primera de ellas plantea la cuestión del castigo de aquellos sujetos que carecen de la posibilidad de participar en los procesos de la democracia representativa-deliberativa —en concreto, los menores de edad y los extranjeros—. Ciertamente, esta cuestión de filosofía política puede ser objeto de discusión (*cfr. supra* capítulo 23/64). Sin embargo, en términos prácticos aquí interesa más el problema de la desprotección de la dimensión material de la libertad positiva. En efecto, el fenómeno de la **107**

[161] Sobre los distintos modelos, *Villacampa Estiarte*, LL 10.101 (2022), 1 ss. También, STEDH de 16 de febrero de 2021 (VCL y AN c. Reino Unido).

[162] Así, el art. 177 bis 11. CP español. En su virtud, «sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado».

[163] Crítica, *Martínez Escamilla*, LH Ruiz Antón, 2004, 735 ss.

[164] En contra, STS 960/2023, de 21 de diciembre, con un voto particular disidente.

extrema pobreza —esto es, de la miseria— pone de relieve la vulneración de la posición de garante del Estado —de la comunidad política en su conjunto— en relación con la libertad material de todos sus miembros. A este respecto, ciertamente tanto la miseria socioeconómica como la cultural-espiritual pueden dar lugar al padecimiento de situaciones objetivas de necesidad justificante. Además, cabe que generen alteraciones cognitivas o volitivas que influyan en la propia imputación del injusto cometido a título de dolo o imprudencia, o bien a título de culpabilidad. Ahora bien, con independencia de ello, tal fenómeno pone en jaque la legitimación del Estado para castigar,[165] algo que debe examinarse en el marco del juicio amplio de punibilidad.[166] Ciertamente, las legislaciones no se hacen eco de esta cuestión, de modo que la hipotética exención debe construirse por vía supralegal; una eventual atenuación, por su parte, puede ser construida por vía supralegal o con base en la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP español.

2.4. El mal funcionamiento del «Estado administrativo»

108 Existen otras formas de deslegitimación del Estado punitivo. Así, por ejemplo, cuando este conforma un «sistema de injusto» (*cfr. supra* capítulo 23/102). Al respecto, procede subrayar que este concepto no solo comprende el caso de los Estados totalitarios, sino también el de muchos otros que generan el embrutecimiento pre-criminal de buena parte de su población o, dada su defectuosa organización, no lo impiden. Aunque no siempre se llegue a este extremo, cabe pensar, por ejemplo, en los Estados que no solo autorizan el juego, sobre todo el juego en línea —porque prefieren someterlo a tributación antes que prohibirlo administrativamente o incluso bajo pena—, sino que permiten su publicidad masiva e invasiva. La pregunta que cabe plantearse aquí es si ese mismo Estado, que conoce la gran potencialidad de generar adicción que tiene el juego en línea, posee la legitimidad para castigar un delito cometido por ludopatía. De nuevo conviene reiterar que esta última cuestión se debe suscitar con independencia de la incidencia concreta que tenga la ludopatía como adicción determinante de una imputabilidad disminuida del agente. Por lo demás, consideraciones análogas deben suscitarse en relación con los Estados que toleran que las grandes empresas tecnológicas y sus plataformas generen adicciones predelictivas en la población —singularmente, la de menor edad—, de modo además incrementado a través algoritmos personalizados.

---

[165] *Fichte* (1797), 30; *Bazelon*, Southern California L. R. 49 (1976), 385; *Delgado*, Law & Inequality 3 (1985), 9 ss., 68 ss.; *Tadros*, Journal of Value Inquiry 43 (2009), 391 ss.; *Silva Sánchez*, LH Suárez Montes, 2013, 715 ss.; *el mismo* (2018), 88 ss.; *Sánchez Dafauce* (2016), 228 ss.; *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 1 ss.; *el mismo*, RDPC 17 (2017), 13 ss.; *el mismo*, Doxa 42 (2019), 389 ss.; *el mismo* (2019), 275 ss.; *Castellví Monserrat* (2020), 391 ss. Crítico, *Puente Rodríguez*, InDret 2/2023, 357 ss.

[166] *Cigüela Sola* (2019), 311 ss., 329 ss., 338.

3. LOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN —PRE-PROCESALES, PROCESALES Y POSTPROCESALES— DEL ESTADO PUNITIVO

3.1. Las violaciones pre-procesales de derechos

3.1.1. Los malos tratos dispensados por los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad

Las conductas ilícitas de los agentes de policía en su actuación como funcionarios de la policía judicial deben conducir a la correspondiente sanción administrativa o penal de aquellos, así como a la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, adicionalmente, sus efectos lesivos sobre la persona afectada deben ser objeto de compensación, puesto que cabe considerarlos equivalentes funcionales completos o incompletos de la dimensión aflictiva de la pena. Así, por ejemplo, en los casos de lesiones o malos tratos sufridos durante la detención o bien de irregularidad de esta última,[167] de su carácter humillante,[168] de su obtención mediante engaño[169] o de su retransmisión en directo por televisión. Más todavía, en los supuestos de maltrato o de tortura sufrida en las dependencias policiales. En efecto, la tortura «punitiva», realizada con la finalidad de castigar de modo informal a una persona por un hecho que haya cometido, constituye un delito.[170] Sin embargo, al margen de ello, sus efectos sobre el detenido deben ser objeto de la compensación que corresponda. Ciertamente, en la mayoría de los casos mencionados la equivalencia funcional tendrá que ser reputada incompleta. Ello debe conducir a la apreciación de una atenuación de la pena por disminución de la punibilidad del hecho, que en la legislación española debe ser canalizada por la vía de la atenuante del art. 21.7.ª CP. **109**

3.1.2. El «delito provocado» por agentes del Estado

3.1.2.1. Generalidades

Si la realización de la conducta del autor, constitutiva de un injusto culpable, ha sido provocada por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, se plantea igualmente la posible exclusión de su punibilidad.[171] En esta línea se ha movido la construcción jurisprudencial española del «delito provocado», que concluye en la impunidad del sujeto provocado (*cfr. supra* capítulos 15/124; 16/188; 21/54). En efecto, la jurisprudencia subraya que el sujeto provocado ha sido «víctima de una maquinación insidiosa en la que se le ha envuelto».[172] **110**

---

[167] La STS 508/2015, de 27 de julio, contiene un voto particular sosteniendo la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP español en un caso de detención irregular.

[168] *Wringe*, Ethical Theory and Moral Practice 18 (2015), 615 ss.

[169] STS 762/1996, de 25 de octubre.

[170] Así, el art. 174.1 CP español.

[171] *Seelmann* (2013), 220-221, por la corresponsabilidad estatal en el delito.

[172] *Ruiz Antón*, ADPCP 1982, 129 ss., 126.

En efecto, el hecho de ser víctima de una provocación policial en general no excluye el injusto culpable del autor, del mismo modo que tampoco se excluye en otros casos en los que alguien es objeto de una inducción por parte de un tercero. Sin embargo, sí cabe excluir la punibilidad del sujeto provocado, con base en la falta de legitimación del Estado para sancionarlo.[173]

3.1.2.2. La solución sustantiva y la procesal

111 La «provocación estatal» tiene una proyección sustantiva, que se concreta en la categoría de la punibilidad en sentido amplio. Ahora bien, igualmente incide en el proceso penal, siempre que este último se entienda como «debido proceso». Así pues, es posible reaccionar frente a ella mediante construcciones jurídicas sustantivas o procesales.[174] Las primeras han dado lugar a sostener que procede la exención de pena del sujeto provocado,[175] o bien una amplia atenuación de aquella.[176] Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado su posición consolidada en el sentido de que la mera atenuación de la pena constituye una reparación insuficiente de la violación procesal cometida por el Estado.[177] Por lo tanto, parece que la única opción sustantiva admisible es la plena exención. Por lo que hace a las soluciones procesales, existe debate doctrinal. Así, una posición sostiene que deben concretarse en la apreciación de una condición de no procedibilidad —un obstáculo procesal—, derivada de la idea de Estado de Derecho. En cambio, otro planteamiento afirma que deben redundar en una prohibición de valoración de la prueba obtenida mediante la provocación.[178] Es decir, en la generación de una regla de exclusión probatoria[179] en virtud de un criterio análogo al de la «doctrina de los frutos del árbol envenenado».[180]

112 En realidad las propuestas de Derecho penal sustantivo y las de Derecho procesal penal pueden converger. En efecto, como ya se ha indicado, algunas causas de exclusión de la punibilidad operan, de hecho, como causas procesales de extinción de la acción. Es decir, los órganos judiciales no esperan al juicio

---

[173] En este sentido, la «*entrapment defense*» en el sistema jurídico-penal de los Estados Unidos: *Robinson* (1997), 78 ss.; *Castellví Monserrat* (2020), 362, 366 ss.

[174] *Yacobucci*, LH Mir Puig, 2017, 896 ss.

[175] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 23/18 n. 19: a prescindir de la pena.

[176] Esta ha venido siendo la solución tradicional en Alemania.

[177] SSTEDH de 9 de junio de 1998 (Teixeira de Castro c. Portugal); de 23 de octubre de 2014 (Furcht c. Alemania); y de 15 de octubre de 2020 (Akbay y otros c. Alemania). Sobre el modo concreto de reparar, el TEDH deja un «margen de apreciación» a los Estados.

[178] *Lüderssen* (1985); *Braum* (2000), 23-24.

[179] Así el art. 11.1 LOPJ española: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». En la terminología norteamericana, esta es igualmente una «*exclusionary rule*».

[180] Ya, STEDH de 5 de febrero de 2008 (Ramanauskas c. Lituania): «el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial», pues tal forma de operar es susceptible de «privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo».

oral para apreciarlas, sino que son estimadas durante la fase de instrucción dando lugar al sobreseimiento. Pues bien, ello coincide ampliamente con la propuesta de convertir el delito provocado en un óbice procesal que impida ya el propio enjuiciamiento del autor. Sin embargo, de nuevo, la pregunta es si ello resulta convincente, en la medida en que impide aclarar si el autor llegó a cometer un injusto culpable. Ciertamente, este es un problema menor en delitos contra bienes supraindividuales como el tráfico de estupefacientes. Pero no lo es si se ha afectado a bienes intrínsecos e incluso patrimoniales individuales. Desde la perspectiva que se ha defendido aquí de modo reiterado, resulta preferible la solución que permite distinguir entre injusto culpable y punibilidad, excluyendo esta última tras afirmar lo primero.

3.2. La lesión de derechos procesales

3.2.1. La vulneración de las reglas del debido proceso

3.2.1.1. Consideraciones previas

El respeto de las reglas del proceso debido es una condición de la punibili- 113
dad de los delitos por parte del Estado. Como tal, se integra en el macro-concepto de punibilidad —o punibilidad en sentido amplio— que, aunque no pertenece a la teoría del hecho punible, sí constituye un elemento de la teoría de la pena estatal legítima. Esto significa que no cabe afirmar la punibilidad legítima de un hecho por parte del Estado si en algún momento del proceso se vulneran derechos fundamentales. En efecto, la imposición de la pena en este contexto vulnera una exigencia clara de equidad.

3.2.1.2. El derecho a no declarar contra uno mismo

El derecho a no declarar contra uno mismo —*nemo tenetur se ipsum accu-* 114
sare (o *se detegere*)— tiene rango constitucional (art. 24.2 CE). Ahora bien, es común ceñir su alcance a la proscripción de las conductas que tratan de forzar declaraciones procesales autoincriminatorias. Desde luego, ello da cuenta del origen de aquel principio, asociado a la prohibición de la tortura como vía de obtención de la confesión de un delito. Con todo, en las últimas décadas se ha reconocido su irradiación extraprocesal, que se advierte en no pocos casos. En efecto, los ciudadanos tienen deberes de colaboración con la Administración pues solo el cumplimiento de estos hace posible la propia realización de las actividades de gestión, supervisión y control propias de aquella. Sin embargo, el problema surge cuando tal cumplimiento puede comprometer el ejercicio de derechos fundamentales, como el de no declarar contra uno mismo.

El derecho a no autoinculparse se extiende a aquellas actuaciones previas 115
al proceso penal que acaben teniendo influencia sobre este.[181] Por tanto,

[181] SSTC 18/2005, de 1 de febrero; 68/2006, de 13 de marzo.

si una persona aporta, bajo la coerción administrativa, documentos en el marco del procedimiento de inspección tributaria y luego es condenada en un procedimiento penal con base en tales documentos, se produce una vulneración del art. 24.2 CE. Para evitarla, una solución razonable es expulsar tal medio de prueba del proceso penal.[182] Ahora bien, lo que concretamente lesiona el derecho fundamental es la valoración judicial de esa prueba autoincriminatoria aportada bajo coerción. Por tanto, lo relevante es que quien aporta la documentación y quien luego corre el riesgo de ser condenada sea efectivamente la misma persona —*se ipsum*—. En el caso de la persecución penal de personas físicas por actividades económicas, cabe la posibilidad de que no sea así, sino que la aportación de los datos la realizara otra persona física distinta, dentro de la misma empresa. En cambio, la incidencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede ser directa, en la medida en que estas aporten documentos a la Administración sobre cuya base sea posible su condena, ya por un delito tributario (art. 310 bis CP) o por cualquier otro delito del que deban responder. El problema —y su solución— son de nuevo análogos al relativo a los medios de prueba obtenidos con vulneración de derechos fundamentales, ya mencionado (art. 11.1 LOPJ española).

3.2.1.3. Las vulneraciones procesales

116 Los comportamientos antijurídicos —las violaciones de derechos procesales— en las que hayan incurrido específicamente los órganos de la jurisdicción penal también deben ser objeto de compensación.[183] Así, por ejemplo, el hecho de que el proceso experimente dilaciones indebidas (art. 21.6.ª CP español), que la duración del secreto de las actuaciones se extienda excesivamente, que se viole dicho secreto, que se adopten medidas cautelares desproporcionadas, etcétera. A este respecto, es cierto que la compensación de tales vulneraciones mediante exenciones o atenuaciones de pena, o bien a través de excepciones procesales, carece de reconocimiento legal general. Sin embargo, lentamente se va abriendo la puerta a su acogida. Frente a lo anterior, un supuesto de hecho distinto es el que viene dado por la adopción lícita de resoluciones especialmente restrictivas de derechos de libertad para el encausado. Así, en particular, cuando se acuerda la medida cautelar de prisión preventiva,[184] o incluso la obligación de comparecer periódicamente ante el órgano judicial en situaciones de libertad provisional.[185] También en estos casos debe entrar en juego el ya mencionado principio de com-

---

[182] *Teixeira*, ZStW 135 (2023), 253 ss.

[183] *Wolfslast* (1995), 197 ss.

[184] *Kolber*, Vanderbilt L. R. 66 (2013), 1143 ss.; *Ragués i Vallès*, InDret 3/2020, 112 ss.; *el mismo* (2023).

[185] La pérdida de tiempo sufrida en dichas comparecencias debe ser abonada en la pena: SSTS 1045/2013, de 7 de enero de 2014; 52/2015, de 26 de enero; 151/2015, de 17 de marzo; 332/2015, de 3 de junio.

pensación, para cuya aplicación en España se utiliza la plástica expresión de «abono» de la prisión preventiva.[186] En efecto, el sujeto que padece estas medidas cautelares experimenta además un daño anticipado —una privación de libertad o una pérdida de tiempo—, que muestra una auténtica equivalencia funcional con la dimensión aflictiva de la pena. Normalmente tal equivalencia no será completa, por lo que deberá tener lugar una rebaja de la pena ejecutable. Ahora bien, no cabe descartar que la equivalencia aflictiva de la prisión provisional con respecto a la pena que luego se impone resulte completa. En tal caso, se excluye la ejecución de la sentencia condenatoria dictada.

4. LA EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD —O DE LA PERSEGUIBILIDAD— POR RAZONES DE CONVENIENCIA POLÍTICA DEL ESTADO

4.1. Los conceptos de inmunidad e inviolabilidad parlamentaria

En el caso de los parlamentarios (art. 71.1 CE), es preciso distinguir entre 117
la inmunidad y la inviolabilidad. En efecto, la primera comporta la existencia de privilegios procesales frente a la investigación del delito que supuestamente hayan cometido, que se concretan en la exigencia de solicitar una autorización a la cámara correspondiente —el suplicatorio— y en la existencia de un fuero especial. En cambio, la segunda da cuenta de una exención de pena por determinadas actuaciones, en concreto, las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio del cargo. Así, ampara la actividad parlamentaria en términos que trascienden la protección dispensada por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Sobre su naturaleza jurídica existe discusión. Es común calificarla como una causa objetiva de exclusión de la pena basada en la necesidad de garantizar el proceso de formación de la voluntad parlamentaria.[187] Sin embargo, otra posición sostiene que su naturaleza es procesal material y afecta a todos los órdenes jurisdiccionales.[188] Sea como fuere, no debe olvidarse que una institución así bloquea el proceso y funciona, en la práctica, como una excepción procesal que impide examinar el propio injusto de la conducta. Por lo demás, otros órganos del Estado gozan de la misma condición de la inviolabilidad por las opiniones manifestadas y los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.[189]

---

[186] El abono puede tener lugar en una causa distinta de aquella en la que se sufrió como medida cautelar, si es que este último proceso finaliza en absolución. Con todo, en este segundo caso es necesario que el delito enjuiciado haya sido previo a la prisión preventiva padecida. Esto impide considerar el tiempo de prisión preventiva padecido como un crédito para cometer delitos en el futuro. La STS 251/2024, de 13 de marzo, admitió que la prisión preventiva se compense también en casos de imposición de una pena de multa.

[187] *González Cussac/Cuerda Arnau*, Cuadernos de Derecho Público 1 (1997), 112 ss.

[188] *Viana Ballester* (2011), 402 ss., 546 ss., 565 ss.

[189] Por ejemplo, los magistrados del Tribunal Constitucional; o el Defensor del Pueblo.

4.2. La inviolabilidad del Rey

118 El Rey de España, de conformidad con el art. 56.3 CE, es inviolable. Aquí también conviene tener presente que la inviolabilidad real es una institución en la que se mezclan elementos propios de la punibilidad —con carácter personal y no objetivo— y de la perseguibilidad. Así pues, en la práctica opera como un obstáculo procesal. El alcance de la inviolabilidad del Rey es objeto de un intenso debate entre penalistas y también entre constitucionalistas. Este versa, por un lado, sobre si aquella se extiende a todos los actos que realiza o bien procede distinguir entre los actos debidos —refrendados— y los privados, alcanzando solo a los primeros.[190] Por otro, sobre si afecta a todos los órdenes jurisdiccionales;[191] y si afecta solo a la jurisdicción española o también a la internacional. En fin, sobre si le alcanza al Rey una vez que este ha abdicado. Al respecto, una interpretación razonable es que, tras la abdicación, se pueda exigir responsabilidad en todos los órdenes jurisdiccionales por los actos privados.

4.3. Los diplomáticos

119 La llamada «inmunidad» diplomática, que tiene la función de proteger en el extranjero a los diplomáticos propios de los países que la reconocen, puede entenderse como una forma de inviolabilidad jurisdiccional.[192] Desde luego, el reconocimiento de la inmunidad diplomática, que es una costumbre internacional muy previa a las codificaciones penales estatales, tiene un coste de injusticia. De ahí que sea preciso que proporcione un beneficio relevante, que se suele identificar con la contribución al bien superior de la paz en las relaciones internacionales. Dada esta finalidad, se suele someter a una condición de reciprocidad. Con todo, el supuesto injusto culpable cometido por el diplomático, aunque no permita fundamentar la punibilidad, sí tiene consecuencias jurídico-públicas. Por ejemplo, si el Estado del que procede no le levanta la inmunidad, el diplomático inmune puede ser declarado persona *non grata* y ser expulsado del país.

5. LA EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR PARENTESCO

120 La relación de parentesco tiene un efecto excluyente del deber en el caso de la dispensa de testificar, así como una relevancia exculpante en algunos casos de encubrimiento (*cfr. supra* capítulos 21/131; y 26/98). Por otro lado, produce efectos agravantes o atenuantes, relativos a diversos niveles sistemáticos de la teoría del delito; a esto último se refiere la denominada «circunstancia

---

[190] *Molina Fernández*, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 421 ss.; *Álvarez/ Ventura*, LH Díez Ripollés, 2023, 107 ss., 121. En el sentido ampliatorio, SSTC 98/2019, de 17 de julio; y 111/2019, de 2 de octubre.

[191] En particular, si alcanza a las acciones civiles.

[192] *Robinson* (1997), 70.

mixta de parentesco» (art. 23 CP español) (*cfr. infra* capítulo 28/56). Ahora bien, más allá de todo lo anterior, en el ámbito de la punibilidad, produce un efecto eximente con respecto a ciertos delitos. A esto último alude la «excusa absolutoria de parentesco» en el ámbito de determinados delitos patrimoniales (art. 268.1 CP español).[193] El fundamento de esta es discutible. Ciertamente, la exclusión de la punibilidad por razones de parentesco próximo partía tradicionalmente de la consideración de que en la familia —singularmente, en la gran familia— existen mecanismos éticos suficientes para restablecer el orden perturbado por un delito patrimonial no violento ni intimidatorio.[194] Sin embargo, lo cierto es que la autoridad de los padres, incluso en contextos de convivencia estrecha, ha disminuido sustancialmente en las últimas décadas.[195] Así pues, no puede mantenerse el fundamento de la eximente con base en la ausencia de necesidad —subsidiariedad— de la intervención del Derecho penal. En la actualidad, su subsistencia debe justificarse de otro modo, a saber, con base en la inconveniencia político-jurídica de la sanción. Es decir, a partir de la inoportunidad de la injerencia del proceso penal en el contexto familiar, que puede empeorar todavía más las ya dañadas relaciones interpersonales. Ello debería conducir a rechazar la exención de pena cuando la comunidad familiar se encuentra ya rota. Por lo demás, un sector doctrinal afirma que, habida cuenta de la complejidad social actual, es dudoso que lo anterior siga proporcionando una fundamentación suficiente a la exención. Por eso, se muestra crítico con respecto a su mantenimiento.[196]

En todo caso, su extensión actual no es admisible. Por ejemplo, difícilmente puede afirmarse que tenga sentido en el caso de delitos cometidos entre dos hermanos adultos que ya no conviven y cuya relación de enemistad es patente.[197] En este punto puede ser razonable la práctica de una reducción teleológica. Por lo demás, el problema adquiere una complejidad adicional por la tendencia de no pocos órganos jurisdiccionales a apreciar la excusa absolutoria como una excepción procesal, que impide que prosiga el procedimiento.[198] Ello impide que tenga lugar un juicio sobre el injusto culpable

121

---

[193] En efecto, esta dispone que: «Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad».

[194] *Bajo Fernández* (1973), 104; *García Pérez* (1997), 118; *Carmona Salgado*, LH Luzón Peña, I, 2020, 537 ss.

[195] Ya *Bajo Fernández* (1973), 142 ss., 145.

[196] *Quintero Olivares*, LH Díez Ripollés, 2023, 961 ss.; sostiene incluso su inconstitucionalidad *Cuerda Riezu*, LH Huerta Tocildo, 2020, 69 ss.

[197] Con lo cual, la propia interpretación sociológica (art. 3.1 CC) abonaría las conclusiones obtenidas desde las restantes perspectivas.

[198] Ciertamente, en España contribuye a ello la existencia de una «prohibición de proceder», que impide que los hermanos ejerzan acciones penales entre sí por delitos patrimoniales no violentos (art. 103 LECrim).

y, asimismo, sobre el daño resarcible, de modo que ni siquiera se adopta un pronunciamiento de responsabilidad civil derivada del delito en el marco del proceso penal.[199]

VIII. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

122 Las razones que pueden dar lugar a la no ejecución de una pena impuesta no han sido objeto de un debate especialmente significativo. La posición dominante es que una pena impuesta debe *eo ipso* ser ejecutada. Por el contrario, si se parte de que determinados fenómenos constituyen equivalentes funcionales de la dimensión fáctica de la pena, lo razonable podría ser que, una vez producido el efecto expresivo pretendido con la imposición, se renunciara a su ejecución en todo o en parte.[200] Esto es lo que sucede, en particular, en el caso de la prescripción de la pena impuesta en sentencia firme, que determina la imposibilidad de que esta sea ejecutada (arts. 130 y 133 CP español). Ciertamente, esto último conoce excepciones legales, pues las penas impuestas por los crímenes internacionales se consideran imprescriptibles. Sin embargo, lo cierto es que cuando han transcurrido muchas décadas desde la comisión del hecho, incluso con independencia de si las emociones reactivas persisten en mayor o menor medida, la ejecución de la pena no debería responder a un automatismo.

123 Más allá de los casos de renuncia a la ejecución, se encuentran los supuestos de suspensión condicional de la ejecución de la condena y, asimismo, los de concesión de la libertad condicional (arts. 83 ss. CP español). En fin, en este último grupo se halla también el otorgamiento de diversos beneficios penitenciarios con base en consideraciones de resocialización y de contribución a la persecución de los delitos.

2. LA INCAPACIDAD SOBREVENIDA DE ENTENDER EL SENTIDO DE LA EJECUCIÓN

124 Es posible que el sujeto que cometió el delito pierda la capacidad procesal de ser juzgado y de recibir la imposición de una pena (*cfr. supra* capítulo 24/106). Igualmente, cabe que, por razones similares, una vez juzgado y condenado, no deba ser ingresado en prisión por «incapacidad de ejecución», o que ello tenga que conducir a interrumpir la ejecución de la pena —por ejemplo, desde luego, en penas de prisión de larga duración—. En efecto, no basta con que la pena objeto de ejecución sea merecida, sino que además es preciso que siga poseyendo propiedades comunicativas tanto para la comunidad, como para el propio penado. Esto último exige que el sujeto que la padece pueda seguir

---

[199] *Silva Sánchez*, LL 4 (2001), 1549 ss.

[200] *Silva Sánchez* (2018), 113 ss., 181 ss.

entendiendo «la pena como pena» y no como sufrimiento desprovisto de sentido.[201] La situación de pérdida de sentido se halla prevista en el art. 60.1 CP español. Este señala que «cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa».[202] A su vez, el art. 60.2 CP español añade a lo anterior: «Restablecida la salud mental del penado, este cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente». Como se advierte, el artículo recoge explícitamente la posibilidad de una inejecución de la pena por razones de equidad, utilidad o conveniencia.

3. LAS CONSIDERACIONES ADICIONALES DE HUMANIDAD

A todo lo anterior debe añadirse la necesaria consideración de los efectos del principio de humanidad. En efecto, si quien cometió el delito varias décadas atrás ahora es, además, un anciano enfermo, tiene sentido renunciar a la ejecución de la pena impuesta a quien se ha juzgado y cuyo injusto culpable se ha declarado.[203] Además, y con independencia de cuándo se cometiera el delito, la avanzada edad y la enfermedad deben ser factores que determinen la suspensión de la ejecución (art. 91 CP español). Por un lado, la pena de prisión impuesta a una persona ya en la senectud supone una reducción porcentual radical de su esperanza de vida en libertad. Por otro lado, ese es asimismo el caso de quien, por el padecimiento de una grave enfermedad, tiene una expectativa de vida limitada.[204] En casos así, el reo puede experimentar mayor sufrimiento por la estancia en prisión. Así las cosas, un principio de igualdad entendido en el sentido de «igual impacto» debería conformarse con menos tiempo de ejecución.[205] Ahora bien, aunque no se entendiera así, una mínima compasión debe conducir a que esa persona pase la última etapa de su vida con su familia y no muera en la cárcel. 125

---

[201] *Binding* (1885), 811: el sujeto «debe sentir la pena como tal»; *Delgado*, Southern California L. R. 50 (1977/1978), 215 ss.; *Lampe* (1999), 221-222.

[202] El artículo prosigue: «para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código».

[203] *Herzog*, PolítCrim 5 (2008), 8-9; *Greco*, ADPCP 2023, 25 ss.

[204] *D. Pastor*, LH Roxin, 2002, 818.

[205] *S. Beck*, HHRS 3 (2010), 157, 165.

Capítulo 28

LA CONCRECIÓN DEL HECHO PUNIBLE Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Bibliografía seleccionada: *Alastuey Dobón*, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, 2000; *Alcácer Guirao*, La reparación en Derecho penal, PJ 63 (2001), 71; *el mismo*, La mediación penal y la atenuante de reparación: similitudes y criterios de aplicación, en: AA.VV., Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria, 2011, 125; *Alcócer Povis*, La reincidencia como agravante de la pena, 2018; *Alexander*, Scalar Properties, Binary Judgments, JAPh 25 (2008), 85; *Alonso Álamo*, El sistema de las circunstancias del delito, 1981; *la misma*, Razones de género y motivos discriminatorios, LH Huerta Tocildo, 2020, 353; *la misma*, ¿Hacia el reconocimiento legislativo de una atenuante de obrar por motivos culturales?, LH Díez Ripollés, 2023, 723; *Ambos*, ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena?, RP 46 (2020), 5; *Ambos* (Hrsg.), Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke, 2020; *Andrés Santos/Amezua Amezua*, La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispanoamericano de los siglos XVI y XVII, Revista de Historia del Derecho 45 (2013), 245; *Arias Eibe*, Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal, 2007; *Ashworth/Player*, Sentencing, Equal Treatment, and the Impact of Sanctions, en: Ashworth/Wasik (eds.), Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch, 1998, 251; *Asúa Batarrita*, La reincidencia, 1982; *la misma*, Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional, LH Torío López, 1999, 221; *la misma*, Dilaciones indebidas e individualización de la pena, en: Asúa/Garro (eds.), Hechos postdelictivos, 2009, 197; *la misma*, La razón de género en el marco de la agravante de odio del art. 22.4 CP, LH Huerta Tocildo, 2020, 365; *Asúa/Garro* (eds.), Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, 2009; *Bacigalupo*, La individualización de la pena en la reforma penal, RFDUM 3 (1980), 61; *el mismo*, Principio de culpabilidad e individualización de la pena, LH Torío López, 1999, 33; *el mismo*, La rigurosa aplicación de la Ley, ADPCP 1995, 849; *Bajo Fernández*, El parentesco en Derecho penal, 1973; *Basso*, Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, 2019; *el mismo*, Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 1323; *el mismo*, Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena, InDret 2/2021, 195; *Beltrán Calfurrapa*, Pena, motivación y control, 2021; *Berman*, Justification and Excuse, Law and Morality, Duke L. J. 53 (2003), 1; *Besio Hernández*, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, 2011; *el mismo*, Notas sobre la convergencia de una pluralidad de atenuantes en el Código Penal, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 473; *Boada Acosta*, La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano, NFP 93 (2019), 263; *Bobadilla*, La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno, PolítCrim 11 (2016), 548; *du Bois-Pedain*, Punishment as an Inclusionary Practice: Sentencing in a Liberal Constitutional State, en: du Bois-Pedain/Ulväng/Asp (eds.), Criminal Law and the Authority of the State, 2017, 199; *la misma*, Penal Desert and the Passage of Time, en: du Bois-Pedain/Bottoms (eds.), Penal Censure: Engagements Within and Beyond Desert Theory, 2019, 227; *Boldova Pasamar*, La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, 1995; *el mismo*, Las circunstancias agravantes de género, LH Huerta Tocildo, 2020, 389; *Bonet Esteva*, La circunstancia mixta de parentesco, LH Valle Muñiz, 2001,

101; *Borja Jiménez*, Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español, 2002; *el mismo*, La aplicación de las circunstancias del delito, 2015; *el mismo*, Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena, RDPC 16 (2016), 45; *Brink*, Partial Responsibility and Excuse, FS Alexander, 2019, 39; *Bronsteen/Buccafusco/Masur*, Retribution and the Experience of Punishment, California L. R. 98 (2010), 1463; *Brunelli*, Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue, LH Dolcini, I, 2018, 251; *Bruns*, Leitfaden des Strafzumessungsrechts, 1980; *el mismo*, Das Recht der Strafzumessung, 2.ª, 1985; *Bustos Rubio*, El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en Derecho penal español, TyD 19 (2016), 118; *el mismo*, Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4.ª CP), 2020; *el mismo*, Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4.ª CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria, RECPC 23 (2021), 1; *Cámara Arroyo*, Justicia social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado, ADPCP 2015, 237; *Caruso Fontán*, El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, RP 51 (2023), 49; *Castelló Nicás*, Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos, 2007; *Castiñeira/Ragués*, Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tibunal Supremo de los Estados Unidos, RDPC 14 (2004); *Castro Moreno*, El error sobre las circunstancias atenuantes, 2003; *Choclán Montalvo*, Individualización judicial de la pena, 1997; *el mismo*, La pena natural, LL 4.797 (1999), 1; *Cigüela Sola*, Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización, RDPC 17 (2017), 13; *Coates/Swenson*, Reasons-Responsiveness and Degrees of Responsibility, Philosophical Studies 165 (2013), 629; *Coca Vila/Irarrázaval Zaldívar*, A Criminal Law for Semicitizens, Journal of Applied Philosophy 39 (2022), 56 (=Un Derecho penal de semiciudadanos, en: Coca Vila (ed.), Pena y vínculo político, 2023, 93); *Córdoba Roda*, Las eximentes incompletas en el Código Penal, 1966; *Correcher Mira*, La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía, RECPC 22 (2020), 1; *Cuerda Arnau*, Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo, 1995; *la misma*, El premio por el abandono de la organización, EPC XXV (2004), 3; *de la Cuesta Arzamendi*, Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas, CPC 30 (1986), 559; *el mismo*, Adicciones químicas y adicciones sin drogas. Su incidencia en la responsabilidad penal, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1271; *Demetrio Crespo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 1999; *el mismo*, Culpabilidad y fines de la pena, RGDP 8 (2007), 1; *el mismo*, Fundamentos teóricos del Derecho penal e individualización judicial de la pena, LH Luzón Peña, II, 2020, 1277; *el mismo*, ¿Prevención general como factor final de la individualización judicial de la pena?, LH Berdugo, I, 2022, 39; *Demuro*, L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale, LH Dolcini, II, 2018, 691; *Diamanti*, Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali, 2019; *L. Dias*, Emociones y exceso en la legítima defensa en el Derecho penal alemán, InDret 2/2023, 397; *Díaz López*, El odio discriminatorio como agravante penal, 2013; *Díez Ripollés*, La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, ADPCP 1979, 93; *Dillof*, Objective Punishment, Cincinnati U. L. R. 89 (2021), 628; *Dölling*, Zur Bedeutung des Nachtatverhaltens des Täters für die Strafzumessung, FS Frisch, 2013, 1181; *Dolcini*, La commisurazione della pena, 1979; *Dopico Gómez-Aller*, Delitos cometidos por motivos discriminatorios, ADPCP 2004, 143; *Dressler*, Rethinking Heat of Passion, J. C. L. & Crim 73 (1982), 421; *Duff*, Punishment, Communication, and Community, 2001; *el mismo*, Criminal Responsibility and Emotions: If Fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion, Inquiry 58 (2015), 189; *Eldar/Laist*, The Missguided Concept of Partial Justification, LTh 20 (2014) , 157; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo*, La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales (1953), 2004; *Faraldo Cabana*, Las causas de levantamiento de la pena, 2000; *Feijóo Sánchez*, Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, InDret 1/2007, 1; *Flores Mendoza*, El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 2004; *Freund*, La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema, en: Asúa/Garro (eds.), Hechos postdelictivos y sistema de

individualización de la pena, 2009, 27; *Frisch*, Die verschuldeten Auswirkungen der Tat, GA 1972, 321; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 751; *el mismo*, Über die Bewertungsrichtung von Strafzumessungstatsachen, GA 1989, 338; *el mismo*, Straftatsystem und Strafzumessung, en: 140 Jahre Goltdammer's Archiv. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günther Pötz, 1993, 1; *el mismo*, Individualprävention und Strafbemessung, FS Kaiser, II, 1998, 765; *el mismo*, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg), Positive Generalprävention, 1998, 125; *el mismo*, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, FS Müller-Dietz, 2001, 237; *el mismo*, Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat, en: Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg, 2002, 207; *el mismo*, Einleitung. Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe, en: Frisch *et al.* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, 2; *el mismo*, Maßstäbe der Tatproportionalität, en: Frisch *et al.* (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, 155; *Frister*, Zur Strafmildernde Wirkung eines schuldanerkennenden Geständnis, FS Rengier, 2018, 377; *García Arán*, Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español, 1982; *García Pérez*, La reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, LA Terradillos Basoco, 2018, 1467; *Garro Carrera*, La atenuante de confesión de la infracción: discusión sobre su fundamento, en: Asúa/Garro (eds.), Hechos postdelictivos, 2009, 157; *la misma*, Comportamiento postdelictivo positivo y delincuencia asociativa, InDret 1/2013, 1; *la misma*, Paso del tiempo y respuesta penal, 2023; *Garro/Asúa*, Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria, 2008; *Garvey*, Guilty Acts, Guilty Minds, 2020; *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014; *Gómez Benítez*, Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena, RFDUM 3 (1980), 129; *Gómez Martín*, La doctrina del delictum sui generis: ¿Queda algo en pie?, RECPC 7 (2005), 1; *González Cussac*, Arbitrio judicial y art. 61.4 del Código penal, PJ 4 (1986), 141; *el mismo*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 1988; *González de León Berini*, La concreción del castigo. Tesis UAO, 2017; *el mismo*, ¿Hacia una dogmática de la individualización de la pena?, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Comprender, 2019, 39; *el mismo*, El arbitrio judicial en la concreción del castigo: naturaleza y contenido del deber de motivar, LH Silva Sánchez, 2019, 519; *el mismo*, La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo, PolítCrim 30 (2020), 583; *Gray*, Punisment as Suffering, Vanderbilt L. R. 63 (2010), 1619; *Grosse-Wilde*, Eine normentheoretische Rekonstruktion der Strafzumessungsentscheidung und die Unterscheidung von Rechts- oder Tatfrage, HRRS 2009, 363; *el mismo*, Erfolgszurechnung in der Strafzumessung, 2017; *el mismo*, Sanktionsnormen als bedingte Verhaltensnormen? RphZ 2018, 137; *el mismo*, Was ist eine Tat und was sind ihre verschuldeten Auswirkungen?, ZStW 133 (2021), 60; *H.-L. Günther*, Grade des Unrechts und der Strafzumessung, FS Göppinger, 1990, 453; *el mismo*, Systematische Grundlagen der Strafzumessung, Studia Iuridica XIX (1991), 73; *el mismo*, Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung, FS Lenckner, 1998, 69; *Guzmán Dalbora*, Sentido de la pena y reparación, RDPC 18 (2017), 189; *Haffke*, Reincidencia y medición de la pena, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 1991, 179; *Hart-Hönig*, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992; *Hassemer*, Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 90 (1978), 64; *Henkel*, Strafempfindlichkeit, FS Lange, 1970, 179; *Hillenkamp*, In tyrannos — viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen, FS Miyazawa, 1995, 141; *von Hirsch*, Doing Justice. The Choice of Punishments, 1976; *el mismo*, Censurar y castigar, 1998; *von Hirsch/Jareborg*, Neoklassizismus, en: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 35; *von Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; *von Hirsch/Ashworth* (eds.), Principled Sentencing, 1992; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999; *la misma*, La concepción anticuada de la culpabilidad, ADPCP 2001, 401; *la misma*, Determinación de la pena y culpabilidad, 2003; *la misma*, Vorüberlegungen zu Decision-Support-Systemen aus der Sicht des Strafzumessungsrechts, FS Philipps, 2005, 393; *la misma*, Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland, GA 2019, 282; *Horder*, Provocation and Loss of Self-Control, LQR 108 (1992), 191; *Horter*, Zeitabstand zwischen Tat und Verur-

teilung als ungeschriebener Strafmilderungsgrund?, ZStW 133 (2021), 385; *Hoven*, Zum Umgang mit Langen Zeitabständen zwischen Tat und Urteil, GA 2023, 661; *Husak*, Partial Defenses, Canadian J. L. J. 11 (1998), 167; *el mismo*, Retribution in Criminal Theory, San Diego L. R. 37 (2000), 959; *Íñigo Corroza*, Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco, InDret 4/2011, 1; *la misma*, Parentesco y Derecho penal en un contexto social multicultural, en: Cornacchia/Sánchez-Ostiz (eds.), Multiculturalismo y Derecho penal, 2012, 133; *Kahan/Nussbaum*, Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, Columbia L. R. 96 (1996), 269; *Kaspar*, Verfassungsrechtliche Aspekte einer empirisch fundierten Theorie der Generalprävention, en: Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes?, 2019, 61; *Arth. Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS E. Schmidt, 1961; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), 255; *Knauer*, Bestrafung durch die Medien?, GA 2009, 541; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *Kolber*, The Subjective Experience of Punishment, Columbia L. R. 109 (2009), 182; *el mismo*, The Comparative Nature of Punishment, Buffalo U. L. R. 89 (2009), 1565; *el mismo*, The Experiential Future of the Law, Emory L. J. 66 (2011), 585; *el mismo*, Unintentional Punishment, LTh 18 (2012), 1; *el mismo*, The Bumpiness of Criminal Law, Alabama L. R. 67 (2016), 855; *Krahl*, Tatbestand und Rechtsfolge, 1999; *Kunz*, Vorleben und Nachtatverhalten als Strafzumessungstatsachen, en: Frisch (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrecht aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, 135; *Lambert*, A Way Out of the Rotten Social Background Stalemate: scarcity and Stephen Morse's proposed generic partial excuse, JLASC 21 (2018), 297; *Landera Luri*, Excusas absolutorias basadas en conductas positivas postconsumativas, 2018; *Lee*, Recidivism as Omission: A Relational Account, Texas L. R. 87 (2009), 571; *el mismo*, Repeat Offenders and the Question of Desert, en: Roberts/von Hirsch (eds.), Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives, 2010, 49; *Luzón Peña*, Medición de la pena y sustitutivos penales, 1979; *el mismo*, Antinomias penales y medición de la pena, en: Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, 189; *Maiwald*, Reparación y determinación de las consecuencias jurídico-penales en el sistema penal alemán, en: Asúa/Garro (eds.), Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena, 2008, 56; *Maldonado* (ed.), Reincidencia y concurso de delitos, 2016; *Manjón-Cabeza*, La atenuante analógica de dilaciones indebidas, 2007; *la misma*, La poena naturalis en el Derecho penal vigente, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1121; *Mannozzi*, Razionalità e giustizia nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano, 1996; *Mañalich*, El comportamiento supererogatorio como atenuante de la responsabilidad penal, RD Valdivia 2015, 227; *Mapelli Caffarena*, El insoportable artículo 66 del Código penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1149; *Maqueda Abreu*, El error sobre las circunstancias: Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código penal, CPC 21 (1983), 699; *la misma*, De nuevo acerca del error sobre las circunstancias, LH Cerezo Mir, 2002, 840; *Marín de Espinosa Ceballos*, La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político-criminales, 1999; *la misma*, El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica, RDPC 13 (2004), 119; *Markel/Flanders*, Bentham on Stilts: The Bare Relevance of Subjectivity to Retributive Justice, California L. R. 98 (2010), 907; *Martínez Escamilla*, Los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general, LH Ruiz Antón, 2004, 701; *Maslen*, Remorse, Penal Theory and Sentencing, 2015; *de la Mata Barranco*, La individualización de la pena en los tribunales de justicia, 2008; *Melchionda*, Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica, 2000; *Mir Puig*, La reincidencia en el Código penal, 1974; *el mismo*, Sobre la constitucionalidad de la reincidencia, ADPCP 1993, 1139; *Molina Fernández*, La cuadratura del dolo, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 691; *Monge Fernández*, La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena, 2009; *Montenegro*, Töten mit gutem Gewissen, GA 2021, 101; *Montesinos García*, Los algoritmos que valoran el riesgo de reincidencia, RDyPP 64 (2021), 19; *Montiel Fernández*, La analogía in bonam partem en el Derecho penal, 2009; *el mismo*, La analogía en las circunstancias atenuantes, LL 10.536 (2011), 1; *el mismo*, Regu-

laciones de excepción y prohibición de analogía, InDret 3/2013, 1; *Morse*, Diminished Rationality, Diminished Responsibility, Ohio S. J. C. L. 1 (2003), 289; *Muñoz Ruiz*, Las circunstancias atenuantes muy cualificadas, 2016; *Mylonopoulos*, Sobre la posibilidad de una fundamentación teórica del plea bargaining, en: el mismo, Dogmática penal en un contexto internacional, 2017, 127; *Navarro Frías*, El principio de proporcionalidad en sentido estricto, InDret 2/2010, 1; *Nelkin*, Difficulty and Degrees of Moral Praiseworthiness and Blameworthiness, Noûs 50 (2016), 356; *Neumann*, Über die Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts, FS Spendel, 1992, 435; *Nicolaus*, Die Berücksichtigung mittelbarer Straftatfolgen bei der Strafzumessung, 1992; *Nida-Rümelin*, Humanistische Reflexionen, 2016; *Noll*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956), 55; *Obregón García*, La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, 1998; *Oliver Calderón*, Acuerdos en el proceso penal, LH Silva Sánchez, 2019, 1059; *Orejón Sánchez de las Heras*, La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género, 2019; *Orts Berenguer*, Atenuante de análoga significación, 1978; *Otero González*, La circunstancia atenuante analógica, 2003; *Palermo*, Reincidencia, injusto y culpabilidad, en: Maldonado (ed.) Reincidencia y concurso de delitos, 2016, 147; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *D. Pastor*, Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, LH Roxin, 2002, 793; *Peralta*, Dogmática penal, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, Doxa 31 (2008), 599; *el mismo*, Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena, ADPCP 2010, 251; *el mismo*, Motivos reprochables, 2012; *Pérez Alonso*, Teoría general de las circunstancias, 1995; *el mismo*, El error sobre las circunstancias del delito, 2013; *Pérez del Valle*, *¿Es lícito considerar la pena estatal como una expiación?*, *Revista* Canaria de Ciencias penales 3 (1999), 171; *el mismo*, Arrebato, venganza y pena, LH Maza Martín, II, 2018, 425; *el mismo*, Culpabilidad y medida de la pena, LH Luzón Peña, II, 2020, 1385; *Popitz*, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980; *Pozuelo Pérez*, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003; *la misma*, La elasticidad interpretativa de las circunstancias modificativas: el cambiante efecto atenuante de la colaboración con la justicia, RECPC 22 (2020), 1; *la misma*, El alcance atenuatorio de la confesión del delito, LH Huerta Tocildo, 2020, 545; *la misma*, Los excesos interpretativos en la atenuante de análoga significación, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 837; *Prodi*, Una historia de la justicia, 2008; *Puente Rodríguez*, La atenuante analógica de cuasi-prescripción, LL 119 (2016), 1; *Puppe*, Die verschuldeten Folgen der Tat als Strafzumessungsgründe, FS Spendel, 1992, 451; *Quintero Olivares*, El necesario cuestionamiento de las funciones del parentesco en el Derecho penal, LH Díez Ripollés, 2023, 953; *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, FG Frank, I, 1930; *Ragués i Vallès*, La prescripción penal, 2004; *el mismo*, La atenuante analógica de cuasiprescripción, InDret 3/2017, 1; *el mismo*, El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena, LH Silva Sánchez, 2019, 61; *el mismo*, ¿Realmente un día en prisión preventiva equivale a un día de pena de prisión? InDret 3/2020, 112; *el mismo*, La prisión provisional como ultima ratio, 2023; *Robinson*, Foreword: the Criminal-Civil Distinction and Dangerous Blameless Offenders, J. C. L. & Cr 83 (1993), 693; *el mismo*, Structure and Function, 1997; *el mismo*, Mitigations: The Forgotten Side of the Proportionality Principle, Harvard J. L. 57 (2020), 219; *Robles Planas*, Deberes negativos y positivos en Derecho penal, InDret 4/2013; *Roxin*, Culpabilidad y prevención, 1981; *Ruiz de Erenchun*, Sistema de penas, Reglas de determinación de la pena y suspensión de la ejecución de la pena, 2017; *Saleilles*, L'individualisation de la peine, 1898 (=La individualización de la pena, 1914); *Salinero Alonso*, Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal, 2000; *Sánchez Dafauce*, ¿Es el artículo 66.1.8.ª del Código penal una regla general?, RDPC 27 (2022), 109; *Sánchez Melgar*, Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal, LL 7862, 2012, 1; *Santana Vega*, La atenuante analógica de cuasiprescripción, EPC XXXIX (2019), 107; *Schiaffo*, Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato, 1998; *Schroth*, Das Kompensationsprinzip als Begrenzung des staatlichen Strafanspruchs, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 335; *Schünemann*, Plädoyer für

eine neue Theorie der Strafzumessung, en: Eser/Cornils, Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik,1987, 209; *el mismo*, De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo, en: el mismo, Temas, 2002, 97; *Searle*, Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío, 2000; *Silva Sánchez*, La revisión en casación de la individualización judicial de la pena, PJ 6 (1987), 137; *el mismo*, Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática, LH Beristain, 1989, 633; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, LH Fernández-Albor, 1989, 677; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, PJ 45 (1997), 183; *el mismo*, La teoría de la determinación de la pena como sistema, InDret 2/2007, 1; *el mismo*, ¿Puede considerarse el remordimiento una poena naturalis? InDret 3/2014, 1; *Simons*, Retributivists Need Not and Should Not Endorse the Subjectivist Account of Punishment, Columbia L. R. 109 (2009), 1; *el mismo*, Is Strict Criminal Liability in the Grading of Offences Consistent with Retributive Desert?, OJLS 32 (2012), 445; *Slobogin*, Sentencing algorítmico, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 327; *Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954; *el mismo*, Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund (1969), en: el mismo, Für Vernunft und Recht, 2004, 171; *el mismo*, Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem (1978), en: el mismo, Für Vernunft, 2004, 191; *Stadler*, Die Lebensleistung des Täters als Strafzumessungserwägung, 2019; *Stahl*, Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie, 2015; *Strawson*, Libertad y resentimiento y otros ensayos, 1995; *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984; *Teixeira*, Teoria da aplicação da pena, 2015; *Terradillos Basoco*, Aporofobia y plutofilia: la deriva jánica de la política criminal contemporánea, 2020; *Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *Tomiak*, Direkter Tötungsvorsatz und Strafzumessung, HRRS 2017, 225; *el mismo*, Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern, HRRS 2018, 18; *Urruela Mora*, Valoración crítica del recurso a la peligrosidad criminal como eje de la intervención penal frente al delincuente imputable, en: Roca (ed.), Un sistema de sanciones para el siglo XXI, 2019, 323; *Valle Muñiz*, Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas, ADPCP 1992, 561; *el mismo*, La naturaleza graduable de lo injusto, LH Roxin, 1997, 439; *Venturoli*, Modelli di individualizzazione e della pena, 2020; *de Vicente Remesal*, El comportamiento postdelictivo, 1985; *Volk*, Vom Aussterben bedroht: Die klassische Dogmatik des Allgemeinen Teils, en: Pieth/ Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht. Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß, 2006, 89; *Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; *Whitman*, The Case for Penal Modernism: Beyond Utility and Desert, Critical Analysis of Law 1 (2014), 143; *Yaffe*, Are Addicts Akratic? Interpreting the Neuroscience of Reward, en: Levy (ed.), Addiction and Self-Control, 2013, 190; *Ziffer*, Lineamientos de la determinación de la pena, 1999; *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969; *el mismo*, Principios fundamentales de la determinación judicial de la pena, CPC 14 (1981), 359; *Zugaldía Espinar*, Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia, PJ 13 (1989), 85; *el mismo*, El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena, PJ 18 (1990), 133; *el mismo*, La individualización judicial de la pena, LH Díez Ripollés, 2023, 1149; *Zysman Quirós*, Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos, 2013.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. LAS FUNCIONES DEL ÓRGANO JUDICIAL PENAL

1 La función del órgano judicial penal comprende la fijación de los hechos probados —una vez realizada la valoración de la prueba—, así como la aplicación del Derecho a aquellos (*cfr. supra* capítulo 6/1). Esto último requiere, en primer lugar, establecer si los hechos probados constituyen la realización de un

tipo de delito de modo penalmente antijurídico, culpable y punible. Así pues, aquí se trata de una cuestión cualitativa, que se resuelve en términos binarios (1/0), es decir, de sí o no —de condena o absolución—. Sin embargo, tal aproximación clasificatoria —absolutamente fundamental— resulta insuficiente. Por ello, una vez sentado que existe un injusto típico, culpable y punible, la aplicación del Derecho penal a los hechos comprende dos fases ulteriores que revisten naturaleza cuantitativa. Por un lado, la determinación de la «cantidad» de injusto culpable y punible contenido en el hecho del sujeto, así como de otras magnitudes que pueden producir efectos de compensación con aquel. Por otro, la fijación de la pena concreta que debe imponerse, mediante la conversión de las graduaciones efectuadas en una medida numérica de sanción.

2 Las actividades mencionadas muestran un carácter consustancialmente vinculado al caso, de modo que son la quintaesencia de los actos de obtención del Derecho que se definen por la idea de «concreción».[1] En primer lugar, dan lugar a la realización de juicios normativos —sobre la medida de la desvaloración, de la imputación y de la punibilidad de la conducta concreta, así como de otros factores relevantes—. En segundo lugar, comprenden juicios adicionales de cuantificación. En todos ellos, la incidencia de las regulaciones legales e incluso de los conceptos dogmáticos es bastante limitada. Esto último se advierte con claridad en las legislaciones que solo contienen ciertos principios generales de individualización de la pena. Sin embargo, lo mismo vale también para aquellos sistemas, más comunes en nuestra tradición, que contienen catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes del hecho cometido —arts. 21, 22 y 23 CP español—, cuya consideración debe ser previa a la de aquellos otros principios más genéricos.

3 La determinación de la pena careció históricamente de un tratamiento teórico profundo en la doctrina. Sin embargo, en las últimas décadas el panorama ha cambiado por completo. De hecho, en la actualidad lo que se echa en falta es, sobre todo, la penetración de las aportaciones doctrinales en la práctica forense, en la que sigue dominando la imagen de que constituye una actividad discrecional.[2] Ahora bien, en este punto es preciso huir de los extremos y acoger un punto medio virtuoso. En efecto, la individualización de la pena no es un arte intuitivo o creativo —no debe calificarse como «la parte artística» de la sentencia—. Sin embargo, tampoco puede reducirse a una cuestión matemática —es decir, a una operación aritmética—. Así, en la medida en que constituye un acto de concreción del Derecho, debe consistir en un conjunto de operaciones de filosofía práctica. Por supuesto, estas deben circunscribirse mediante reglas hasta el límite de lo razonablemente posible. No obstante, hay que tener en cuenta que el establecimiento de «lo justo concreto» se sustrae a cualquier pretensión de sistematización exhaustiva.[3]

---

[1] *Engisch* (2004), 279 ss.

[2] Críticos, *Demetrio Crespo* (1999), 292; *Hörnle* (2003), 34-35.

[3] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, a.120, c.1 resp.

2. EL PROCESO DE LA GRADUACIÓN DEL CONTENIDO DELICTIVO DEL HECHO

2.1. El objeto de la cuantificación

4 Como se ha indicado, la individualización de la pena[4] requiere, en primer lugar, la concreción del contenido preciso del hecho punible cometido. A su vez, esta graduación no es sino la dimensión cuantitativa de la teoría del delito, en la que se integra.[5] Al fijarla, se establece la concreta medida del merecimiento conmutativo de pena, así como de la equidad, necesidad y oportunidad de su imposición. En efecto, igual que la realidad fáctica sobre la que se proyectan es borrosa —pudiendo distinguirse casos más o menos iguales—, también los conceptos de injusto, de culpabilidad y de punibilidad muestran una dimensión material graduable.[6] Así, un hecho antijurídico puede contener un contenido de injusto mayor o menor; igualmente un sujeto culpable, puede mostrar más o menos culpabilidad; y, en fin, también la punibilidad del hecho puede ser mayor o menor. Ahora bien, la graduación no comprende solo la determinación de la medida en que concurren los elementos del hecho punible cometido. Además, es preciso efectuar una labor adicional de concreción que ya pertenece a la teoría de la pena estatal. Como se ha subrayado, esta —relativa a la punibilidad del hecho en sentido amplio— tiene por objeto sendos juicios sobre el sujeto del hecho y sobre la legitimidad del Estado para castigarle. Con base en ellos no solo es posible excluir la pena (*cfr. supra* capítulo 27/22), sino también reducir su monto.

2.2. Los modelos legales y la práctica de la cuantificación

5 Los materiales para la técnica legislativa sobre este punto, expuestos en un orden creciente de abstracción, son de tres clases. Por un lado, (i) reglas legales —un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes— que dan lugar a la imposición de una pena mayor o menor —dentro del marco punitivo de cada delito, o incluso más allá de este— según un criterio más o menos tasado. Por otro lado, (ii) subprincipios de abstracción media. En fin, (iii) principios de abstracción máxima. En realidad, ningún sistema de circunstancias puede prescindir del recurso a principios o subprincipios más abstractos. Por eso, el sistema español contiene, más allá del aludido catálogo de circunstancias (arts. 21, 22 y 23 CP), un criterio general de individualización (art. 66.1.6.ª CP). Por su parte, los sistemas que contienen subprincipios de abstracción media[7] pueden renunciar a aquel catálogo.

---

[4] En el ámbito angloamericano, las operaciones se califican de «*sentencing*» y «*grading*».

[5] *Frisch* (1993), 14 ss.; *el mismo*, FS Müller-Dietz, 2001, 247; *Teixeira* (2015), 120.

[6] *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 171-172; *Valle Muñiz*, ADPCP 1992, 561 ss.; *el mismo*, LH Roxin, 1997, 439 ss.; *Hörnle* (1999), 144 ss.; *la misma* (2003), 69; *Frisch* (2002), 208; *Silva Sánchez*, InDret 2/2007, 1 ss.; *Alexander*, JAPh 25 (2008), 85 ss.; *Brink*, FS Alexander, 2019, 55.

[7] Por ejemplo, el § 46 del Código penal alemán.

Los catálogos legales de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas 6
son expresión de la tradición codificadora de desconfianza con respecto a la decisión judicial. Por eso, también reflejan la arrogante pretensión de matematizar la vida, que era propia de la visión del Derecho penal en los siglos XVII y XVIII. En efecto, desde el punto de vista de la técnica legislativa puede observarse que, mediante el recurso a atenuantes o a agravantes, el legislador obliga al juez a la formación de grupos de casos. A su vez, estos pueden entenderse como subtipos —o grupos de supuestos de hechos punibles— integrados en el tipo legal, y caracterizados por un nivel de abstracción inferior al de ese tipo genérico. Hasta cierto punto, tal esquema es análogo al que sigue el propio legislador en la formación de tipos privilegiados y cualificados en la Parte Especial, pues también estos últimos se caracterizan por tal inferior nivel de abstracción. Es decir, son «especiales» en relación con los correspondientes tipos básicos. Pues bien, el método seguido para alcanzar esa mayor concreción es la adición de elementos caracterizadores, respectivamente atenuantes o agravantes. Al proporcionar una descripción más precisa del hecho, se configura un plano intermedio entre la caracterización del tipo y el obrar concreto de un sujeto. Del mismo modo, el «sub-marco» de la pena imponible se estrecha en comparación con lo establecido en el marco legal abstracto, aunque todavía no proporcione una medida específica.

Como puede advertirse, este proceso legislativo y judicial de concreción 7
tiene un sentido inverso al del proceso de tipificación de conductas. En efecto, este último —como sucede, en general, en la elaboración de reglas o, mucho más, de principios— tiene lugar mediante una normativización, es decir, un proceso de abstracción del significado y la valoración de grupos de casos, que hace más fácil establecer una regulación general. En cambio, partiendo de los tipos abstractos, los sistemas legales de circunstancias se configuran como programas «condicionales» —en el sentido de Luhmann— de «desnormativización» de reglas con el fin de aproximarse al caso real. Así, a la constatación de la concurrencia de una circunstancia se le asigna un efecto automático de concreción de la medida de pena; a la de dos o más, otro mayor; si concurren atenuantes y agravantes, se establece un criterio de compensación recíproca, etc. Por su parte, los sistemas legales de principios y subprincipios —estándares— de determinación de la pena constituyen programas «finales» de desnormativización —en el mismo sentido luhmanniano—. Es decir, dejan en manos del juez el tránsito de la descripción del tipo de delito a la facticidad del caso, siempre y cuando la decisión de aquel se oriente racionalmente a los criterios rectores establecidos.

La primera opción puede parecer más garantista, así como más coherente 8
con la función aplicativa del juez. Sin embargo, lo cierto es que el legislador, al establecer una lista de circunstancias, no lleva a cabo de modo completo el proceso de desnormativización, sino que solo lo ejemplifica. En efecto, tales catálogos obviamente no explicitan todas las situaciones concretas en las que puede cometerse el hecho típico. En realidad, tampoco podrían pretenderlo

siquiera. Por tanto, el órgano judicial no tiene más remedio que identificar el criterio valorativo que subyace a cada circunstancia —su *telos*—, o al conjunto de estas, para aplicárselo a los casos no comprendidos específicamente en ninguna de las circunstancias legalmente establecidas. Esto le puede conducir, respectivamente, a llevar a cabo una aplicación analógica *in bonam partem* de las atenuantes legales, o bien a una reducción teleológica de las agravantes, dado que ambos procedimientos se admiten mayoritariamente. En cambio, no cabe aplicar analógicamente las agravantes, mientras que sobre la reducción teleológica de las atenuantes —que puede venir de la mano de una analogía *contra reo* en uno de sus requisitos— existe polémica doctrinal (*cfr. supra* capítulos 4/100; 6/94). De todos modos, y en última instancia, el juez necesitará alguna guía adicional, que habrá de venir dada por el recurso a uno o más principios generales —esto es, de nuevo, a programas finales—.

2.3. Los manuales de determinación y la inteligencia artificial

9 En estos últimos años la doctrina ha planteado la conveniencia de elaborar manuales de determinación de la pena que contengan precisos criterios vinculantes para los tribunales. Al respecto se propone acoger los modelos de los manuales angloamericanos, con sus criterios rectores.[8] Pues bien, la aportación de medios para una concreción más igualitaria de la pena ciertamente merece una valoración positiva. De hecho, la dimensión de cálculo que es propia de la individualización de la pena —de conversión de circunstancias concurrentes en el hecho en años, meses y días de pena— hace pensar incluso en la posibilidad de recurrir a la inteligencia artificial para llevarla a cabo. En realidad, cuando se divulgaron los primeros estudios sobre computación hacia mediados del siglo XX, ya se planteó la posibilidad de utilizar programas informáticos en esta materia.[9]

10 Esto último permitiría alcanzar todavía una mayor igualdad entre los pronunciamientos de individualización de la pena. Además, la elaboración de una matriz que, en su eje de abscisas, contenga las diversas circunstancias relevantes para la determinación de la pena y, en el eje de ordenadas, establezca los respectivos valores numéricos orientativos —relativos a la intensidad con la que concurran—, es bastante fácil.[10] Por lo tanto, la elaboración de un programa que tenga en cuenta el peso valorativo relativo de cada factor y que se vaya alimentando con los datos de las diversas resoluciones judiciales debe de ser de gran sencillez. En esta medida, la utilización de la inteligencia artificial como instrumento de ayuda puede reducir la arbitrariedad y las divergencias

---

[8] Las llamadas «*sentencing guidelines*»: *Zysman Quirós* (2013), 222 ss.; *Basso* (2019), 61 ss.; *Ambos*, RP 46 (2020), 9 ss., 13.

[9] En particular, hay que mencionar los trabajos de Lothar Philipps (1934-2014). En contra, sin embargo, *Hassemer*, ZStW 90 (1978), 64 ss.; *H.-L. Günther* (1991), 76.

[10] *Giannoulis* (2014), 5.

infundadas entre casos análogos.[11] Ahora bien, como ya se ha señalado, esta consideración no puede entenderse en el sentido de una propuesta de matematizar la vida, algo pretencioso y, en última instancia, imposible. En efecto, la resolución judicial de individualización de la pena es, como cualquier decisión judicial, una actividad de filosofía práctica. Por tanto, constituye un acto consustancialmente humano y sería un error remitírsela por completo a un algoritmo.

II. LA DETERMINACIÓN LEGAL Y LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL

1. EL MARCO DE LA PENALIDAD ABSTRACTA

11 La decisión de asignar un marco penal abstracto a una clase de conductas delictivas —a un tipo de delito— ya es problemática en sí misma. Por tanto, la cuestión de la determinación «legal» de la pena imponible debe ser objeto de una mayor atención que la que en general se le presta. Ahora bien, los tribunales constitucionales han señalado con reiteración que el legislador es «soberano» en materia de política del Derecho penal. Por lo tanto, la legitimación del marco penal abstracto es básicamente formal, esto es, se asienta en que su fijación la ha llevado a cabo el titular del poder legislativo —el órgano de representación democrática—. En definitiva, se trata de una legitimación por legalidad. Frente a ello, las consideraciones de proporcionalidad —relativa y absoluta, ordinal y cardinal— del marco punitivo asignado a un delito con la gravedad material de la respectiva clase de conducta desempeñan un papel poco relevante en la práctica. De este modo, no se suele entrar en las cuestiones de proporcionalidad absoluta —por ejemplo, si realmente una conducta de hurto merece la pena que tiene legalmente asignada—. En efecto, los tribunales constitucionales y de derechos humanos solo han objetado a situaciones de extrema desproporción. Estas, a su vez, han sido identificadas con aquellos supuestos en los que los mínimos punitivos del marco penal son demasiado elevados en relación con las conductas más leves que todavía se pueden subsumir en la correspondiente definición de delito (*cfr. supra* capítulo 6/101). Por lo demás, tampoco se consideran de modo suficiente los argumentos de proporcionalidad relativa entre las penas que merecen unos y otros delitos —por ejemplo, las calumnias en su relación con el robo; o el delito de homicidio doloso con respecto al imprudente—.

2. LAS BASES LEGALES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN

2.1. Los sub-marcos establecidos en virtud de las circunstancias legales

12 El marco penal abstractamente previsto es la respuesta punitiva preconstituida a un conjunto de hechos concretos. En efecto, estos coinciden en realizar un

[11] *Slobogin* (2021), 327 ss.

determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento, la equidad, la necesidad y la oportunidad de aquella pena-marco. Por ello, el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas —los mencionados sub-marcos— que asignan medidas diversas de pena a las distintas subclases de realizaciones, más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado en el tipo —los subtipos—.[12] Una vez fijado legalmente el marco de la penalidad abstracta de un tipo de delito, no es extraño que el propio legislador haya previsto tipos privilegiados y cualificados con respecto a aquel tipo, denominado básico. A su vez, esos tipos suelen ir acompañados de marcos punitivos distintos, respectivamente inferiores o superiores al del tipo legal básico. Sin embargo, en otras ocasiones dan lugar a sub-marcos, es decir, a marcos de pena más limitados, circunscritos a la parte superior o inferior del marco del tipo básico. Por lo demás, como se ha expuesto, en los sistemas legales que contienen catálogos de circunstancias, las reglas legales vinculadas a estos conducen a la construcción imperativa de sub-marcos en el seno del marco legal abstracto correspondiente al tipo de que se trate. Este procedimiento solo tiene una excepción en el caso en el que se entienda que una circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al establecer el marco delictivo correspondiente —esto da lugar a la denominada «inherencia» (art. 67 CP español)—. En efecto, en tal caso, la consideración adicional de una agravante se halla prohibida por el principio de *non bis in idem* material. En el caso de una atenuante, su consideración está vetada por la prohibición general de doble valoración de un hecho, aunque este tenga un efecto favorable al reo.[13]

13 A este respecto, el ordenamiento legal español prevé, en primer lugar, ciertas reglas que entran en conexión con las eximentes de responsabilidad. Estas son las denominadas «eximentes incompletas» (art. 21.1.ª CP español) o figuras relativamente similares —el error vencible de prohibición (art. 14.3 CP), o los criterios de concreción del contenido de injusto de la tentativa (art. 62 CP)—. En los tres supuestos se prevé la posibilidad de una rebaja de la pena en uno o dos grados. Por otro lado, contiene un catálogo cerrado de circunstancias agravantes (art. 22 CP), así como un catálogo abierto de atenuantes (art. 21 CP). Esto último se advierte por la existencia de la figura de la «atenuante de análoga significación» (art. 21.7.ª CP). A su vez, las atenuantes pueden considerarse como «simples» o como «muy cualificadas». Esto último resulta decisivo porque, en el caso de que concurran dos o más atenuantes simples o una muy cualificada (art. 66.1.2.ª CP),[14] cabe que se produzca una rebaja de pena de

[12] *Krahl* (1999), 34.

[13] *Timpe* (1983).

[14] «Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes». *Besio Hernández*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 473 ss.

uno o dos grados con respecto al marco legal. De este modo, en el supuesto concreto del homicidio doloso consumado —cuya pena típica mínima es de diez años—, la pena real mínima hasta la que puede llegar motivadamente el juez —si concurren atenuantes en la medida máxima legalmente prevista— es la de dos años, seis meses y un día.

2.2. Los principios legales de individualización

2.2.1. Los modelos basados en principios de abstracción media y de abstracción máxima

14 Los criterios abstractos de individualización judicial de la pena operan en los términos que establezcan las reglas existentes en cada sistema legal. Como se ha indicado, en algunos ordenamientos tales principios son de abstracción media. En cambio, en la legislación española existe una cláusula general de individualización de la pena, que incorpora dos principios rectores de abstracción superior: la «gravedad del hecho» y las «circunstancias personales del delincuente» (art. 66.1.6.ª CP).[15] Con ellos se trata de atender al mayor o menor contenido de injusto, la mayor o menor culpabilidad, o, en fin, la mayor o menor punibilidad del hecho. Sin embargo, ya se ha indicado que el modelo permite considerar en la magnitud de la pena la concreción del juicio sobre el sujeto o sobre la legitimidad del Estado para ejercer la potestad punitiva, esto es, la medida de la punibilidad en sentido amplio (*cfr. supra* capítulo 27/28). Por lo demás, la identificación de los *teloi* de la agravación y de la atenuación de pena en las circunstancias legalmente previstas puede servir de guía en la aplicación de aquellos principios rectores.

2.2.2. La traducción de la desvaloración en medidas concretas de pena

15 Lo más difícil es traducir la graduación del contenido de desvalor del hecho, en relación con su sujeto y con la medida de la legitimidad del Estado punitivo, en un número de días de prisión, es decir, pasar a determinar el impacto cuantitativo sobre el condenado.[16] En realidad, esto, como ya la propia asignación de un marco penal abstracto a la conducta, tiene algo de «mágico». En efecto, la suma o resta de un número de meses de prisión en virtud de que concurra una determinada circunstancia entra dentro de ese gran «palo de ciego» que es la precisión de la medida del merecimiento de pena del hecho de un agente. Sin embargo, ello pone de relieve que es preciso profundizar en el fundamento de las decisiones de individualización de la pena. Así, el juicio

---

[15] La jurisprudencia asocia esta referencia legal a la edad del delincuente, a «su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social», entre otros datos: STS 972/2004, de 18 de septiembre; STS 413/2015, de 30 de junio.

[16] *Frisch* (2003), 11 ss.

oral debe ser el escenario de un amplio debate, promovido por las partes, sobre la concurrencia de las circunstancias y de cualesquiera otros elementos que puedan influir en la medida de pena del acusado.

3. LA NATURALEZA SUSTANTIVA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

3.1. Su pretendida ubicación fuera de la teoría del delito

3.1.1. La incidencia directa de las doctrinas de la pena

16 Las consideraciones efectuadas hasta aquí no son compartidas por un amplio sector de la doctrina. En efecto, para este grupo de autores, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito sino, por el contrario, con las teorías de la pena.[17] Así pues, a su juicio, la determinación de la medida de pena correspondiente a un hecho concreto ha de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, de prevención general o de prevención especial relacionadas con tal hecho. Ciertamente, se admite la valoración retrospectiva de los elementos del delito cometido, pero únicamente como un elemento más junto a aquellos otros. Así, se sitúa la argumentación en un terreno mixto, que mezcla lo retrospectivo con lo prospectivo.

17 En efecto, únicamente a partir de una premisa así cabe entender el desarrollo de las doctrinas alemanas acerca de la individualización judicial de la pena. Así, las doctrinas del «valor posicional»,[18] del «espacio de juego» (o «margen de libertad»)[19] o de la «prohibición de desbordamiento de la culpabilidad» abordan desde perspectivas diferentes la relación entre lo retrospectivo y lo prospectivo.[20] La doctrina seguramente dominante en aquel país sostiene que la individualización de la pena se rige, en primer lugar, por la medida de la culpabilidad del agente por su hecho, que establece el marco —o espacio de juego— en el que deben moverse las ulteriores consideraciones de índole preventiva. A este respecto, arguye que la pena mínima adecuada a la culpabilidad concreta ya satisface las exigencias de prevención general positiva, de modo que adicionalmente solo es preciso considerar las necesidades de prevención especial. Sin embargo, esta doctrina fue matizada en el sentido de que la culpabilidad establece únicamente el límite superior de las consi-

---

[17] *Demetrio Crespo* (1999), 73, 205. Ello, desde una visión general favorable a la teoría del espacio de juego con una orientación preferentemente preventivo-especial.

[18] En alemán: «*Stellenwerttheorie*». Críticos, *Teixeira* (2015), 51 ss.; *Basso* (2019), 147 ss.

[19] En alemán: «*Spielraumtheorie*». Críticas en *Hörnle* (1999), 63 ss., 75; *Teixeira* (2015), 37 ss.; *Basso* (2019), 83 ss.

[20] «*Schuldüberschreitungsverbot*». *Frisch*, FS Kaiser, 1998, 770-771, 779 ss.: en realidad, en Alemania, la relevancia de las consideraciones preventivo-especiales (la influencia de la pena sobre la vida futura del penado) en la individualización judicial de la pena ha sido prácticamente nula, quedando reservadas para decisiones sobre ejecución o no de la pena, así como para la cuestión relativa a las alternativas a la prisión. *Basso* (2019), 161 ss.

deraciones preventivas, pero no el inferior.[21] Por lo tanto, cabe imponer una pena inferior a la culpabilidad del autor con base exclusivamente en razones de prevención especial. Ello vale, en particular, para los casos en los que la prisión podría tener un contenido desocializador.[22] Sea como fuere, todas estas consideraciones han sido sometidas a crítica en el seno de la doctrina alemana.[23] Por su parte, la doctrina española ha argüido de modo adicional su irrelevancia en nuestro sistema legal, dada su supuesta vinculación a la legislación positiva de aquel país.[24]

3.1.2. Un modelo alternativo

18 Para construir un modelo dogmático de individualización de la pena, lo primero que debe hacerse es explicitar la teoría de la pena y la teoría del delito que se toman como punto de partida. A este respecto, aquí se ha señalado que la finalidad de la pena es la retribución del delito, limitada por consideraciones de equidad, necesidad y oportunidad del castigo. Ahora bien, esto significa que la retribución no opera como límite mínimo de la equidad, sino solo como límite máximo de la medida de pena. Además, implica que no cabe atender a consideraciones de prevención general que conduzcan a pasar por encima de ninguno de los dos conceptos anteriores. En efecto, la prevención general negativa no puede desempeñar un papel en la individualización de la pena dado su patente carácter instrumentalizador del reo.[25] Por su parte, la prevención especial no puede constituir un criterio de incremento, sino solo de límite de la medida de pena, mediante la consideración de las «circunstancias personales del delincuente». Así pues, únicamente la prevención especial positiva y la prevención general positiva pueden desempeñar un papel, pero nunca para incrementar la medida de pena debida por razones retributivas, que se expresa en las circunstancias concretas del delito cometido.

19 Igualmente, la individualización de la pena se mueve en el marco de la teoría del hecho punible. Así pues, tiene que ver con la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad en sentido estricto como categorías del hecho punible. Ahora bien, va más allá de aquella, integrándose en la teoría de la pena. En efecto, la punibilidad en sentido amplio comprende además un doble juicio adicional sobre el sujeto delincuente[26] y sobre la legitimidad y conveniencia de que el Estado le castigue (*cfr. supra* capítulo 27/23 ss.). La superposición de niveles produce un efecto de embudo: (i) las consideraciones de imputación subjetiva

---

[21] *Roxin* (1981), 117, fijando en todo caso las exigencias de «defensa del orden jurídico» como límite mínimo; *el mismo*, AT, I, 4.ª, 2006, 3/59. Distinto, *de la Mata Barranco* (2007), 203.

[22] *Roxin* (1981), 105 ss.

[23] *Demetrio Crespo* (1999), 188 ss.; *Ziffer* (1999), 49 ss.; *Hörnle* (2003), 39 ss.; *Besio Hernández* (2011), 51 n. 43, 137 ss.; *Teixeira* (2015), 37 ss.

[24] *Besio Hernández* (2011), 138-139; *Quintero Olivares* (2015), 733.

[25] *Demetrio Crespo*, LH Berdugo, I, 2022, 43 ss.

[26] *Whitman*, Critical Analysis of Law 1 (2014), 143 ss.

y de culpabilidad no pueden conducir a elevar la medida de pena merecida por razón del injusto, sino solo a rebajarla; (ii) las consideraciones de punibilidad no pueden conducir a elevar la medida de pena con respecto a la resultante de las consideraciones relativas al injusto culpable, sino solo a disminuirla; y (iii) los juicios de punibilidad en sentido amplio no pueden conducir a agravar la pena resultante de la concreción del injusto culpable y punible, sino solo a atenuarla.

3.2. Su concepción como dimensión cuantitativa del hecho punible: la visión «retrospectiva-proporcionalista» limitada

3.2.1. El contenido delictivo del hecho

20 La denominada «doctrina de la proporcionalidad con el hecho» sostiene que la individualización de la pena responde, por encima de otras consideraciones, a la determinación del contenido delictivo del hecho cometido.[27] De este modo, se pretende alcanzar una concreción retrospectiva cuantitativa del merecimiento y, luego, de la equidad, necesidad y oportunidad de pena en relación con tal hecho.[28] Ahora bien, para ello se precisa una mayor sistematización dogmática,[29] que reduzca el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales. Tal individualización «dogmática» requiere, en primer lugar, la sistematización de las variables fácticas contenidas en cada hecho concreto que realiza el tipo. En segundo lugar, la valoración de cada una de estas variables desde la perspectiva de análisis de cada categoría del sistema y los criterios valorativos propios de esta. En fin, la cuantificación absoluta y relativa de cada una de las mencionadas variables fácticas.[30] Obviamente, la sistematización no puede alcanzar a los últimos detalles, de modo que es inevitable la admisión de márgenes de plausibilidad. Un sector doctrinal concluye que, en todo caso, la proporcionalidad no puede establecerse en términos absolutos, sino relativos, dando lugar a un sistema comparativo de clases de casos más y menos graves.[31] Desde luego, esto es lo propio de la justicia del caso concreto, que no es susceptible de ser sistematizada hasta el final. Sin embargo, sí puede distanciarse, cada vez más, de la arbitrariedad.

3.2.2. Los elementos ajenos al contenido de injusto culpable: el complemento «retrospectivo amplio y prospectivo»

21 El factor retrospectivo-proporcionalista aporta el límite máximo de la pena imponible. Sin embargo, la pena puede ser atenuada de modo adicional por

---

[27] *Schünemann* (1987), 209 ss.; *von Hirsch/Jareborg* (1991); *Hörnle* (1999), 127 ss., 148; *Silva Sánchez*, InDret 2/2007, 1 ss.; *Teixeira* (2015), 59 ss., 118 ss. Crítico *Feijóo Sánchez*, InDret 1/2007, 7 ss., 9. Por otro lado, *Basso* (2019), 218 ss., 235 ss., orientado a los criterios de la proporcionalidad cardinal y ordinal.

[28] *Hörnle* (1999), 107.

[29] Escéptico, *Demetrio Crespo* (1999), 246 ss., cuyo modelo se orienta a la prevención especial positiva. A favor, *Feijóo Sánchez*, InDret 1/2007, 9 ss.

[30] Próximo, *Frisch*, FS Kaiser, 1998, 781-782.

[31] *Hörnle* (1999), 40 ss.,155-156; *la misma* (2003), 50-51, 56 ss., 61.

razones ajenas al injusto culpable. Como se ha anticipado, esto puede tener lugar por razones de disminución de la punibilidad en sentido estricto y en sentido amplio. Esta construcción, a su vez, constituye la traducción, en el ámbito de la individualización judicial, de una teoría de la pena que entiende que el fundamento de su imposición legítima es la retribución limitada (*cfr. supra* capítulo 3/110). De este modo, tiene que quedar claro que las consideraciones preventivas no pueden fundamentar la imposición de una medida inmerecida de pena. Esto vale para tanto para las doctrinas de la prevención general negativa y las de la prevención general positiva, como para las de prevención especial.

4. LA NATURALEZA PROCESAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

4.1. Su carácter reglado

La concreción del hecho punible y su contexto, al igual que la determina- 22
ción de la pena imponible a este, no constituye un acto discrecional.[32] Ahora bien, tampoco es exactamente un acto reglado,[33] sino que se puede entender como un acto de obtención del Derecho con base en conceptos jurídicos indeterminados.[34] A su vez, estos se caracterizan por la unidad de solución justa y equitativa en cada caso. Por lo tanto, el órgano judicial no dispone de la facultad de elegir entre varias posibilidades, sino que tiene que buscar la pena correcta.[35] Con todo, esta afirmación no desconoce que tal «solución justa concreta» es muy difícil de alcanzar, así que resulta razonable conformarse con aproximaciones subóptimas. El Tribunal Supremo español, que antaño había sostenido el carácter discrecional de la individualización de la pena, abandonó luego esa doctrina. Sin embargo, de vez en cuando vuelve a sostener el antiguo punto de vista, aunque solo de modo parcial.[36] En todo caso, lo que no cabe discutir es la necesidad de una mayor calidad de la argumentación en esta materia. La práctica de los órganos judiciales en materia de individualización de la pena es manifiestamente mejorable. En no pocas ocasiones, los razonamientos en los que se basa la asignación de una determinada medida de pena siguen siendo pobres y variables.[37] En definitiva es decisivo que se asuma de modo pleno la idea de que la individualización judicial de la pena es un proceso de aplicación del Derecho, que puede y debe ser controlado a través de los recursos de apelación y de casación.

---

[32] *Basso* (2019), 277 ss. Salvo lo dispuesto en el art. 66.2 CP español: «En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

[33] *Warda* (1962), 175.

[34] *Silva Sánchez*, PJ 6 (1987), 137 ss. Próximo, *González de León*, LH Silva Sánchez, 2019, 522 ss.

[35] *Zipf* (1969), 165; *Bruns* (1980), 48-49.

[36] SSTS 722/2020, de 30 de diciembre; 427/2023, de 1 de junio; 920/2023, de 14 de diciembre.

[37] *Hörnle* (2003), 65 ss.

4.2. Su carácter recurrible en casación

23 La decisión de individualización concreta de la pena requiere en primer lugar efectuar una valoración de la prueba —resolver una *quaestio facti*— y, en segundo lugar, llevar a cabo una calificación jurídica —afrontar una *quaestio iuris*—.[38] La primera no puede ser objeto de una revisión en casación; en cambio, la segunda sí lo es.[39] Ahora bien, la posibilidad de recurrir en casación las decisiones individualizadoras de la pena de los tribunales inferiores requiere que estas aparezcan suficientemente motivadas.[40] En España esto viene exigido de modo general por el art. 120.3 CE y, en concreto para la individualización de la pena, por el art. 72 CP.[41] Por lo tanto, no cabe admitir motivaciones implícitas, ni formularias, ni reconstruidas *ex post* por el órgano judicial superior. Igualmente, tampoco procede recurrir a fórmulas estereotipadas sin contenido, sino que es preciso que sea reconocible una auténtica consideración valorativa de las diferentes circunstancias concurrentes. Así las cosas, la práctica del Tribunal Supremo español, consistente en rebajar la pena al mínimo absoluto del marco legal abstracto en casos de ausencia de motivación por parte del órgano inferior, se comprende en un doble sentido: (i) el de desincentivar la adopción de decisiones individualizadoras no motivadas; y (ii) el de no causar dilaciones indebidas. Sin embargo, en puridad lo procedente sería devolver la sentencia al órgano competente para que dicte la correspondiente motivación. Por lo demás, esta última es condición necesaria del control, de modo que su ausencia lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y a que no se produzcan situaciones de indefensión (art. 24 CE). Esto último significa que la individualización de la pena insuficientemente motivada debe dar pie a la interposición, con los requisitos procesales correspondientes, de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

4.3. La exigencia de motivación

24 La motivación de una decisión de individualización de la pena debe partir de la explicitación de la *ratio* de cada categoría sistemática de la teoría del delito. En efecto, como se ha anticipado, existe una relación entre el criterio

---

[38] *Grosse-Wilde*, HRRS 2009, 363 ss.

[39] Parcialmente en contra, STS 920/2023, de 14 de diciembre: «En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación»; aunque sí es posible revisar las «decisiones arbitrarias», «inmotivadas», así como las que no respetan «las reglas o los criterios legales». Ahora bien, si se tiene en cuenta que toda individualización de la pena no fundada en términos jurídico-dogmáticos debe reputarse arbitraria, al final, lo único que queda fuera del control, en cierta medida, es la última concreción aritmética de la decisión.

[40] *Warda* (1962), 175 ss., 192; *Zipf* (1969), 231; *Dolcini* (1979), 59 ss., 66; *Bruns* (1980), 232, 267 ss., 284; *García Arán* (1982), 241; *González Cussac*, PJ 4 (1986), 141 ss.; *Silva Sánchez*, PJ 6 (1987), 137 ss. *Zugaldía Espinar* PJ 18 (1990), 133 ss.; *Pérez Alonso* (1995), 319 ss.; *González de León*, LH Silva Sánchez, 2019, 527 ss.; *Beltrán Calfurrapa* (2021), 279 ss.

[41] «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

rector de cada categoría y el fundamento dogmático de la individualización de la pena. Así pues, de aquella *ratio* (i) deben extraerse los criterios valorativos rectores de las operaciones subsiguientes. A continuación, (ii) procede seleccionar los aspectos del hecho o de su contexto que puedan alcanzar relevancia para la graduación de la medida de concurrencia de cada categoría. En tercer lugar, (iii) es preciso exponer las razones por las que dicha dimensión del hecho implica una mengua —o, en su caso, un incremento— de la magnitud del contenido de cada categoría. Finalmente, y una vez considerados recíprocamente los aspectos que inciden en cada nivel sistemático, debe alcanzarse la decisión final.[42] Sentado esto, el control ejercido por el órgano judicial superior puede revelar con relativa facilidad los casos de ausencia de motivación o de motivación insuficiente. En cambio, resulta más difícil hablar de motivación errónea. Ciertamente, cabe advertir la presencia de errores fácticos, en la medida en que no se hayan tenido en cuenta aspectos del hecho relevantes desde la propia perspectiva valorativa. Sin embargo, en cuanto a las premisas valorativas genéricas de la individualización de la pena basta obviamente con que sean defendibles. A partir de ahí, ciertamente pueden existir errores jurídicos —de coherencia— en las cadenas argumentativas, que deben ser subsanados.

III. LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

1. DELIMITACIONES CONCEPTUALES

El concepto de circunstancia, como «accidente» unido a la sustancia de un hecho, proviene de la filosofía clásica.[43] Más tarde, fue recogido en el Digesto, que aludía a las siete circunstancias del acto voluntario, que son la causa, la persona, el lugar, el tiempo, la calidad, la cantidad y el resultado —en ablativo: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate* y *evento*—.[44] Sin embargo, es más precisa su reconstrucción en el hexámetro de la Retórica de Cicerón, acogido luego en la Retórica de Quintiliano. En efecto, en dicho hexámetro se sientan las preguntas a las que debe responder cualquier narrador de un hecho: quién, qué, dónde, con qué medios, por qué, cómo y cuándo —*quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*—.[45] A su vez, está claro que las circunstancias deben ser consideradas en la valoración de una conducta, pues pueden hacer mejor una conducta buena, peor una mala, e incluso convertir en mala una acción en sí buena. Sentado esto, procede añadir que la denominación de «circunstancias» en sentido estricto se aplica a las contenidas en los arts. 21,

25

[42] *Silva Sánchez*, InDret 2/2007, 1 ss.

[43] *Aristóteles*, Ética, 1111a.

[44] D. 48, 19, 16.

[45] Marco Tulio *Cicerón* (106-43 a.C.) y Marco Fabio *Quintiliano* (35-95 d.C.). Luego, *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 7, a. 3; c. 94, a. 4, resp., a. 5, resp.

22 y 23 CP —las también denominadas «genéricas»—.[46] En sentido material, las circunstancias comprendidas en las disposiciones de la Parte General de los Códigos penales se hallan en su mayoría vinculadas con la teoría del hecho punible, cuya dimensión cuantitativa contribuyen a precisar.[47] Ciertamente, algunas de ellas son ajenas al hecho, puesto que tienen que ver con la persona del delincuente al margen del hecho punible cometido, así como con la legitimación del Estado para castigarle.

26 Las situaciones cuya concurrencia determina que un tipo básico de la Parte Especial se convierta en un tipo cualificado o privilegiado suelen denominarse circunstancias en sentido amplio, circunstancias «específicas» o «elementos accidentales» del tipo correspondiente. En realidad, tan pronto como pasan a constituir elementos típicos, se «sustancializan». Así pues, ya no se les debe aplicar el régimen del error y de la comunicabilidad establecido para las circunstancias genéricas, sino que es preciso someterlas *mutatis mutandis* al régimen de los «elementos esenciales» del tipo. En este contexto, los cambios vienen dados por el hecho de que los tipos cualificados y privilegiados mantienen una relación de dependencia con el tipo básico, que incide en la medida de su sustancialización.

2. EL SISTEMA LEGAL DE CIRCUNSTANCIAS Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS

2.1. Generalidades

27 Los catálogos de circunstancias, al igual que los principios de determinación de la pena, contienen normas de sanción complementarias de las que subyacen a los tipos legales de delito. Así, cada una de esas normas indica: «Rebaja (o incrementa) la pena en una medida X, si concurre la circunstancia Y». Ello debe conducir, coherentemente, a sostener que se recurre a ellas de modo solo retrospectivo. Sin embargo, un sistema de circunstancias legales no se mueve únicamente en el plano de las normas de sanción y, por tanto, de la asignación de pena. Por el contrario, posee también una dimensión de orientación de la conducta de los ciudadanos. Expresado de otro modo, las descripciones de las circunstancias también constituyen «razones para la acción» de los destinatarios del sistema de normas de conducta. Por tanto, la cuestión es determinar cómo se relacionan estas con las normas de conducta que subyacen a los tipos. Para establecer tal relación hay que distinguir tres bloques distintos de circunstancias: (i) las relativas al injusto; (ii) las relativas a la culpabilidad y a la punibilidad del hecho en sentido estricto; y (iii) las relativas a circunstancias ajenas al hecho punible

---

[46] *Alonso Álamo* (1981), 274; *González Cussac* (1988), 89; *Boldova Pasamar* (1995), 57; *Salinero Alonso* (2000), 39 ss.

[47] Próximos *Alonso Álamo* (1981), 338 ss.; *García Arán* (1982), 168 ss.; *Maqueda Abreu*, CPC 21 (1983), 709 ss.; *Pérez Alonso* (1995), 116 ss. Distinto, *González Cussac* (1988), 53 ss., 143 ss., 177 ss., 203.

en sentido estricto, que inciden en la pena imponible a aquel —punibilidad en sentido amplio—.

2.2. Las circunstancias relativas al contenido de injusto, a la culpabilidad y a la punibilidad en sentido estricto

28 Por un lado, se hallan las circunstancias —agravantes o atenuantes— relativas al injusto. En efecto, estas reconfiguran directamente la norma de conducta respectiva, es decir, la especifican, de modo que desempeñan una clara función *ex ante*.[48] Así, no solo se dirigen al juez, sino también a las personas particulares, indicándoles que su actuación es más grave o, en su caso, más leve. Ciertamente, es razonable que el sistema de normas de conducta —sentado que el destinatario va a cometer un delito— prefiera que lo cometa del modo más leve y se abstenga de hacerlo del modo más grave. En cambio, la observación de las circunstancias relativas a la culpabilidad o a la punibilidad parece conducir a una conclusión diferente. A primera vista estas últimas no se proyectan en la configuración —en la especificación— de las normas de conducta. En efecto, está claro que la concurrencia de atenuantes de la culpabilidad o de la punibilidad da lugar a una reconfiguración de la medida de pena, de modo que inciden en las normas de sanción, que se dirigen a los órganos judiciales. Sin embargo, aunque los ciudadanos no sean sus destinatarios directos, también pueden extraer indirectamente algunas conclusiones de ellas. En efecto, la configuración de la norma de sanción incide indirectamente sobre el destinatario de las normas de conducta, en virtud de lo que se conoce como la «amenaza de pena». Esto significa que, en la medida en que la concurrencia de sus elementos configuradores pueda ser objeto de elección por el agente, también pueden tener un efecto directivo, o de guía de la conducta. Es verdad que ello no sucede en el caso de las circunstancias relativas a la disminución de la imputabilidad, puesto que estas *per se* no son elegibles. Sin embargo, sí sucede en relación con las circunstancias que atenúan la culpabilidad penal por «exigibilidad disminuida» y con algunas de las que atenúan la punibilidad.

2.3. Las circunstancias relativas a la punibilidad en sentido amplio

29 El tercer grupo de circunstancias, que se refiere a aspectos del delincuente ajenos al hecho punible *stricto sensu* o bien a cuestiones relativas a la legitimidad del castigo estatal, también admite distinciones internas. Así, algunas de las circunstancias que se refieren al juicio sobre el agente pueden producir asimismo un efecto de guía de la conducta. Sin embargo, lo hacen con una configuración distinta de la propia de las normas de conducta. En efecto, aquí la incidencia de la norma de sanción se ve mediatizada por la posible aplicación de normas premiales. A su vez, de estas derivan incentivos de conducta postde-

[48] *Grosse-Wilde*, RphZ 2018, 137 ss.

lictiva, como por ejemplo en relación con algunas variantes de desistimiento, con posibles formas de colaboración procesal o con la adopción de medidas auto-resocializadoras. En definitiva, su seguimiento puede traducirse en una disminución de la medida de pena o incluso en la exención plena de esta (*cfr. supra* capítulo 27/44 ss.). Por su parte, las circunstancias que se refieren al juicio sobre la legitimación o la oportunidad del Estado para castigar —o sobre la conveniencia de que lo haga— pueden tener incidencia o no sobre los destinatarios de las normas de conducta. Desde luego, sí la tienen en el caso del parentesco atenuante —mucho más, en la excusa absolutoria—, de las inmunidades e inviolabilidades. En cambio, no en los casos regidos por normas de compensación.

3. LA DOGMÁTICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

3.1. Las circunstancias genéricas de la legislación española

30 Las circunstancias agravantes solo pueden referirse al contenido de injusto del hecho. Así, algunas se caracterizan por incrementar *ex ante* el riesgo de lesión del bien jurídico,[49] o por expresar una suerte de concurso con la afectación de otros bienes.[50] Otras, en cambio, agravan el significado comunicativo del hecho, con independencia de que, desde otro punto de vista, se podrían interpretar como expresivas de un concurso con la afectación de la dignidad del sujeto pasivo.[51] A continuación, en un tercer grupo, se sitúan las que expresan la infracción por el sujeto de deberes especiales jurídico-públicos.[52] Finalmente, al margen de todas las anteriores, se halla la polémica agravante de reincidencia, que puede entenderse como expresiva de una agravación del significado comunicativo de la conducta del sujeto.[53]

---

[49] Así, las circunstancias 1.ª, 2.ª y 6.ª del art. 21 CP español. La 1.ª reza: «Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Por su parte, la 2.ª es: «Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». Y la 6.ª se define como: «Obrar con abuso de confianza».

[50] Así, la 5.ª: «Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito».

[51] Así, la 3.ª: «Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa»; y la 4.ª: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurran efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta».

[52] Así, la 7.ª: «Prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

[53] Así, la 8.ª: «Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza».

A diferencia de las agravantes, las atenuantes pueden referirse al contenido 31
de injusto, a la culpabilidad y a la punibilidad en sentido estricto y amplio. En efecto, las eximentes incompletas se refieren respectivamente al injusto o a la culpabilidad.[54] Por su parte, se integran en la culpabilidad las atenuantes de adicción y de estados pasionales.[55] Más allá de lo anterior, se ubican en la punibilidad las de confesión, reparación y de dilaciones indebidas.[56] En fin, puede referirse al injusto, a la culpabilidad o a la punibilidad la atenuante analógica.[57] Por su parte, la relación de parentesco estrecho[58] puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito (art. 23 CP).

3.2. La comunicabilidad y el error

3.2.1. La comunicabilidad

El art. 65.1 CP español señala que «las circunstancias agravantes o atenuantes 32
que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurran». En cambio, el art. 65.2 CP indica que «las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». La diferencia sustancial que existe entre ambos regímenes pone de relieve la diversa medida de «comunicabilidad» de unas circunstancias —las personales— y otras —las relativas a la ejecución del delito o a sus medios—. Es decir, la propiedad que tienen estas segundas, en cuanto a que los efectos de su concurrencia se extiendan a todos los intervinientes en el hecho que conozcan tal concurrencia, mientras que las primeras no son comunicables.[59]

En este punto, es preciso determinar qué significa el carácter «personal» 33
de una circunstancia. Tradicionalmente, esta noción se ha relacionado con

---

[54] El art. 21.1.ª se refiere a «Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos».

[55] Las del art. 21.2.ª: «La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.° del artículo anterior»; y el art. 21.3.ª: «La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante».

[56] Las del art. 21.4.ª: «La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades»; del art. 21.5.ª: «La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral»; y del art. 21.6.ª: «La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa».

[57] La del art. 21.7.ª: «Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

[58] La de «ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

[59] *Boldova Pasamar* (1995).

la culpabilidad de cada interviniente. Sin embargo, en esta obra no se admite la existencia de elementos agravantes de la culpabilidad, sino solo atenuantes. Así pues, son agravantes personales —no comunicables— aquellas que expresan una especial infracción de un deber del autor, que contribuye a la constitución del contenido de su injusto. Por su parte, las atenuantes personales son relativas en unos casos al injusto de la conducta y, en cambio, en otros afectan a la culpabilidad del sujeto. Con todo, lo cierto es que una misma circunstancia puede mostrar, en ocasiones, un carácter personal y en otras, en cambio, uno objetivo. Esto significa que hay que atender a la configuración del caso concreto. Por ejemplo, la agravante de disfraz puede ser una circunstancia personal si no incide en la ejecución del delito, sino que solo trata de preservar la identidad personal del concreto delincuente a efectos de dificultar la persecución policial. Como señala con reiteración la jurisprudencia española, si el recurso al disfraz responde a una «precaución personal» de un agente, entonces su efecto agravatorio solo afecta al sujeto que lo lleve puesto. Ahora bien, una pregunta previa sería la de si el recurso a un disfraz como medio de autoencubrimiento debe ser punible. Por lo demás, como se verá más adelante, la atenuante de reparación puede tener un carácter objetivo o personal, en función de que se configure en términos utilitarios o comunicativos.

34 Existe debate acerca de si el régimen de (in-)comunicabilidad de las circunstancias personales debe extenderse a aquellos supuestos en los que ya no se trata de las circunstancias genéricas, sino de aquellas que dan lugar a la formación de tipos cualificados o privilegiados.[60] Así, la cuestión discutida es si en tales casos los diversos intervinientes deben pasar a responder por el tipo respectivamente cualificado o privilegiado o solo por el tipo básico. En realidad, la respuesta depende de la medida en que, en el respectivo tipo cualificado, la circunstancia personal pase a sustancializarse —objetivarse— como elemento del tipo de injusto, de modo que deja de ser un «accidente». En efecto, solo en el caso de que sea así, cabrá concluir que los intervinientes que conocen su concurrencia pasan a responder por el tipo cualificado en su conjunto, en términos análogos a lo que sucede en la dogmática de los delitos especiales impropios (art. 65.3 CP español). La posición contraria a la que aquí se acoge conduce a tratar todos los tipos cualificados por razones personales —incluso los delitos especiales impropios— como tipos circunstanciados y, de hecho, los somete al régimen art. 65.1 CP. Sin embargo, aquí se ha rechazado esta construcción (*cfr. supra* capítulo 17/5). En lo que se refiere a los tipos privilegiados, la cuestión es si el elemento atenuante disminuye el injusto o solo la culpabilidad. En el primer caso, la atenuación puede alcanzar a los partícipes que conozcan su concurrencia, siempre que la circunstancia se haya sustancializado; de lo contrario, no. En el caso de que la circunstancia afecte a la culpabilidad, no produce un efecto comunicable. Finalmente, en el caso

[60] A favor, *Boldova Pasamar* (1995), 222 ss., 242 ss., por analogía *in bonam partem.*

de las circunstancias objetivas, estas alcanzan a los partícipes que conozcan su concurrencia, tanto si son agravantes como atenuantes (art. 65.2 CP).

3.2.2. El desconocimiento de la concurrencia real de la circunstancia y la suposición errónea de su concurrencia

35 El texto legal no establece una diferencia de regímenes a los efectos del error. En efecto, la apreciación de las circunstancias se rige por el doble criterio (i) de su concurrencia efectiva; y (ii) de su imputación subjetiva. Esto significa, en primer lugar, que la mera concurrencia de una circunstancia agravante personal u objetiva —relativa a los medios o modos de ejecución del hecho— cuando esta es desconocida por el agente, no produce el correspondiente efecto de incremento de pena. En este punto, la legislación española contiene una regulación específica: «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación» (art. 14.2 CP). Dado que dicha regla no señala nada en cuanto al caso de error vencible sobre la circunstancia, debe concluirse que incluso este impide su apreciación. Además, el juez no debería tener en cuenta en la individualización de la pena la concurrencia de la agravante no imputada subjetivamente, como elemento de una mayor gravedad del hecho.[61] En efecto, también en este punto debe darse un elemento de imputación subjetiva. En cuanto a las atenuantes, el desconocimiento de una atenuante objetiva realmente concurrente impide la estimación de esta. Sin embargo, en este punto sí cabe que el juez aprecie un caso de menor gravedad en virtud de la concurrencia del factor objetivamente atenuante.

3.3. La analogía y la reducción teleológica

3.3.1. La atenuación por analogía

3.3.1.1. Generalidades

36 El art. 21.7.ª CP español alude al carácter atenuante de cualquier otra circunstancia que no conste mencionada en la ley y que tenga «análoga significación» a las anteriores. De este modo, admite una expansión del ámbito de las circunstancias atenuantes en los términos de una analogía *in bonam partem* legalmente establecida. Ahora bien, no está claro cómo precisar el sentido de la expresión legal «análoga significación». Si se parte de la teoría general de la analogía,[62] esta puede adoptar la forma de analogía *legis*, analogía *institutionis* y, en fin, analogía *iuris*. En efecto, la primera de ellas requiere una analogía «estructural» entre el supuesto legalmente previsto y el que se pretende considerar análogo. Por su parte, la segunda requiere que uno y otro supuesto

[61] *Pérez Alonso* (1995), 128.

[62] *Montiel Fernández* (2009).

se integren en la misma «institución jurídica». En fin, la tercera se conforma con que en uno y otro se dé el mismo fundamento jurídico último, lo que remite a la equidad, o a la justicia del caso. Pues bien, en el debate sobre el alcance de la atenuante de análoga significación también se han discutido estos tres criterios. Así: (i) el del establecimiento de una analogía morfológica o estructural con una atenuante legal concreta; (ii) el de una analogía con el fundamento específico de una atenuante legal determinada; y, en fin, (iii) el de una analogía con el fundamento genérico común de la atenuación de pena en las circunstancias legalmente previstas.

3.3.1.2. Las posiciones en disputa

37 La primera posición, que exige una analogía estructural con alguna de las atenuantes legalmente descritas, parece haber sido abandonada por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia. Ahora bien, igualmente ha perdido influencia la tercera orientación, que concibe la atenuante analógica, en última instancia, como una cláusula general de individualización de la pena. Ciertamente, este último criterio había estado muy presente en el Tribunal Supremo español durante los años noventa del siglo XX y la primera década de este siglo, aunque siempre rodeado de polémica interna y externa.[63] Así, un importante sector jurisprudencial no se limitaba a apreciar la analogía estructural con los casos previstos en los demás números del art. 21 CP español. Por el contrario, afirmaba que como objeto del juicio de analogía también pueden entrar en consideración cualesquiera otras circunstancias atenuantes previstas en la Parte General o en la Parte Especial. A su juicio, incluso podría establecerse la analogía sobre la base de una semejanza con el fundamento genérico de toda atenuación de pena.[64] En este sentido, bastaría con que la situación legalmente no contemplada pudiera considerarse un factor que disminuye la entidad del injusto, del reproche de culpabilidad o, en su caso, como un comportamiento útil a los fines de cooperar con la justicia, que permita atenuar la pena por razones de política criminal.[65] Esta posición, en su formulación más amplia, sostenía que, en la aplicación de la atenuante, la analogía debía establecerse «con base en el conjunto de todas las atenuantes, lo que lleva incluso a propiciar esa semejanza a través del ordenamiento jurídico o del mismo Derecho natural».

38 Esta posición ha sido calificada por la opuesta como una interpretación arbitraria, que desborda los límites establecidos en el art. 21.7.ª CP. En concreto, que va más allá del sentido literal posible del término legal «anteriores».[66] Sin

[63] SSTS 159/1995, de 3 febrero; 504/2003, de 2 abril. En contra, SSTS 167/2004, de 13 febrero; 865/2005, de 24 junio.

[64] STS 1137/2005, de 6 de octubre.

[65] STS 667/2019, de 14 de enero de 2020.

[66] *Otero González* (2003), 89 ss.; *Montiel Fernández*, LL 10.536 (2011), 1 ss.; similar, *Pozuelo Pérez*, RECPC 22 (2020), 14, *la misma*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 837 ss. Parcialmente distinto, *Puente Rodríguez*, LL 119 (2016), 1 ss.

embargo, este argumento gramatical es débil; puesto que la expresión central de la regla legal es la de «análoga significación». Como se ha expuesto, la relación de analogía puede adoptar las tres modalidades referidas. A partir de ahí, procede argumentar por qué excluir una u otra. Cabe argumentar que procede reducirla a supuestos de analogía *legis* o *institutionis*; ahora bien, ello no puede presentarse como una imposición del principio de legalidad, porque la analogía *iuris* es asimismo una forma de analogía entre un supuesto legalmente previsto y otro que no lo está. Por lo demás, para quienes, como aquí se sostiene, la analogía *in bonam partem*, incluso la no legalmente prevista, es posible, la posibilidad de una analogía *iuris* con base en el art. 21.7.ª CP es clara y ofrece bastantes menos obstáculos.

3.3.1.3. Un balance

En todo caso, incluso si se sostiene que no cabe integrar en el art. 21.7.ª CP el **39**
método de la analogía *iuris*, todavía hay camino para recurrir en ese marco a la analogía *institutionis*. En concreto, debe explorarse con mayor profundidad la relación de la atenuante analógica con las eximentes incompletas de las causas de justificación, las causas de inimputabilidad y la causa de exculpación por inexigibilidad (art. 21.7.ª en relación con el art. 21.1.ª y el art. 20 CP español). A este respecto, la jurisprudencia de finales del siglo pasado y principios de este efectuó un gran esfuerzo para intentar afrontar situaciones nuevas con base en dicha relación. Por ejemplo, para atenuar la responsabilidad penal de quienes llevan droga a un pariente adicto, que se encuentra en prisión, y disminuir su sufrimiento derivado del síndrome de abstinencia.[67] Al respecto, es cierto que la jurisprudencia de los últimos años lo ha seguido haciendo, sobre todo a propósito de la imputabilidad disminuida; no tanto, en relación con otras categorías del sistema.

Por lo demás, conviene no olvidar que la atenuante del art. 21.7.ª CP, aplica- **40**
da motivadamente como simple o muy cualificada, constituye un instrumento fundamental de la justicia en el caso concreto —la epiqueya aristotélica—. Por lo tanto, el recurso a ella por parte de los órganos judiciales se enmarca en una interpretación de los textos legales conforme al principio constitucional de proporcionalidad. En efecto, debe tenerse en cuenta que, si se excluye la interpretación de la expresión «análoga significación» como comprensiva también de la analogía *iuris*, la única alternativa que posee el órgano judicial en los casos de desproporción concreta del castigo es el recurso al art. 4.3 CP español.[68] A saber, que cuando el Tribunal entienda que «por la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las cir-

[67] SSTS 1121/1997, de 18 septiembre; 1342/1997, de 3 noviembre.

[68] STS 167/2004, de 13 febrero.

cunstancias personales del reo», tiene que informar al gobierno y solicitar el indulto conforme art. 117.1 CE. Sin embargo, no parece que esta sea la mejor solución cuando el texto del art. 21.7.ª CP no se opone a una interpretación amplia de la atenuante analógica y, por su parte, la Constitución impone una interpretación de todo precepto legal conforme a los valores superiores del ordenamiento jurídico. Ciertamente, esto no significa que la atenuante analógica deba aplicarse para afrontar situaciones en las que no concurren todos los requisitos legales. En efecto, en este último caso no se trata de un supuesto análogo a la atenuante legal, sino de uno de menor entidad. Pues bien, la construcción de una especie de «atenuante incompleta supralegal» —de una atenuante supralegal basada en la no plena concurrencia de los requisitos legales para atenuar, ni de otros análogos a estos— no es posible.[69] En los casos que evoquen esta situación solo es posible acudir a los criterios generales de individualización de la pena —la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente—.

4. LA CLÁUSULA GENERAL DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

41 Una vez que se ha apreciado la concurrencia de determinadas circunstancias, el legislador español, en relación con los delitos dolosos, opta por una cierta «matemática» para determinar las consecuencias de la suma, o de la compensación entre ellas (art. 66.1 CP).[70] En fin, el art. 66.1.6.ª CP español contiene una cláusula general de individualización de la pena, que debe considerarse tras la aplicación de las atenuantes y agravantes genéricas. Sus criterios rectores son la «gravedad del hecho» y las «circunstancias personales del delincuente».[71] Ahora bien, estos han sido interpretados de modo diverso por la doctrina. Así, un sector doctrinal sostiene que la gravedad se refiere al hecho cometido, mientras que la personalidad se refiere a un juicio preventivo-especial sobre el autor, al margen de cualesquiera consideraciones sobre el hecho realizado.[72] En cambio, otra opinión parte de que, mientras que la gravedad del hecho se refiere al contenido de antijuridicidad de la conducta, la personalidad alude a la culpabilidad (manifestada en el hecho), añadiendo que la personalidad del delincuente no puede ser considerada más que en la medida en que se expresa en el hecho.

42 El principio de imputación subjetiva rige también para los criterios innominados de agravación que, siguiendo la regla legal de una «mayor gravedad

---

[69] STS 426/2005, de 6 abril.

[70] No así en los delitos imprudentes: «En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior» (art. 66.2 CP).

[71] «Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Crítico, *Mapelli Caffarena*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1149 ss.

[72] *Besio Hernández* (2011), 50, 135, 201 ss.

del hecho» (art. 66.1.6.ª CP español), apliquen los Tribunales en su labor de individualización de la pena dentro del marco que la ley establece en cada caso. Expresado de otro modo, no puede entenderse que dichos criterios son objetivos, de modo que puedan aplicarse de modo automático y con independencia del conocimiento que cada uno tenga sobre su alcance. Esto último supondría admitir que hay elementos integrantes de la dimensión cuantitativa del injusto que se sustraen a la imputación subjetiva, lo que a su vez implicaría una vulneración del principio de culpabilidad en la determinación de la pena.

IV. UN MODELO DE CUANTIFICACIÓN DEL HECHO PUNIBLE (I): EL CONTENIDO DE INJUSTO TÍPICO

1. GENERALIDADES

43 De conformidad con lo que se ha señalado en otros capítulos, es preciso distinguir entre la cuantificación del contenido del hecho punible y la cuantificación adicional de la pena. Sobre la base de los principios establecidos, tal cuantificación adicional de la pena puede conducir a rebajas de esta, pero no a la imposición de penas por encima de la medida derivada del hecho punible, que define la máxima pena merecida por el sujeto y precisa para la restauración de la paz. Igualmente, dentro del hecho punible es preciso distinguir entre la cuantificación del contenido de injusto culpable y de la punibilidad. De nuevo aquí, la consideración de criterios de punibilidad puede conducir a la imposición de penas inferiores, pero no superiores a la medida del injusto culpable, que determina la pena máxima merecida por el sujeto. En fin, dentro del injusto culpable es preciso distinguir entre la cuantificación del contenido de injusto y de la culpabilidad. Como en los casos anteriores, en virtud de consideraciones de culpabilidad es posible imponer penas inferiores, pero no superiores a las determinadas por el contenido de injusto del hecho, que define el merecimiento de pena de la conducta realizada por el sujeto. En definitiva, el contenido del injusto —la vulneración del contenido de la norma de conducta— define el máximo de la pena posible; a continuación, solo cabe la consideración de atenuaciones.

2. LA CUANTIFICACIÓN DEL CONTENIDO DE INJUSTO

2.1. La graduación de la desaprobación de la conducta

2.1.1. El mayor contenido de riesgo ex ante

44 El contenido de «riesgo» empírico para el bien jurídico respectivamente protegido («R = P × L»)[73] se ha solido considerar el criterio central para la desaprobación típica de una conducta. Pues bien, a partir del grado mínimo de peligro que determina la tipicidad de la conducta, el mayor o menor peli-

[73] Riesgo es igual a probabilidad multiplicada por lesión.

gro inherente a esta última constituye un criterio de individualización de la pena.[74] Así, el grado de probabilidad intersubjetiva *ex ante* de que tenga lugar una lesión *ex post* puede: (i) ser rayano con la seguridad; (ii) alcanzar una elevada probabilidad; (iii) ser de probabilidad media; o (iv) ser el mínimo típico. Por lo demás, el juicio acerca del significado y la desaprobación típica de la conducta trasciende al peligro que esta muestra con respecto al bien jurídico.[75] En efecto, también son susceptibles de graduación las dimensiones significativa o valorativa de la conducta, de modo que pueden repercutir en la individualización de la pena. Por ejemplo, en casos de equivocidad significativa o próximos a la adecuación social.

2.1.2. El mayor contenido de riesgo de la conducta o su mayor desaprobación como criterio interpretativo de las agravantes legales

45 El fundamento de algunas de las circunstancias agravantes legales pueden reconducirse con facilidad al hecho de que la conducta conlleva un mayor riesgo para el bien jurídico. Así ocurre, en concreto, con ciertas modalidades de la alevosía (art. 22.1.ª CP español), con el disfraz, el abuso de superioridad o el aprovechamiento de circunstancias (art. 22.2.ª CP) o, en fin, con el abuso de confianza (art. 22.6.ª CP). A su vez, este incremento del riesgo, que constituye el *telos* de la agravación, debe proporcionar el criterio para una interpretación teleológica que deje al margen de la agravación aquellos casos que, pese a estar comprendidos en la literalidad del texto de la agravante, no responden a dicho fundamento. Así, por ejemplo, el recurso a un disfraz puede responder a dos motivos del sujeto. Por un lado, al aseguramiento de la comisión del hecho —en cuyo caso incrementa el injusto por hacer más probable la producción de la lesión—. Por otro, a evitar la identificación en la posterior persecución del hecho. En realidad, estas mismas dos razones pueden concurrir en la realización de un hecho de noche o en un lugar despoblado. Pues bien, mientras que el incremento de sanción en el primer caso puede ser pacífico, no sucede lo mismo con la segunda razón. Con respecto a ella podría argüirse que responde al esquema del denominado «autoencubrimiento» y que las conductas de esta naturaleza no deben dar lugar a incrementos de pena (*cfr. supra* capítulo 26/96). A su vez, la aceptación de esto último llevaría a adoptar una perspectiva crítica con respecto al texto del art. 22.2.ª CP español, que equipara el aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas cuando «debilitan la defensa del ofendido» y cuando «facilitan la impunidad del delincuente». En efecto, lo primero incrementa el injusto pues hace más probable la lesión del bien jurídico. En cambio, lo segundo deja intacto el injusto específico del delito y, por tanto, es discutible que deba incrementar la pena.

---

[74] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 254.

[75] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 254.

Es cierto que pueden esgrimirse argumentos a favor de tal incremento de 46
pena. Así, por ejemplo, que las conductas de autoencubrimiento tratan de bloquear la incidencia de la norma de sanción. Sentado esto, una razón económico-utilitarista en favor de la imposición de una pena mayor en estos casos sería la siguiente: las conductas que favorecen la propia impunidad disminuyen la certeza de la sanción, lo que debe ser compensado con un incremento de la gravedad de esta para mantener intacta la ecuación preventiva. Por otro lado, desde una perspectiva simbólico-comunicativa podría esgrimirse un argumento adicional. En concreto, que las conductas que favorecen la propia impunidad afectan a la administración de justicia como bien de flanqueo, que a su vez resume la idea de protección contrafáctica de todos los bienes. Por lo tanto, vulneran de forma cualificada las normas. En efecto, no solo lesionan la norma de conducta del delito correspondiente, sino también la norma de conducta de los delitos contra la administración de justicia. Con todo, estos argumentos no son concluyentes. En efecto, la exención de pena del autoencubrimiento no niega nada de lo anterior, sino que se vincula con la inexigibilidad. Por lo tanto, es posible afirmar que el recurso a formas de autoencubrimiento agrava el injusto de la conducta del sujeto activo —por vulnerar las normas de conducta de los delitos contra la administración de justicia— y, simultáneamente, que este mayor injusto queda compensado por la inexigibilidad de abstenerse de ellas. De este modo, queda claro que no procede imponer un incremento de pena.

2.1.3. El riesgo de «consecuencias extratípicas»

Como se ha puesto de relieve, cabe que la conducta típicamente desapro- 47
bada contenga, a su vez, riesgos para otros bienes jurídicos distintos del protegido en el tipo realizado. Pues bien, si se afectan típicamente otros bienes penalmente protegidos, lo correcto es apreciar un concurso de delitos.[76] No obstante, también cabe que se afecte a bienes no protegidos penalmente, o a bienes penalmente protegidos, pero de modo no típico. Este problema se designa aludiendo a las «consecuencias extratípicas previsibles» *del hecho.*[77] Así, por ejemplo, el suicidio por vergüenza de la persona que es víctima de un delito contra la intimidad; o el terror de los niños que observan cómo su madre es asesinada; o, en fin, una situación de alarma social, de crisis o de enfrentamiento político. De todos modos, la consideración de las consecuencias extratípicas del hecho en la individualización de la pena resulta proble-

---

[76] La STS de 13 de noviembre de 1999 indicó que el sentimiento de culpabilidad y el estrés, así como los trastornos adaptativos de carácter depresivo angustioso —todo ello generado en la víctima del abuso sexual— ya se han tenido en cuenta en el propio delito, de modo que no cabe apreciar un concurso con el delito de lesiones.

[77] El parágrafo 46 del Código penal alemán las menciona explícitamente como criterio de individualización de la pena. Al respecto, *Frisch*, GA 1972, 321 ss.; *Puppe*, FS Spendel, 1992, 451 ss.; *Grosse-Wilde* (2017). Un concepto similar, en el ámbito angloamericano, es el de los «*remote harms of criminal conduct*», para cuya limitación un sector doctrinal requiere la concurrencia de «*proximate causation*».

mática. En la legislación española una referencia a la consideración de la dimensión extratípica de ciertos delitos es la que proporciona la agravante de ensañamiento. Es decir, el hecho de «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito» (art. 22.5.ª CP). Sin embargo, la causación deliberada de sufrimiento a otras personas, próximas a la víctima, no es subsumible en esa definición. Igualmente, los padecimientos «necesarios» para la ejecución del delito no permiten *per se* una agravación de la pena.

48 Más allá de lo señalado, la legislación española permitiría considerar las consecuencias extratípicas de la conducta típica en el marco de la cláusula general de individualización —mediante el criterio de la gravedad del hecho—, porque no existe ninguna otra circunstancia agravante legal que las contemple. Sin embargo, el problema trasciende a una mera consideración de legalidad. En efecto, resulta tentador servirse de la individualización de la pena para compensar mediante ella todos los efectos negativos *ex ante* previsibles de la conducta del autor. A este respecto, cabría pensar incluso en los perjuicios del proceso para la víctima (su victimización secundaria) e incluso para otras personas (testigos). Ahora bien, lo cierto es que tales circunstancias extratípicas no integran el injusto penalmente típico de la conducta del autor,[78] cuya concreción constituye el límite máximo de la pena imponible. Por lo tanto, los daños mencionados, en su caso, deberían compensarse mediante la responsabilidad civil derivada del delito, ya en su dimensión material, ya en la dimensión moral o de *pretium doloris*.

2.1.4. Los conocimientos, las intenciones, los motivos y móviles

2.1.4.1. El significado agravante de los motivos

49 Como se indicó en su lugar, la posición tradicional ha sostenido que la culpabilidad se ve agravada cuando el autor persigue fines reprochables, o su hecho expresa una actitud interna reprobable.[79] Sin embargo, ya se señaló también que ello solo es compatible con un concepto de culpabilidad basado en la actitud interna del sujeto u orientado a consideraciones de prevención general positiva. Si, en cambio, se acoge un concepto de culpabilidad basado en la capacidad del agente de autodeterminarse de modo conforme a Derecho, tales consideraciones no se integran en él.[80] Por el contrario, los motivos del sujeto, en tanto que trascendentes intersubjetivamente y operativos en un determinado contexto, sí pueden integrar el injusto intersubjetivo *ex ante*. Ahora bien, para ello es preciso que el juicio acerca del comportamiento desaprobado posea una dimensión significativa-comunicativa, como la que se sostiene

---

[78] *Hörnle* (1999), 200.

[79] Críticos, desde perspectivas distintas: *Frisch*, ZStW 99 (1987), 385 ss.; *el mismo*, GA 1989, 338 ss.; *Hörnle*, ADPCP 2001, 401 ss.

[80] *Frisch* (1998), 138-139, 141; *el mismo*, FS Müller-Dietz, 2001, 242.

en esta obra (*cfr. supra* capítulo 10/24).[81] Con base en esta, las intenciones, los conocimientos y los móviles que trascienden al exterior poseen virtualidad significativa y, por tanto, inciden en el sentido de la conducta externa realizada.

El art. 22.4.ª CP español se hace eco parcialmente de esta idea al considerar una agravante el hecho de cometer el delito por móviles discriminatorios.[82] En realidad, en esta materia existen en todas las legislaciones muy diversas agravaciones específicas —a propósito de concretas conductas típicas—. Sin embargo, el móvil discriminatorio no es el único desvalorado. En efecto, es mucho más tradicional la desaprobación cualificada de la conducta de quien actúa «por precio, promesa o recompensa» (art. 22.3.ª CP español). Con todo, el fundamento de una y otra no es distinto. En efecto, el que comete un delito contra las personas por precio está reduciendo los bienes intrínsecos del sujeto pasivo a la condición de mercancía, es decir, expresando su cosificación. Así, tal circunstancia agravante evoca el caso del sicario, del asesino a sueldo, cuya conducta expresa, en puridad, un concurso ideal de dos delitos. Con todo, esta evolución legislativa no está exenta de críticas desde posiciones sedicentemente liberales. Así, se ha apuntado que conduce a la promoción de valores o que se ingiere en el fuero interno.[83] Pues bien, a ello debe objetarse que el significado de las conductas no es interno y que su consideración no tiene nada de promocional. Con independencia del contexto político concreto en que se legisle en esta materia, se trata de la lesión del respeto debido al otro. **50**

2.1.4.2. La responsabilidad por los motivos agravantes

Con respecto a los motivos reprobables, es necesario distinguir si aparecen como motivos primarios o secundarios. En efecto, los motivos primarios —o de primer orden— reflejan impulsos o deseos elementales, que se manifiestan con gran velocidad. En cambio, los motivos secundarios —o de segundo orden— dan cuenta de un proceso, mayor o menor, de deliberación y racionalización. Así, los hechos pasionales o instintivos son expresión de motivos malos que se mueven en el ámbito primario. En estos casos, la velocidad de la incidencia del motivo puede atenuar la responsabilidad, con independencia de su contenido, salvo que se pueda sostener que el sujeto podía controlar su impulso. En cambio, si esa misma motivación negativa se mantiene en el nivel secundario, con independencia de cuál sea su intensidad, no es fácil sostener la atenuación de la pena. En efecto, en ese nivel secundario el motivo se ha racionalizado. **51**

A partir de lo anterior, pueden establecerse los términos de la responsabilidad de un sujeto por la dimensión significativa de su conducta que deriva de **52**

---

[81] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 249; *Silva Sánchez*, InDret 2/2007, 9, 11 ss.

[82] Sobre la ubicación sistemática de esta agravante en el injusto objetivo, en el injusto subjetivo o en la culpabilidad existen fuertes discrepancias doctrinales. Al respecto, *Díaz López* (2013), 356 ss.; *Bustos Rubio* (2020); *el mismo*, RECPC 23 (2021), 1 ss.

[83] *Peralta* (2012).

sus motivos o móviles. La atribución de responsabilidad requiere que el sujeto abarque tal dimensión significativa con el dolo y que esta, además, pueda atribuírsele en términos de culpabilidad. Ahora bien, esto último debe conducir a plantear el problema de la etiología de las emociones negativas y de si el sujeto tiene responsabilidad por ellas. En efecto, es posible que aquellas le fueran inculcadas durante la infancia, de modo que no haya conseguido superar su influencia, pese sus esfuerzos. Entonces, su incidencia podría considerarse un caso de debilidad de voluntad jurídica no provocada, lo que podría conducir a excluir o atenuar su responsabilidad por el motivo en cuestión.

53 Ciertamente, en el surgimiento del motivo del autor pueden haber influido el entorno familiar o social, la sociedad en general o el Estado.[84] Así, la crueldad experimentada en la infancia puede provocar que determinados motivos se mantengan durante la vida adulta. Igualmente, la pobreza prolongada, u otras circunstancias de exclusión social tienen efectos similares en la formación de motivaciones asociales. Pues bien, en casos de esta naturaleza, el motivo no puede ser tenido en cuenta. En fin, el motivo negativo rector de la conducta del sujeto activo puede ser imputable a la conducta del sujeto pasivo. Así, por ejemplo, su afán de venganza o de retorsión puede deberse a una conducta previa del sujeto pasivo. Un caso muy concreto es el de la provocación, que puede manifestarse incluso en una agresión, que sin embargo haya dejado de ser actual y no pueda dar lugar a legítima defensa. Esto significa que, si su consideración ha influido en el marco punitivo, es preciso apreciar una atenuación. En cambio, en las demás ocasiones cabrá hacer responsable al agente por el contenido del motivo, dado que podría haber evitado el surgimiento o consolidación de este en su esquema motivacional. En tal caso, el título de responsabilidad es la infracción de una «incumbencia de mejora actitudinal» (*cfr. supra* capítulo 8/165).

2.1.5. La infracción de deberes

2.1.5.1. La infracción de deberes por parte del sujeto activo

54 La medida de la infracción de un deber —aparentemente, binaria y formal— es graduable. Así, los deberes que infringe el sujeto que realiza la conducta típica constituyen un criterio de cuantificación del injusto. Ello se advierte en la proliferación, a lo largo de cualquier código penal, de tipos cualificados asentados sobre la concurrencia en el sujeto activo de la cualidad de funcionario público, educador, médico, etcétera. Todos ellos dan cuenta de la realización del tipo básico por parte de quien se halla vinculado por el sujeto pasivo del delito en virtud de un título jurídico especial. Por su parte, tales deberes especiales expresan muy diversos grados de intensidad de vinculación. En efecto, tales deberes pueden derivar de actos de organización del sujeto; sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones se trata de deberes institucionales más o

[84] *Kelker* (2007), 501 ss.

menos intensos, que dan lugar a la adquisición de la condición de *intraneus* en una determinada relación especial.

La infracción de deberes especiales permite identificar cuál es la razón de 55
la agravación de determinadas circunstancias agravantes legales genéricas. Así, los «abusos de superioridad»[85] pueden reconducirse con cierta facilidad a la infracción de deberes especiales —de imparcialidad, de fidelidad— que afectan al sujeto activo del delito. Ahora bien, no todas las instituciones son igual de importantes, de modo que cada una de ellas conforma vínculos de intensidad diversa.[86] Además, dentro de una misma institución se dan también distintos grados de vinculación. En todo caso, la ostentación de deberes especiales solo agrava fundadamente cuando el delito se comete en el contexto institucional y guarda relación con la lógica de la institución. Por lo tanto, si se deja esto al margen, la preeminencia social del sujeto, o la vulneración de deberes extrapenales, no debe implicar *per se* una agravación de la pena en el marco general de la valoración de la gravedad del hecho y de las circunstancias especiales del delincuente.

2.1.5.2. El caso del parentesco

La concurrencia de un vínculo familiar —o de afectividad análoga a la 56
familiar— da lugar a diversos efectos en el sistema de la teoría del delito.[87] Así, en el ámbito del injusto de la conducta produce en general un efecto de agravación. En cambio, en determinados delitos lo producido es un efecto de disminución de la culpabilidad o de exculpación por inexigibilidad. En fin, en ciertos delitos patrimoniales produce una exclusión de la punibilidad. En este último ámbito incluso genera efectos sobre la perseguibilidad, que se concretan en bloquear la posibilidad de ejercer la acción penal como acusador particular.[88] Pues bien, la referencia legal a una denominada «circunstancia mixta» de parentesco pone de relieve esta plural incidencia en lo que hace a la individualización judicial de la pena. Así, el art. 23 CP español señala que «es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

La concurrencia de parentesco, aunque no vaya acompañado de convivencia, y salvo en casos de ruptura radical y manifiesta de la relación de afectividad, posee una clara dimensión agravante del injusto de la conducta del autor. Ello no se debe, sin más, a la importancia de la institución familiar, que subsiste 57

---

[85] Así, el art. 22.7.ª CP español: «Prevalerse del carácter público que tenga el culpable».

[86] *Robles Planas*, InDret 4/2013, 9-10.

[87] *Íñigo Corroza*, InDret 4/2011, 1 ss.

[88] Así, el art. 103 LECrim.

aun en casos de cese de la afectividad. Por el contrario, deriva ante todo de la especial confianza existente en tales casos y de la consiguiente disminución de la adopción de medidas de autoprotección. A su vez, la especial solidaridad y el afecto propios de la relación de parentesco pueden dar lugar a la disminución de la culpabilidad penal —la exigibilidad— en delitos cometidos a favor de un pariente y en contra de terceros.[89] En este punto, tampoco es preciso acreditar que la actuación conforme a Derecho le generaba al sujeto serias dificultades emocionales, sino que este elemento se construye como una presunción *iuris et de iure*.[90] Con todo, es preciso rehuir el tópico de que el parentesco agrava siempre en los delitos contra bienes personales y atenúa siempre en los delitos contra bienes no personales. En efecto, en la medida en que la convivencia relativiza ciertos aspectos de la esfera individual de libertad o intimidad, cabe que en la comisión entre parientes de delitos de esa naturaleza se dé la base de una atenuación. Viceversa, en determinados contextos patrimoniales, la relación de parentesco también puede producir un efecto agravatorio.

2.1.5.3. La reincidencia

2.1.5.3.1. Generalidades

58 Como tantas otras legislaciones, el art. 22.8.ª CP español atribuye un efecto agravante al hecho de que el sujeto activo del delito «sea reincidente». A continuación, define el estatus de reincidencia, asociándolo al hecho de que, «al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza».[91] Pues bien, sobre el fundamento de la agravación de la pena por reincidencia existe una larga e intensa discusión. En concreto, las tres posiciones más extendidas señalan que se basa (i) en una mayor peligrosidad del agente de modo que muestra mayor necesidad preventivo-especial de pena;[92] (ii) en su mayor culpabilidad;[93] o, en fin (iii), en el mayor contenido de injusto expresivo-simbólico de la conducta.[94] Por su parte, otras propuestas son

---

[89] Así, en el Derecho histórico español, la atenuante del art. 9.6.ª del CP 1973: «La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados». *O la del art. 392 del mismo CP 1973*, relativo al soborno en causa criminal, en favor del reo pariente.

[90] Crítico, optando por una atención al caso concreto, *Quintero Olivares*, LH Díez Ripollés, 2023, 964.

[91] Añade que a los efectos de este número «no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves». Y, en fin, que «las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español».

[92] *Choclán Montalvo* (1997), 196.

[93] Crítico *Haffke* (1991), 186 ss., subrayando los problemas empíricos de esta opción y planteando que aquí, en realidad, tiene lugar una solución de tipo adscriptivo.

[94] Entendiendo que este es el fundamento de la reincidencia de *lege lata*, pero crítico con el mantenimiento de esta, *Mir Puig*, ADPCP 1993, 1145.

de signo preventivo-general o integran varios fundamentos.[95] En realidad, la disyuntiva fundamental es si la reincidencia expresa un mayor injusto culpable de la conducta o da cuenta de una mayor peligrosidad del sujeto. En efecto, ello plantea la cuestión decisiva de cómo ha de reaccionarse frente a aquella, si con un incremento de pena o, por el contrario, con una medida de seguridad que, para ser legítima, tendría que ser proporcionada. En el contexto de casos especialmente graves de reincidencia, las leyes norteamericanas de «a la tercera va la vencida»[96] son un ejemplo de lo primero; por su parte, las leyes de ese mismo país contra los «depredadores sexuales» son el ejemplo de lo segundo.

2.1.5.3.2. El incremento del contenido de injusto

En España, la agravante de reincidencia estuvo rodeada hace décadas de un **59**
importante debate doctrinal y jurisprudencial. Así, un sector de la doctrina sostuvo su inconstitucionalidad de modo general.[97] En cambio, otro punto de vista reducía la inconstitucionalidad a aquellas sentencias en las que, tras constatar la concurrencia de sus presupuestos formales, se aplicaba automáticamente su efecto agravante.[98] Por lo tanto, sostenía la necesidad de proceder a una interpretación conforme a la Constitución, orientada al principio de proporcionalidad. Como se advierte, este debate versaba sobre el fundamento de una agravación razonable de la pena por reincidencia. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró la regulación de la agravante conforme a la Constitución. Sin embargo, exigió que su aplicación no condujera a la imposición de una pena superior a la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho concreto.[99]

Durante décadas, la doctrina dominante ha sostenido una concepción **60**
retributiva de la agravante, con base en entender que expresa una mayor culpabilidad del sujeto. En ello se basaba la denominada «fórmula de la advertencia», que alude a que el reincidente desoye la advertencia contenida en la primera condena.[100] Sin embargo, ello solo puede sostenerse coherentemente si la culpabilidad se entiende centrada en la actitud interna. A diferencia de tal construcción, en esta obra se entiende que la exteriorización de una actitud interna contraria al Derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal-comunicativo.[101] Como tal, afecta al significado intersubjetivo de la conducta, y debe ser relevante ya para la tipicidad de esta, en su dimensión de juicio sobre su significado.[102] Pues bien, en este contexto

---

[95] Con pretensión restrictiva de la aplicación de la agravante, *Alcócer Povis* (2018).

[96] *«Three strikes and you're out»: Castiñeira/Ragués*, RDPC 14 (2004), 59 ss.

[97] *Zugaldía Espinar*, PJ 13 (1989), 85 ss.; STS de 6 de abril de 1990.

[98] *Mir Puig*, ADPCP 1993, 1148 ss.; *Choclán Montalvo* (1997), 198.

[99] STC 150/1991, de 4 de julio.

[100] Crítica, *Marín de Espinosa* (1999), 176 ss.

[101] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 249.

[102] *Frisch*, ZStW 99 (1987), 385 ss.; *el mismo*, GA 1989, 338 ss.; *el mismo*, FS Müller-Dietz, 2001, 242. *Frisch* (1998), 138-139, 141.

la fundamentación más plausible de la reincidencia es la de que agrava el injusto del hecho.[103]

61 A partir de ello, cabe sostener que la agravación de la pena se basa en que expresa un mayor desprecio por los bienes jurídicos y una mayor rebeldía frente a la norma. En efecto, es posible afirmar que el hecho del reincidente no niega solo la norma de conducta, sino también la sentencia previa —en la que se ha concretado la aplicación de la norma de sanción—. Expresado en términos hegelianos, su conducta implica, por un lado, una «negación» y, por otro, una «negación de la negación de la negación». Sin embargo, desde una perspectiva de teoría de las normas, no está claro qué norma adicional a la que subyace a la descripción del segundo delito cometido es la que infringe el reincidente. Por ello, cabe objetar que el castigo de la reincidencia constituye un *bis in idem*.[104] En realidad, más bien parece que, junto a la vulneración de la norma de conducta del segundo delito, lo que se le atribuye al reincidente es la infracción de una incumbencia cualificada —establecida al imponer la primera condena— de no colocarse nuevamente en situación de delinquir.[105] Si se aceptara esto, la idea subyacente sería que el condenado se encuentra en una especie de «relación de sujeción especial» con el Estado, de modo que infringe adicionalmente un deber derivado de tal relación. Sin embargo, ello contradice la idea central de que el cumplimiento de la condena devuelve al reo a su situación primigenia.

2.1.5.3.3. La posible disminución de la culpabilidad

62 Aunque se aceptase la construcción de la reincidencia como agravante del injusto, ello no impediría observar que aquella puede manifestar asimismo una menor culpabilidad del agente.[106] En efecto, desde la perspectiva de una culpabilidad de la actitud interna, cabría pensar que en algunos casos la reincidencia dé lugar a una mayor culpabilidad. En cambio, desde el punto de vista acogido aquí —la capacidad de comportarse conforme a las razones de la norma— cabe sostener precisamente lo contrario: que la culpabilidad en casos de reincidencia es menor que en términos generales. Ello se debe a que en la reincidencia se manifiesta una forma especial de debilidad de la voluntad ante la tentación delictiva —algo análogo a lo que sucede en las adicciones—, que pone de relieve los efectos criminógenos del castigo.[107]

63 Sin embargo, en este punto es necesario sentar una distinción. En efecto, por un lado, cabe que el sujeto reincidente pueda ser reputado responsable —por

---

[103] *Mir Puig* (1974), 528: mayor «significación objetiva», «mayor desprecio por el bien jurídico», pero en términos críticos. También críticos, desde perspectivas retributivas, *Fletcher* (1978), 462 ss.; *Moore* (1993), 309-310; *Duff* (2001), 168.

[104] *Marín de Espinosa* (1999), 178; *Palermo* (2016), 158.

[105] Así, aunque argumentando con la responsabilidad por omisión y por complicidad, así como con una cierta analogía con la *actio libera in causa*, *Lee*, Texas L. R. 87 (2009), 608 ss. Crítico, *Palermo* (2016), 151 ss., 172.

[106] Ya *Mir Puig* (1974), 543.

[107] Próximo, *Palermo* (2016), 156 ss., 169 ss.

provocación activa o no evitación— de ese proceso de progresiva disminución de la culpabilidad. En realidad, es aquí donde debe situarse la anterior referencia a la infracción de incumbencias. Desde luego, no como fundamento de un mayor injusto, sino como factor de bloqueo de la disminución de la culpabilidad que resultaría procedente en estos casos. Como se advierte, ello no puede fundar la imposición de una pena superior a la delimitada por el injusto culpable, sino en su caso impedir la rebaja de pena derivada de la mayor dificultad de atender a las razones de la norma. Ahora bien, por otro lado, cabe que el condenado no sea responsable de esa mayor debilidad de voluntad que experimenta en la conducta posterior. En efecto, es posible que aquella le sea imputable —en todo o en parte—al Estado o a terceros. Lo primero tiene lugar, por ejemplo, cuando el ordenamiento estatal dispone formas de exclusión jurídica posteriores a la pena que imposibilitan o, al menos, dificultan radicalmente la reinserción.[108] El caso paradigmático es el de los déficits del sistema penitenciario, así como el de las consecuencias colaterales del castigo. Lo segundo tiene que ver con las situaciones de exclusión social informal que experimentan los penados. Pues bien, así las cosas, la agravación de la pena por reincidencia va perdiendo fundamento.

2.1.5.3.4. La agravante de reincidencia como una forma irregular de gestión de la peligrosidad

64 Quienes afirman que el fundamento de la reincidencia es la peligrosidad del delincuente tienen que asumir que no puede dar lugar a una agravante de la pena, sino únicamente, en su caso, a la imposición de una medida de seguridad.[109] Sin embargo, la reiteración delictiva e incluso la habitualidad en delitos de menor gravedad —por ejemplo, todos los patrimoniales— no permiten la imposición de una medida privativa de libertad de modo adicional a la pena. En efecto, tal cosa lesionaría gravemente el principio de proporcionalidad. En este contexto, el incremento de pena en los casos de reincidencia aparece, más bien, como la expresión enmascarada de una pretensión asegurativa. Es decir, constituye un modo de gestionar la peligrosidad del autor, pero no atendiendo a criterios clínicos, sino estrictamente estadísticos o gerenciales. Sin embargo, es obvio que ello no produce ningún efecto asegurativo relevante, sino uno exclusivamente aflictivo. En definitiva, el incremento de pena por reincidencia plantea serios problemas de fundamentación.[110]

2.2. La cuantificación del título de imputación subjetiva

65 Como se indicó, las tres «clases» de dolo que distingue la doctrina dominante no son tales, sino que pueden ser objeto de combinación entre sí. Por un lado,

---

[108] Así, *Lee*, Texas L. R. 87 (2009), 618 ss.

[109] *Robinson*, J. C. L. & Cr 83 (1993), 693 ss.

[110] *Teixeira* (2015), 151 ss., 171.

se mueven en planos distintos, a saber, el intencional o desiderativo y el cognitivo; por otro, las que se mueven en el plano cognitivo muestran una diferencia cuantitativa entre sí (*cfr. supra* capítulo 12/21).[111] Sentado esto, en un caso concreto cabe que se dé una de las siguientes combinaciones del factor intencional —relevante para el significado intersubjetivo de la conducta— y el cognitivo —determinante de la imputación subjetiva—: (i) intención y conocimiento seguro; (ii) intención y conocimiento probable; (iii) tan solo conocimiento seguro; (iv) únicamente conocimiento probable; (v) intención y representación del significado lesivo de la conducta como posible o incluso como improbable; (vi) solo representación como posible; y (vii) ausencia de representación.[112] En este marco, los casos intermedios —cuya diversidad fenomenológica puede reconducirse mediante consideraciones tipológicas—[113] deben ser integrados en un sistema comparativo. Con todo, ello no oculta que el tránsito del sistema comparativo al estrictamente cuantitativo constituye una dificultad adicional.[114] Para ello es preciso recurrir a consideraciones de proporcionalidad ordinal.

66 Como se ha indicado, las agravantes de naturaleza objetiva —integrantes de tipos cualificados o circunstancias genéricas— solo pueden incidir sobre la medida de pena de aquellos intervinientes que conozcan su concurrencia. Pues bien, tal principio debe regir también para los criterios innominados de agravación que, siguiendo la regla legal de la «mayor gravedad del hecho» (art. 66.1.6.ª CP), aplican los Tribunales en su labor de individualización de la pena dentro del marco que la ley establece en cada caso. Expresado de otro modo, no puede entenderse que dichos criterios son estrictamente objetivos. Esto último supondría admitir que hay elementos agravantes que se sustraen a la imputación subjetiva, lo que implicaría una vulneración del principio de culpabilidad en la determinación de la pena.[115]

2.3. La cuantificación de la imputación objetiva del resultado

2.3.1. La medida efectiva de la lesión ex post[116]

67 Los dos factores relevantes en cuanto a la determinación de la pena en el contexto de la imputación objetiva del resultado son la medida efectiva del desvalor de este último, así como la densidad de la relación de imputación objetiva (*cfr. supra* capítulo 14/113). En cuanto a lo primero, este es uno de los puntos en los que se pone de relieve la utilidad de la doctrina del bien jurídico para la aplicación judicial del Derecho. Así, la mayor o menor medida de la lesión —o efectiva

---

[111] Distinta, *Hörnle* (1999), 263.

[112] *Spendel*, FS Lackner, 1987, 174; *Molina Fernández*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 691 ss. A los efectos de la cuantificación de la imprudencia, *cfr. supra* capítulo 13/48.

[113] *Schünemann* (2002), 97 ss.

[114] *Hörnle* (1999), 361 ss.

[115] En contra, *Simons*, OJLS 32 (2012), 445 ss.

[116] El injusto del resultado no puede contemplarse estáticamente, sino que se prolonga en el tiempo y se ve afectado por hechos y comportamientos postconsumativos. *Hörnle* (1999), 297 ss.

puesta en peligro— del bien jurídico es un factor cuantitativo determinante de la individualización de la pena. En efecto, si la concurrencia de una lesión insignificante debe dar lugar a la exclusión de la tipicidad punible del hecho, lesiones menos significativas pueden dar lugar a una atenuación de la pena.

2.3.2. La debilidad del nexo de imputación objetiva

Por su parte, la debilidad del nexo de imputación objetiva se advierte en supuestos diversos. Así, en primer lugar, en los casos de autoría paralela, aunque en ellos, en realidad, se debe a que la medida de riesgo aportada por separado por cada interviniente separado no da cuenta de la totalidad del resultado. En efecto, las penas del coautor y del autor paralelo no pueden ser la misma, pues el coautor responde tanto por su aportación como por la de los demás, que se agrupan en una unidad de sentido; en cambio, tal unidad de sentido no se da en la autoría paralela.[117] A este respecto, los supuestos de concurrencia de «culpas» o de «riesgos» deben verse como casos de autoría paralela imprudente. Entre ellos se encuentran asimismo los de intervención autorresponsable de la víctima, que conllevan una atenuación de la pena del agente. Ciertamente, este punto de partida implica admitir que es posible que la intervención autorresponsable de la víctima no obste a la imputación de responsabilidad al sujeto. Así pues, cabe que el sujeto y la víctima autorresponsable sean autores paralelos. Por lo demás, existe la posibilidad de determinar diferentes grados de autorresponsabilidad en la víctima, lo que debe tener relevancia en la determinación de la pena (*cfr. supra* capítulo 14/147).[118] **68**

En segundo lugar, el nexo de imputación objetiva *stricto sensu* es, asimismo, débil en los casos en los que *ex post* se determina que la relación entre la conducta y el resultado es solo de naturaleza probabilística o que dicha conducta simplemente ha incrementado el riesgo o ha disminuido las posibilidades de salvación para el bien jurídico. Igualmente, cuando el resultado se produce en forma no-inmediata. En fin, en el caso de cursos causales hipotéticos. Ciertamente, la doctrina mayoritaria rechaza que los cursos causales hipotéticos —es decir, el hecho de que el resultado se habría producido, aunque el agente no hubiera realizado su conducta— tengan relevancia excluyente de la tipicidad de esta (*cfr. supra* capítulo 14/80). Sin embargo, un sector admite la relevancia atenuante de estas situaciones en las que el sujeto lesiona un bien jurídico, pero si no hubiera actuado tal lesión habría sido mucho mayor.[119] En la legislación española todas estas consideraciones deben tener lugar en el marco **69**

---

[117] La ausencia de unidad de sentido propia de la autoría paralela se da también en las interacciones de una persona con la naturaleza, en las que aquella solo incrementa el riesgo, sin poderlo neutralizar (*cfr. supra* capítulo 16/5).

[118] *H.-L. Günther*, FS Lenckner, 1998, 76.

[119] *Engisch* (1931), 18 n.1; *Arth. Kaufmann*, FS E. Schmidt, 1961, 225-226; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/90 ss.; *Spendel* (2004), 185 ss., a propósito del caso de los médicos psiquiatras durante el nacionalsocialismo; *el mismo* (2004), 191 ss.

de la atenuante analógica, entendida como cláusula de analogía *institutionis*; alternativamente, en el marco de la cláusula general de individualización de la pena —como criterio de menor gravedad del hecho—.

3. LA CUANTIFICACIÓN EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

3.1. Planteamiento general

70 Una conducta únicamente puede ser jurídica —conforme a Derecho— o antijurídica —contraria a Derecho—. Así pues, en esa determinación es obligado aplicar un código binario, lo que procede igualmente en relación con las conductas que ya se han calificado como penalmente típicas: o son conformes, o bien contrarias a Derecho. Sin embargo, una vez sentado que la conducta es antijurídica, su específico contenido de injusto es susceptible de graduación.[120] En efecto, la doctrina del carácter graduable del injusto —igual que del contenido de culpabilidad de un hecho— es compartida de modo general.[121] Ahora bien, lo anterior no puede conducir a ignorar que el tratamiento de la conducta antijurídica, aunque en ella concurran muchas razones para la rebaja sustancial de la pena, y el de la conducta justificada son radicalmente distintos. En efecto, más allá de la diferencia gradual de pena entre ambas, el pensamiento sistemático obliga a establecer una diferencia radical entre ellas. Esta se expresa en la posibilidad de reaccionar contra la conducta antijurídica, aun con menor contenido de injusto, mediante el ejercicio de derechos de defensa, así como el deber de las autoridades de impedirla. En definitiva, no existe una «justificación incompleta», puesto que la conducta en la que se dan algunos de los elementos de una causa de justificación claramente está «no-justificada», aunque se atenúe la pena imponible.[122]

3.2. Las denominadas «eximentes incompletas»

71 Las denominadas «eximentes incompletas» dan cuenta de situaciones en las que la exención de pena es parcial.[123] Sin embargo, como se ha indicado lo cierto es que la expresión de justificación parcial —o incompleta— resulta impropia, porque una justificación incompleta no es justificación, igual que una eximente incompleta por inimputabilidad parcial no describe un caso de inimputabilidad. Lo único que cabe admitir es que tales expresiones pretenden significar dos cosas. En primer lugar, que entre la conducta típica justificada y la menos grave de las conductas típicas antijurídicas, existe un *continuum* que pone de relieve una diferencia valorativa mínima. En segundo lugar, que

---

[120] Ya *Kern*, ZStW 64 (1952), 287.

[121] *Kern*, ZStW 64 (1952), 255 ss.; *Noll*, ZStW 68 (1956), 55 ss.

[122] *Eldar/Laist*, LTh 20 (2014), 157 ss.

[123] *Córdoba Roda* (1966); *Diamanti* (2019). Son correspondientes a las que, en el ámbito angloamericano, se denominan «*partial defenses*»: *Husak*, Canadian J. L. J. 11 (1998), 167 ss.; *Brink*, FS Alexander, 2019, 39 ss.

dentro del ámbito de las conductas no justificadas existen diferencias notables de gravedad. Lo mismo puede apreciarse *mutatis mutandis* en el ámbito de la inimputabilidad. Ahora bien, el primer problema apuntado no puede abordarse correctamente mediante la graduación que permiten las eximentes incompletas de la legislación española. En efecto, estas, para poder valorar plenamente el caso límite, deberían comprender atenuaciones de la pena hasta el límite de la impunidad. Sin embargo, solo permiten una rebaja máxima de aquella en dos grados (art. 68 CP). Así pues, en delitos graves, ello impide valorar el contenido mínimo de injusto del hecho en los casos límite, lo que hace necesaria una reforma legal. En cambio, el segundo problema sí puede ser abordado razonablemente mediante las eximentes incompletas, aquí en su dimensión de cláusulas de determinación de la pena de conductas en las que falta alguno de los elementos de las causas de justificación.[124] El texto legal del art. 21.1.ª CP español las considera aplicables cuando no concurren todos los requisitos de la eximente respectiva. Sin embargo, la jurisprudencia limita su aplicación a casos en los que se hallen ausentes los requisitos inesenciales o accidentales, mientras que en aquellos supuestos en los que falten los requisitos esenciales reputa inaplicable tanto la eximente completa como la incompleta.

Todo lo anterior constituye el fundamento conceptual de la existencia de **72** eximentes incompletas y atenuantes relativas al respectivo nivel sistemático. En términos prácticos, ello significa que las conductas antijurídicas comprenden un conjunto que abarca desde el límite con la plena licitud —la exención completa— hasta el límite con la antijuridicidad plena —plena responsabilidad conforme al marco de la pena típica—. En ese amplio espacio se mueven, como se ha adelantado, diversas figuras legales. Así: (i) las eximentes incompletas (art. 21. 1.ª en relación con las eximentes del art. 20 y el art. 68 CP español)[125] y también las atenuantes muy cualificadas, entre las que merece mención especial la atenuante analógica muy cualificada; (ii) las atenuantes simples, entre las que se cuenta la atenuante analógica (art. 21.2.ª a 7.ª CP); y (iii) los criterios innominados de determinación de la pena conforme a la noción general de la «gravedad del hecho» (art. 66 CP).

V. LA CUANTIFICACIÓN DE LA CULPABILIDAD

1. GENERALIDADES

La responsabilidad moral es caracterizada como una propiedad escalar, que **73** admite diversos grados.[126] Pues bien, lo mismo sucede con la culpabilidad jurí-

---

[124] *Córdoba Roda* (1966); *Valle Muñiz*, ADPCP 1992, 561 ss.; *Schiaffo* (1998); *Diamanti* (2019).

[125] El texto del art. 68 CP dispone: «En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código».

[126] *Coates/ Swenson*, Philosophical Studies 165 (2013), 629 ss.

dico-penal.[127] Así, del mismo modo que existen eximentes incompletas relativas a las causas de justificación, cabe asimismo apreciar eximentes incompletas en relación con la exclusión de la culpabilidad o con la exculpación. Estas son las que abordan situaciones de imputabilidad disminuida e igualmente de miedo insuperable incompleto. En definitiva, las eximentes incompletas son circunstancias atenuantes muy cualificadas que se construyen sobre la base de las eximentes.

2. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

2.1. Generalidades

74 La legislación española afronta la concurrencia de una imputabilidad disminuida en el sujeto por dos vías. Por un lado, a través de la eximente incompleta del art. 21.1.ª CP en relación con las eximentes de los arts. 20.1.°, 20.2.° y 20.3.° CP. Por otro lado, a través de las atenuantes específicas de la grave adicción a drogas (art. 21.2.ª CP) y de los estados pasionales (art. 21.3.ª CP). Ciertamente, estas últimas pueden llegar a apreciarse como muy cualificadas, dando lugar a la rebaja de pena en uno o dos grados (art. 66 CP). Por lo demás, una tercera posibilidad es la de apreciar la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de imputabilidad disminuida, que rebaja la pena como máximo en dos grados con respecto al marco penal típico (art. 21.7.ª en relación con art. 21. 1.ª CP español). Esta atenuante debe entrar en juego, en particular, para disminuir la responsabilidad del sujeto provocado cuando este reacciona frente al provocador, en la medida en que tal situación no sea subsumible directamente en el art. 21.3.ª CP. Igualmente, en aquellos casos de graves adicciones que, por no referirse a sustancias, no son directamente subsumibles en el art. 21.2.ª CP. Más allá de esto, solo es posible recurrir a la cláusula general de determinación de la pena del art. 66.1.6.ª CP.

2.2. La grave adicción al consumo de drogas o a determinadas prácticas conductuales

2.2.1. El juicio descriptivo

75 El estado de adicción designa una situación de dependencia del consumo de ciertas sustancias —o bien de la realización de ciertas conductas— que producen determinados fenómenos mentales o neurológicos. En efecto, las sustancias que generan tal dependencia son el alcohol o cualesquiera otras drogas. Por su parte, las conductas generadoras de dependencia pueden ser la ingesta de comida, la participación en juegos de azar, la realización o visión de determinados actos sexuales, etcétera. El estado de dependencia describe una enfermedad crónica recidivante, que va produciendo alteraciones en los

[127] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 240.

mecanismos neurobiológicos de la función cerebral. En virtud de ello, da lugar a una búsqueda compulsiva del consumo de la sustancia o de la realización de la conducta de que se trate y, debido a ello, en su caso, del dinero necesario para su obtención. De este modo, cabe afirmar que la mera adicción ya constituye una alteración volitiva en sí, pues debilita cualquier posible decisión alternativa a la de buscar la satisfacción.

2.2.2. La regla adscriptiva

2.2.2.1. Planteamiento

Existen dos formas de ver la realización de conductas negativas por parte de sujetos adictos: la perspectiva del déficit de voluntad; y la del déficit cognitivo (el autoengaño). Así, es común afirmar que la persona adicta muestra debilidad de voluntad, esto es, que adolece de la disminución de sus facultades de autocontrol. Esto significa que tiene serias dificultades para realizar aquella conducta que se corresponde con su mejor juicio. Ahora bien, alternativamente se ha sostenido que tal sujeto opta a sabiendas por la satisfacción de su adicción —y, de modo previo, por realizar las conductas delictivas que la hacen posible—. Lo que sucede es que la recompensa derivada de la realización de la conducta o del consumo de la sustancia a la que se es adicto es una razón tan poderosa que, en su deliberación, prevalece sobre cualquier razón opuesta.[128] En realidad, quien entienda que lo racional es realizar los propios deseos momentáneos, podría llegar a ver en tales casos un acto de libertad como otro cualquiera.[129] Sin embargo, ello no considera la propia racionalidad diacrónica. En efecto, el agente sabe que tarde o temprano sufrirá un perjuicio que él mismo considera superior al beneficio que le reportó la actuación derivada de la adicción. **76**

2.2.2.2. La legislación española

Tanto en la legislación española como en la comparada la situación de adicción no da lugar a la adscripción de inimputabilidad, sino a la de una imputabilidad disminuida, siempre que muestre gravedad. Así, el art. 21.2.ª CP español establece la atenuación de responsabilidad de quien cometiera el hecho «a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior». A propósito de esta, la jurisprudencia exige algo más que la mera constancia de una formal adicción. En concreto, a partir de la constatación de la base empírica —por ejemplo, una drogadicción grave—, es preciso establecer una conexión causal o motivacional con la comisión del delito. Si la conexión es causal, la atenuante debe ser puesta en relación con la eximente de intoxicación. En cambio, si se trata de una conexión motivacional, **77**

[128] *Yaffe* (2013), 190 ss.

[129] *Searle* (2000), 235 ss., 249; *Nida-Rümelin* (2016), 237.

la relación debe establecerse con el síndrome de abstinencia. En cambio, la atenuación de la pena no requiere constatar ningún efecto psicológico-normativo determinado, aunque en buena lógica debe requerirse una dificultad de autodeterminación conforme a las razones del Derecho. En cuanto a las adicciones conductuales, en la *lex lata* estas deben canalizarse a través de una analogía *in bonam partem* subsumible en el art. 21.7.ª CP. La jurisprudencia la aplica como atenuante simple o, en pocas ocasiones, como muy cualificada.[130] Por lo demás, el hecho de hacerse adicto, es decir, de realizar reiteradamente conductas que, con el paso del tiempo, generan una adicción, debe reputarse infractor de una incumbencia. En efecto, incluso en el caso de que se pueda afirmar que existe un derecho —en el sentido de libertad— al consumo de drogas, no hay un derecho a «hacerse adicto» *a estas.* En el caso de que esto pudiera ser probado, debería incidir en una disminución de la atenuación.

2.3. El arrebato, la obcecación y otros estados pasionales

78 La atenuante de arrebato —déficit volitivo—, obcecación —déficit cognitivo— u otros estados pasionales «de entidad semejante» *considera asimismo una diminución de la imputabilidad del sujeto. Así pues, se relaciona, en términos de gradualidad, con el trastorno mental transitorio, en su dimensión de eximente completa e incompleta. Ello obliga a considerar la relación en la que se hallan aquí, al igual que en la eximente, la dimensión empírico-descriptiva y la normativo-adscriptiva. Pues bien, como se indicó, tan pronto como se abandona el ámbito de la absoluta incapacidad de conocer el Derecho y de actuar conforme a dicha comprensión, el juicio sobre la mayor o menor dificultad de orientarse por las razones jurídicas incorpora asimismo consideraciones de exigibilidad. En concreto,* tal juicio versa sobre la medida de la imputabilidad punible. Así pues, en él entran en juego, por un lado, criterios de equidad para con el sujeto; pero también otros de prevención general positiva.

79 En el juicio relativo a la aplicación de la atenuante, no solo entran en juego factores psíquicos, sino también normativos. Así, deben tomarse en consideración: (i) la intensidad de la emoción del sujeto; (ii) su imputación al propio sujeto o a terceros; y (iii) la valoración del sustrato de la emoción como más o menos conforme con las representaciones sociales. Lo primero se recoge en el propio tenor literal de la atenuante, que requiere la concurrencia de «causas o estímulos tan poderosos» que puedan explicar el estado pasional. Ahora bien, junto a ello deben considerarse los otros dos factores, no previstos explícitamente en la ley y que corresponden a una reducción teleológica de la relevancia de los estados pasionales. En efecto, por un lado, es preciso considerar si la reacción pasional le es atribuible al sujeto activo o, por el contrario, al sujeto pasivo. Por otro lado, la causa o estímulo que subyace al estado pasional

---

[130] *de la Cuesta Arzamendi*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1299, subrayando la necesidad de una reforma legal en este punto; STS 78/2017, de 9 de febrero, entre otras muchas; crítico, *Correcher Mira*, RECPC 22 (2020), 1 ss.

correspondiente puede ser valorada de modo positivo, neutro o negativo.[131] Esto es lo que determina que, dado un estado pasional de intensidad determinada, no se valore igual si su origen es el miedo o la empatía, la compasión o el odio, el resentimiento o los celos,[132] la ira o la lujuria. Así, con respecto a determinados estados pasionales se le exige al sujeto que los supere, mientras que a otros se les concede un efecto de atenuación.

2.4. Los motivos atenuantes

2.4.1. Generalidades

80 Cabe que los motivos del agente al realizar el hecho agraven su injusto —así, por ejemplo, lo hacen el odio o la venganza—. Ahora bien, asimismo es posible que atenúen el propio injusto o la culpabilidad.[133] Este es el caso de la atenuante —tradicional en España— de la motivación «moral, altruista o patriótica» del sujeto, derogada en 1983.[134] Como se indicaba antes, la actuación por motivos buenos —compasión, altruismo, patriotismo— puede afrontarse desde dos perspectivas. Por un lado, teniendo en cuenta su contenido; por el otro, considerando su intensidad. Pues bien, la tendencia doctrinal es no tomar en consideración únicamente la intensidad del motivo, sino también el valor ético-social del motivo en sí —en términos consecuencialistas o deontológicos—. Sentado esto, cabe también que ciertos motivos del autor, agravantes del injusto de su conducta, resulten comprensibles o, por determinados defectos de personalidad, sean menos evitables para aquel que para otras personas. En tal caso, el incremento del injusto puede verse rebajado o incluso compensado en el ámbito de la culpabilidad.[135]

81 Un supuesto particular de atenuación puede venir dado por los motivos culturales.[136] Estos no comprenden solo los casos de minorías indígenas, sino también los de pertenencia a subculturas de la marginación, en las que rigen motivos distintos a los aceptados en la cultura mayoritaria.[137] De todos modos, al igual que sucede en los casos de conciencia divergente, el eventual efecto atenuante no puede ser aceptado en el caso de los delitos *mala in se* nucleares.

---

[131] *Robinson*, Harvard J. L. 57 (2020), 262 ss.; *L. Dias*, InDret 2/2023, 397 ss., exponiendo los elementos de una teoría valorativa de las emociones atenuantes, frente a la mecanicista, centrada en su intensidad.

[132] STS 754/2015, de 27 de noviembre.

[133] En contra, *Peralta*, ADPCP 2010, 251 ss., por entender que apreciarlos equivale a agravar por no tenerlos.

[134] Así, la atenuante del art. 9.7.ª CP 1973: «La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia». Esta atenuante sigue vigente, por ejemplo, en el art. 62.1 CP italiano: «*l'avere agito per motivi di particolare valore morale o sociale*».

[135] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 257-258.

[136] *Alonso Álamo*, LH Díez Ripollés, 2023, 731 ss.

[137] En uno de estos supuestos, la STS 570/2003, de 17 de abril, apreció la atenuante analógica en relación con la alteración de la percepción.

En efecto, como se ha señalado, la relevancia de la intensa presión motivacional requiere de modo adicional que el ordenamiento asigne una valoración positiva al contenido de la motivación, lo que en el caso de *mala in se* nucleares no es viable. A este respecto, los casos de homicidios por honor y de matrimonios forzados constituyen ejemplos suficientes.[138]

2.4.2. *En concreto, la provocación del sujeto pasivo*

82 La provocación llevada a cabo previamente por quien luego sufre una conducta antijurídica no excluye el contenido de injusto de esta última, ni siquiera lo disminuye. Sin embargo, existe consenso en que en algunos casos aquella puede tener relevancia jurídico-penal, en la medida en que dificulta el seguimiento de las razones del Derecho por parte del sujeto provocado (*cfr. supra* capítulo 8/148; 26/54). Así, en la mayor parte de las legislaciones existe una atenuante específica que da cuenta de la relevancia de la provocación por parte de un tercero a los efectos de constituir una situación de exigibilidad disminuida.[139] Tal atenuante suele requerir que el sujeto activo sea víctima de una provocación —en el sentido de una injuria o de una amenaza— y reaccione contra quien le provocó, llevando a cabo una conducta vindicativa. Ahora bien, en España las atenuantes específicas que acogían esta idea fueron derogadas.[140] Esto hace difícil abordar las situaciones mencionadas a través de una atenuante legal.

83 Una posibilidad es examinar la provocación previa del sujeto pasivo en el marco de la atenuante de arrebato u obcecación, u otros estados pasionales, del sujeto activo. Sin embargo, lo cierto es que cabe que tal provocación previa no dé lugar a ninguno de tales estados de disminución de la imputabilidad. En efecto, la situación de exigibilidad disminuida propia de los casos de provocación es compatible con una actuación fría, en la que no tenga lugar una alteración mental como consecuencia del surgimiento de un estado pasional. En este punto, una opción es la aplicación de la atenuante de análoga significación (art. 21.7.ª CP) en relación con la eximente incompleta de miedo insuperable (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.6.° CP).[141] Desde luego, en los casos de reacción a una provocación puede advertirse un «miedo proposicional», a saber, la representación del mal relativo a la disminución del propio honor si se deja

---

[138] *Montenegro*, GA 2021, 101 ss.

[139] *Horder*, LQR 108 (1992), 191 ss.; crítico, *Duff*, Inquiry 58 (2015), 205 ss.

[140] La atenuante de «haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido» tuvo eficacia específica en la legislación española hasta la derogación —en 1983— del art. 9. 5.ª CP 1973. También se derogó entonces la atenuante del art. 9. 6.ª CP 1973, que mitigaba la pena por «haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados».

[141] Sobre los casos en que se atenúa la pena impuesta al sujeto que reacciona frente a una previa humillación: *cfr. Kahan/Nussbaum*, Columbia L. R. 96 (1996), 269. En relación con el caso del homicidio del tirano doméstico, *Hillenkamp*, FS Miyazawa, 1995, 141 ss.

sin reacción la ofensa recibida. Ello, con independencia de que la reacción esté regida sobre todo por la ira, podría permitir el acceso a aquella vía.

3. LA DEBILIDAD DE VOLUNTAD

84 La acrasia —falta de fuerza de voluntad— da cuenta de un caso de ausencia de motivación interna favorable al Derecho frente a una motivación externa contraria al Derecho. Esto es, de aquella alteración caracterológica volitiva —no necesariamente un trastorno de la personalidad— que conduce a la dificultad de cumplimiento de las normas jurídicas cuando a ellas se oponen determinados motivos o ventajas momentáneas para el sujeto. En principio, ni la eximente de trastorno mental transitorio, ni la eximente incompleta ni las atenuantes relacionadas con ella permiten afrontar dicho problema. Ciertamente, cabría proponer una extensión analógica *in bonam partem* de la atenuante de estado pasional, para ubicar en el art. 21.7.ª CP español ciertos déficits volitivos permanentes. Sentado esto, sería posible considerar la inclusión en este de ciertas conductas acrásicas. En este punto es decisivo distinguir, como en los casos que ya se han comentado, entre la debilidad de la que el sujeto es responsable y aquella de la que no lo es, porque es innata o se debe a la combinación del factor innato con la educación —o ausencia de ella— infanto-juvenil.

VI. LA CUANTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD

1. LA FRONTERA DE LA PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO

85 Como se ha indicado reiteradamente, es preciso sentar una diferencia fundamental entre la punibilidad del hecho y la punibilidad del autor por su hecho. A su vez, esto obliga a distinguir entre un concepto estricto de punibilidad, que constituye una categoría de la teoría del hecho punible, y un concepto amplio, que, además de la punibilidad estricta, comprende dos conjuntos de argumentos más. Estos últimos —relativos al juicio sobre el autor, al margen de su hecho, y al juicio sobre la legitimación del Estado punitivo— pertenecen a la teoría de la pena. Pues bien, la individualización de la pena que tiene lugar con base en consideraciones pertenecientes a estos dos últimos conjuntos reduce la pena en términos que desbordan —obviamente por debajo— la proporcionalidad de esta con el hecho punible cometido.[142]

2. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: EL JUICIO SOBRE EL HECHO

86 La comisión de varios delitos en el sentido de injustos culpables —varias infracciones completas de normas de conducta— no conlleva necesariamente

[142] *Teixeira* (2015), 171 ss.

que todos ellos sean punibles. Esta idea es la recogida, de forma parcialmente distinta en los diversos ordenamientos legales, en las reglas del concurso de delitos. Así, en los casos del denominado concurso real impropio, a veces denominados de concursos de leyes, puede llegar a producirse incluso la plena exención de la punibilidad de una de las infracciones. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en los casos del comportamiento previo o posterior copenado. En lo que aquí concretamente interesa, las reglas que establecen límites a las penas imponibles por concurso ideal, concurso medial y, en fin, de concurso real propio producen igualmente una atenuación de la punibilidad del hecho. En efecto, los injustos culpables no pueden sino concurrir acumulativamente, de modo que las reglas limitadoras de la acumulación material de penas se relacionan con razones de equidad, de ausencia de necesidad y, en última instancia, de inconveniencia. En concreto, en los casos de concurso ideal, responden a consideraciones de justicia en el caso concreto; en cambio, en los de concurso real, responden a razones pragmáticas de ausencia de necesidad. Las reglas concursales, entendidas como reglas de atenuación de la punibilidad, tratan de afrontar con mejor o peor fortuna los excesos derivados de una retribución estrictamente centrada en la proporcionalidad abstracta y, por ello, tendencialmente acumulativa.

87 El cambio legal que se traduce en la entrada en vigor de una ley favorable para el reo —*lex mitior*— puede tener un efecto eximente de pena (*cfr. supra* capítulo 27/41). Sin embargo, también puede tener un efecto atenuante, del que procede dar cuenta aquí. Otro tanto sucede con los cambios jurisprudenciales susceptibles de una aplicación retroactiva atenuante. Como se indicó, todo ello no afecta al contenido de injusto culpable del hecho, que ya es inamovible, sino a la punibilidad de este.

3. LA CUANTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD EN SENTIDO AMPLIO

3.1. Planteamiento. Los equivalentes funcionales parciales de la pena

88 Como se ha indicado, existen conductas y fenómenos cuya producción ha de considerarse un equivalente funcional de la pena. Por lo tanto, deben ser tenidos en cuenta para excluir la imposición de esta. Ahora bien, tales equivalentes funcionales, más o menos próximos en su estructura a ella, pueden equivaler de modo total o solo parcial a la pena. Aquí corresponde considerar los equivalentes parciales, tanto en lo relativo al juicio sobre el sujeto activo, como en cuanto a la legitimación del Estado.

3.2. El juicio sobre el sujeto activo

3.2.1. Los méritos de la vida pasada

89 La personalidad del sujeto trasciende a su concreta conducta delictiva, tanto en lo que se manifiesta en su vida anterior, como en lo que respecta a su

comportamiento posterior al ilícito competido.[143] Ahora bien, esta compleja relación tiene dos variantes. Por un lado, cabe que la comisión del delito tenga el efecto de que al sujeto se le denieguen méritos adquiridos con anterioridad, lo que se manifiesta en que se le retiren distinciones o condecoraciones previamente otorgadas.[144] En cambio, la legislación penal puede tomar en consideración como atenuante el hecho de la vida intachable del sujeto hasta el momento de la comisión del delito.[145] En las legislaciones en las que esto no se contempla como una atenuante expresa, y tampoco se quiere admitir de modo analógico, se debe considerar en el marco de las «circunstancias personales» del delincuente (art. 66.1.6.ª CP español).

3.2.2. Las conductas postdelictivas

3.2.2.1. La reparación simbólica

3.2.2.1.1. El problema previo de la existencia de dos figuras dogmáticas de reparación

La relevancia atenuante de la reparación a la víctima se puede sostener **90**
desde dos perspectivas distintas. Estas, perfectamente identificadas por la doctrina y la jurisprudencia,[146] se vinculan respectivamente con los subconceptos jurídico-civil y jurídico-penal existentes en el marco de la institución general de la reparación.[147] Así, por un lado, existe una reparación de naturaleza instrumental-utilitaria, que se vincula con la reparación civil del daño.[148] Por otro, una reparación simbólica-comunicativa, estrictamente jurídico-penal.[149] La reparación primera se concreta en la satisfacción total o, al menos, parcial de las pretensiones de resarcimiento patrimonial de la víctima. Por eso, cabe que el legislador entienda que resulta oportuno incentivarla, mediante la concesión de una atenuación, en ocasiones cualificada, de la pena. Por su parte, la reparación segunda se centra en la negación del delito y la manifestación del Derecho.[150] De este modo, expresa el reconocimiento personal de la

---

[143] *Stadler* (2019).

[144] Esto se conoce como «fenómeno Pablo/Saulo», inverso al de «Saulo/Pablo», ya expuesto.

[145] Así, el art. 11.6° CP chileno, que prescribe atenuar la pena «si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable».

[146] En España la jurisprudencia ha insistido sobre las dos dimensiones de la reparación, acentuando ya una, ya la otra. Por ejemplo, las SSTS 203/2011, de 22 de marzo; 5240/2013, de 22 de octubre. Asimismo, *Alcácer Guirao*, PJ 67 (2001), 93-94 ss.; *el mismo* (2011), 119 ss.

[147] *Silva Sánchez*, PJ 45 (1997), 183 ss.; *Pantaleón Díaz* (2022), 69-70.

[148] *Pozuelo Pérez* (2003), 390-391.

[149] *Garro/Asúa* (2008), 19 ss., 145 ss., 160 ss. Esta recoge, en realidad, la misma idea presente en la atenuante tradicional de arrepentimiento espontáneo. En efecto, el art. 9.9.ª CP 1973 consideraba circunstancia atenuante «la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido (...)».

[150] La expresión de *actus contrarius* a la culpabilidad por el hecho que utiliza un sector de la jurisprudencia española obviamente no puede significar que la culpabilidad del autor se vea afectada

norma vulnerada y contribuye a su estabilización. Además, conlleva un cierto padecimiento de daño personal o patrimonial —respectivamente, petición de disculpas o abono de una cantidad de dinero— para el sujeto que la lleva a cabo. Todo ello determina su equivalencia funcional parcial con la pena y hace razonable la concesión de un efecto atenuante, que excepcionalmente podría dar lugar a sobreseer el procedimiento o prescindir de la ejecución de la pena.[151]

3.2.2.1.2. La delimitación entre ambas y sus respectivos regímenes jurídicos

91 En el caso de la reparación simbólica el fundamento de la atenuación se halla en que esta tiene una connotación auto-punitiva, de autonegación por parte del delincuente. En cambio, en el caso de la reparación instrumental, la razón de atenuar se halla en la respuesta positiva del acusado a un incentivo estatal, establecido a favor de la víctima —y, adicionalmente, de la administración de justicia—.[152] Así las cosas, la discusión no puede plantearse en términos de si la reparación contemplada en las leyes «es» una institución simbólica o instrumental, o una mezcla de las dos, lo que provoca un relativo desconcierto en la jurisprudencia.[153] Por el contrario, lo que sucede es que, en términos conceptuales-estructurales, existen dos instituciones jurídicas distintas que se agrupan bajo la denominación legal de reparación. Ciertamente ambas conducen a la misma consecuencia de atenuación de la pena, pero lo hacen por razones distintas, lo que conlleva que deban tener regímenes jurídicos diversos. A partir de ahí, es cuestión de cada legislación positiva el que el tenor literal de la regulación legal permita acoger una, otra, o ambas, de forma más o menos satisfactoria. Si la legislación, como es el caso de España (art. 21.5.ª CP) permite la construcción de las dos figuras dogmáticas, lo procedente es identificar de qué clase de reparación se trata en el caso concreto y exigir que se cumplan sus precisos requisitos. Ello, sin descartar que puedan concurrir los de ambas.

92 En efecto, la reparación simbólica (i) tiene que afrontar la gravedad de la conducta realizada, de modo que es concebible incluso en casos de ausencia de daño patrimonial. Lo decisivo en ella es la realización de un acto personal de restablecimiento del Derecho vulnerado y de petición de disculpas. Ello refleja el voluntario esfuerzo reparatorio, compatible con una reparación eco-

---

en términos compensatorios. Como ya se indicó más arriba, ésta queda inalterada. Lo afectado es la equidad o la necesidad de pena del hecho.

[151] Así, en el § 167 del Código penal austríaco y en el § 46a del Código penal alemán. En el Derecho español la conciliación civil excluye la responsabilidad penal por injurias y calumnias. Ello, hasta el punto de que la constancia del intento (fracasado) de conciliación del ofendido con el autor constituye una condición de la persecución del delito.

[152] *Silva Sánchez*, PJ 45 (1997), 197 ss., 201.

[153] *Cfr.*, por ejemplo, STS 5240/2013, de 22 de octubre.

nómicamente insuficiente. En cambio, en la reparación instrumental se trata única y exclusivamente de reparar el daño producido, restableciendo el *statu quo* patrimonial.[154] En otro orden de cosas, la reparación simbólica (ii) debe efectuarla personalmente el autor; en cambio, una reparación instrumental puede llevarla a cabo un tercero. Ciertamente, en este último caso no repara «el culpable», *como requiere la literalidad del texto español. Sin embargo, quien lo haga lo realiza en nombre o por cuenta del culpable y eso es lo decisivo. En efecto,* lo que el legislador pretende es incentivar al propio autor o a cualquier tercero que, pretendiendo beneficiar al autor, repare a la víctima del delito. Esto es lo que permite asignar relevancia a las reparaciones efectuadas por compañías de seguros, o por las empresas que serían responsables civiles subsidiarias del daño causado. En fin, una reparación simbólica (iii) tiene que ser voluntaria; en cambio, una reparación instrumental es compatible con alguna forma de coerción. Por ejemplo, una figura no infrecuente en la práctica forense, como es la consignación —o reparación condicionada—, debe dar lugar a apreciar la atenuante entendida en términos instrumentales.

3.2.2.1.3. La perspectiva de la teoría de las normas

93 El contenido de la norma dirigida al juez varía en función de que la reparación se conciba en términos simbólicos o instrumentales. En efecto, en el primer caso, la norma que le impone la atenuación de la pena es una norma de equidad. Esta, a su vez, pretende abordar el comportamiento supererogatorio del sujeto que decide llevar a cabo una reparación inmaterial de la víctima. En cambio, las cosas son distintas en el caso de la reparación instrumental, que se concreta en el cumplimiento de la obligación jurídico-civil antes de que esta sea declarada judicialmente y exigible. Aquí, la norma dirigida al juez le impone la rebaja de pena como consecuencia de la norma premial dirigida al delincuente para incentivar el pago temprano.

3.2.2.2. La confesión simbólica

3.2.2.2.1. El problema previo de la existencia de dos figuras dogmáticas de confesión

94 La atenuante de confesión se ubica en el ámbito de la punibilidad en sentido amplio, entre los presupuestos limitadores de la aplicación de la norma de sanción.[155] Sin embargo, al igual que sucede en el caso de la reparación, la relevancia atenuante de la confesión del reo puede tener dos fundamentos distintos. Asimismo, estos han sido identificados por la doctrina y por la

[154] Así, por ejemplo, la reparación del art. 434 CP español es claramente instrumental; lo que se pone de relieve en su articulación sistemática con una confesión asimismo instrumental. Sobre ello, *Landera Luri* (2018), 253 ss.

[155] *Garro/Asúa* (2008), 183 ss.

jurisprudencia, aunque planteándolos en términos alternativos.[156] En efecto, por un lado, puede darse una confesión simbólica-expresiva, mediante la que tiene lugar el reconocimiento de los hechos y la reafirmación de la norma vulnerada.[157] Por otro lado, cabe advertir una forma de confesión en la que lo decisivo es que el acusado lleve a cabo una prestación útil, concretamente, de colaboración con la administración de justicia. En el primer caso, la confesión muestra un contenido simbólico autopunitivo —una conducta de autonegación— mediante el que el reo realiza una parte de la necesaria reafirmación del Derecho. Además, su acto tiene también una dimensión aflictiva —la vergüenza—. En consecuencia, la disminución del castigo se fundamenta en razones de equidad y de disminución de la necesidad preventivo-general positiva, que traen causa del hecho de que la confesión es un equivalente funcional de la pena, aunque tal equivalencia sea solo parcial. En cambio, en el segundo caso, la confesión constituye una forma de colaboración con la administración de justicia, que facilita la investigación y la prueba del delito.[158] Aquí la atenuación se corresponde con la entrega del premio ofrecido por el Estado para incentivar la realización de conductas de esa naturaleza.

3.2.2.2.2. Los respectivos efectos de atenuación

95 La atenuación en virtud de una confesión simbólica requiere que esta sea veraz y voluntaria;[159] en cambio, no exige que mediante ella se aporten datos nuevos a la investigación. Así, por ejemplo, desde esta perspectiva procede atenuar a quien confiesa voluntariamente su hecho, desconociendo que tanto este como su autoría ya habían sido perfectamente identificados por las autoridades. Esto se entiende bien, si se considera que la confesión simbólica recoge la misma idea presente en la atenuante tradicional de «arrepentimiento espontáneo».[160] Por su parte, la confesión utilitaria puede dar lugar a una atenuación, aunque no sea plenamente veraz ni estrictamente voluntaria y, desde luego, aun cuando el proceso ya se haya iniciado.[161] Así pues, cabe que sea tardía y su relevancia no tiene por qué requerir una *«aportación extraordinaria de colaboración con la justicia»*.[162] En cambio, si no aporta datos relevantes para la instrucción del proceso, no debe atenuar la pena. Esto significa, por ejemplo, que una confesión parcialmente inveraz, aunque carezca de relevancia

---

[156] Sobre la polémica, *de Vicente Remesal* (1985); *Faraldo Cabana* (2000), 27 ss.; *Pozuelo Pérez* (2003), 355 ss., 385 ss. Asimismo, SSTS 16/2018, de 16 de enero; 454/2019, de 8 de octubre.

[157] *Garro Carrera* (2009), 157 ss.; *Frister*, FS Rengier, 2018, 377 ss.

[158] *Pozuelo Pérez*, CPC 65 (1998), 77-78; *la misma*, LH Huerta Tocildo, 2020, 545 ss.

[159] *de Vicente Remesal* (1985), 341; *Asúa/Garro* (2008), 93-95.

[160] En efecto, el art. 9.9.ª CP 1973 consideraba circunstancia atenuante «la de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a (...) confesar a las autoridades la infracción».

[161] *Pozuelo Pérez* (2003), 390 ss.

[162] Sin embargo, SSTS 224/2017 de 30 de marzo; 635/2018, de 12 de diciembre; *Pozuelo Pérez*, RECPC 22 (2020), 20.

simbólica, puede atenuar si conlleva una colaboración relevante desde una perspectiva de utilidad. En definitiva, la cuestión es que en el caso concreto se cumplan los requisitos correspondientes a una de las dos formas de confesión, sin mezcla ni confusión entre ellas.

Sentado lo anterior, la pregunta es si la legislación penal española admite las **96** dos formas, o solo una de ellas. Pues bien, la conducta descrita en el art. 21.4.ª CP es «la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades». Esta descripción, desde luego, comprende la confesión simbólica. Ahora bien, además es compatible con ciertas formas de confesión utilitaria; por ejemplo, con la confesión parcialmente inveraz que se lleva a cabo antes de tener noticia del inicio del procedimiento contra el sujeto. Por lo tanto, las demás modalidades de confesión utilitaria deben ubicarse en la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP, dada su analogía con la reparación utilitaria del art. 21.5.ª CP.

3.2.2.3. El comportamiento «autopunitivo»

Un comportamiento autopunitivo puede mostrar ciertamente ambigüeda- **97** des, sobre todo en ciertos contextos pasionales (*cfr. supra* capítulo 27/92). Sin embargo, en algunos casos, tiene el significado de reconocimiento simbólico de la vigencia de la norma —esto es, de la conciencia de haberla infringido—. Por lo demás, en el plano fáctico, la causación de daño a uno mismo es innegable.[163] Así las cosas, puede tener un efecto atenuante que debe considerarse en la individualización de la pena, como mínimo en lo relativo a las «circunstancias personales» del delincuente.[164] Por su parte, el remordimiento —como expresión del cargo de conciencia— es una de las posibles «emociones reactivas»[165] de un agente ante la realización de un hecho que considera moralmente reprobable. Pues bien, el remordimiento muestra los mismos dos aspectos de la autopunición. Por un lado, el cognitivo, que viene representado por la conciencia de haber obrado mal; por otro, el emocional-aflictivo, del sufrimiento derivado del peso de esa actuación sobre la conciencia. En definitiva, puede entenderse como un equivalente funcional —ciertamente muy parcial— de la dimensión fáctica de la pena.[166] Ello debería dar lugar a una atenuación, como mínimo, en el ámbito de la mencionada cláusula general de individualización de la pena.

3.2.2.4. La «auto-resocialización»

La «auto-resocialización» del reo puede tener, de modo excepcional, un **98** efecto de exclusión de la ejecución de la pena (*cfr. supra* capítulo 27/93). Sin

---

[163] *Popitz* (1980), 55-56.

[164] STS 404/2010, de 27 de abril, en contra de atribuirle relevancia atenuante especial, de modo que solo constituye un criterio de individualización de la pena.

[165] *Strawson* (1995), 37 ss.

[166] *Silva Sánchez* (2015), 267 ss.; *el mismo* (2018), 128 ss.

embargo, en otros casos cabe que tenga un efecto atenuante. Esto sucede, por ejemplo, en el art. 376, II CP español, a propósito de los delitos contra la salud pública por tráfico de estupefacientes.[167] Por lo demás, esta opción del legislador debería generalizarse a otras formas no expresamente mencionadas de autorresocialización, mediante el recurso a la atenuante analógica. En última instancia, la autorresocialización del delincuente debe considerarse por el órgano judicial en el contexto de las «circunstancias personales» a las que alude el art. 66.1.6.ª CP español.[168]

3.2.2.5. La respuesta positiva a los incentivos del Estado

3.2.2.5.1. Generalidades

99 En distintos lugares de la Parte especial de los códigos y leyes penales es posible constatar la relevancia atenuante de ciertas formas de desistimiento intra- y postconsumativo, cuyo fundamento es premial. Este es el caso, por ejemplo, de la rebaja de pena en un grado que se le concede al reo de detención ilegal o secuestro que, sin haber conseguido su propósito, deja en libertad al detenido en el plazo de tres días (arts. 163.2 y 164 CP español).[169] Igualmente, el de la retractación del sujeto activo de las calumnias e injurias (art. 214 CP español), o del falso testimonio que ya ha producido privación de libertad (art. 462 CP español). De modo singular, se advierte el fundamento premial en las atenuaciones de pena que responden a la prestación de una colaboración procesal por parte del reo. Ya se ha mencionado, de modo general, el supuesto de las atenuantes de confesión y de reparación instrumental. En cuanto a los delitos en particular, son ejemplos significativos el del art. 376.I CP español, en el caso de la criminalidad organizada en materia de delitos contra la salud pública, o el del art. 579 bis 3 CP español, en el ámbito de los grupos terroristas. Ciertamente, en ambos casos, a la exigencia de una colaboración activa con las autoridades[170] se le añade a un elemento de autorresocialización —el abandono de las actividades delictivas—.

---

[167] «Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad».

[168] El comportamiento postdelictivo negativo del reo —en particular, un comportamiento procesal que se exceda de los límites del derecho de defensa— puede tener efectos punitivos: STS 62/2013, de 29 de enero.

[169] *Landera Luri* (2018), 327 ss.

[170] «En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado».

3.2.2.5.2. La incidencia del principio procesal de oportunidad

100 La aplicación de la norma jurídico-penal de sanción depende en medida creciente del recurso al principio de oportunidad, opuesto al de legalidad procesal. Tal principio se manifiesta: (i) en el uso que hace la policía de criterios de persecución selectiva de la criminalidad; (ii) en el principio acusatorio y su manejo por el Ministerio Fiscal;[171] (iii) en los sobreseimientos «por oportunidad» adoptados por el órgano encargado de dirigir la instrucción del procedimiento penal —en la mayoría de los países, el Ministerio Fiscal—; y (iv), en fin, en los acuerdos negociados, en cuya virtud el acusado renuncia al juicio oral con todas sus garantías, dictándose una sentencia de conformidad.[172] La consecuencia última de todo ello es que nunca se llegue a celebrar el juicio, de modo que nunca se alcanzará una convicción más allá de toda duda razonable acerca de si se produjeron los hechos —y, *a fortiori*, sobre si estos constituían un injusto culpable de contenido determinado—. Ciertamente, el recurso al principio de oportunidad responde en ocasiones a puras razones de conveniencia; por ejemplo, de ahorro de costes. Sin embargo, en muchos otros casos, tales razones de conveniencia se combinan con consideraciones premiales. En virtud de estas últimas se pretende incentivar la realización de determinadas prestaciones positivas para la víctima o para el Estado, aceptando a cambio la no prosecución del procedimiento —mediante el sobreseimiento—.

101 En lo que aquí interesa, en algunos casos la legislación prevé de modo explícito la atenuación de la pena para incentivar la adopción de acuerdos entre la acusación y la defensa. Así, por ejemplo, en España existe la atenuante premial derivada de la «conformidad privilegiada» del investigado en el ámbito de los denominados «juicios rápidos».[173] En ella se valora la contribución del agente a la rápida gestión procesal del asunto, con la disminución de costes que ello supone. En general, en todas las sentencias de conformidad se acaba manifestando alguna forma de atenuación de la pena, previamente ofrecida por la acusación para incentivar el acuerdo. El problema es que esa atenuación se ofrece sobre la base de una pretensión acusatoria que, de modo no infrecuente, es desmesurada. Desde luego, cabe aceptar que los acuerdos negociados constituyen el único medio de que la administración de justicia penal pueda hacer frente al volumen de asuntos que la ocupan. Ello conduce a un sector doctrinal a sostener que las menguas de justicia en el caso concreto redundan en beneficio de toda la sociedad, pues permiten que la administración de justicia no se ralentice en exceso.[174] Sin embargo, es dudoso que este

---

[171] Así, el art. 171.3 CP español, a propósito del chantaje.

[172] En inglés: «*plea bargaining*».

[173] Así, el art. 801.2 LECrim: «Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal».

[174] *Mylonopoulos* (2017), 127 ss.

argumento relativo al macro-problema del funcionamiento de los órganos judiciales permita justificar que la práctica de acuerdos negociados refleje una pura dinámica de poder. Es decir, ampare la instrumentalización cotidiana de quienes aceptan acuerdos que, incluso con atenuación, resultan draconianos por miedo a una acusación excesivamente beligerante en el juicio.[175] Cuando sucede esto, el Derecho y la justicia —y las instituciones de la dogmática del delito, como vehículo para alcanzarlos— se hallan fuera de juego.[176] Así pues, es preciso reconstruir los acuerdos como escenarios de un debate razonable sobre el Derecho aplicable en marcos de incertidumbre fáctica —en los que se integran varias narraciones alternativas más o menos probables—.[177]

3.2.3. Las circunstancias ajenas al autor

3.2.3.1. La repercusión de hechos de terceros

3.2.3.1.1. Las conductas que lesionan —lícita o ilícitamente— al autor

102 Ciertas actuaciones de terceros que causan lícita o ilícitamente padecimientos al delincuente en relación con su hecho deben dar lugar a la atenuación de la pena. Este es el caso, por mencionar un ejemplo ya tratado, del padecimiento por el agresor de los efectos lesivos de la legítima defensa del agredido.[178] Asimismo deben incidir en la individualización judicial de la pena los daños sufridos por el condenado como consecuencia de los denominados «juicios paralelos» y, en particular, de la «pre-condena» emitida por parte de los medios de comunicación. Ciertamente, la doctrina y la jurisprudencia se hallan divididas sobre el tratamiento que deba darse a estos casos. Así, existen posiciones favorables a estimar una excepción que bloquee la prosecución del proceso e impida la propia celebración del juicio. Otras, en cambio, proponen la atenuación de la pena.[179] En fin, existen posiciones reticentes a su apreciación.[180] Desde una perspectiva material, cabe afirmar que los juicios paralelos, como cualesquiera consecuencias fácticas negativas derivadas del hecho delictivo que producen un efecto aflictivo sobre el autor, debe dar lugar a una atenuación de la punibilidad en sentido amplio. En cuanto al cauce formal en España, este debe ser el art. 21.7.ª CP o, si no se quiere aplicar esta atenuante, la cláusula general de individualización de la pena.

3.2.3.1.2. Ciertos actos beneficiosos

103 El perdón del sujeto pasivo extingue la responsabilidad criminal del sujeto activo en muy contados delitos. Por lo demás, no es una atenuante legal en el

---

[175] En inglés, «*overcharging*».

[176] *Volk* (2006), 92 ss.

[177] *Oliver Calderón*, LH Silva Sánchez, 2019, 1064 ss.

[178] *Silva Sánchez* (2018), 133 ss.

[179] *Knauer*, GA 2009, 541 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 145 ss.

[180] STS 749/2022, de 13 de septiembre.

sistema español de individualización de la pena. Sin embargo, en el contexto jurídico-político actual, en el que se acentúa el papel sustantivo y procesal de la víctima, también parece coherente subrayar la posibilidad de que su perdón opere, de modo general, como atenuante. En efecto, en la medida en que con ello se contribuye a la restauración de la paz, cabe entender que cumple una función coincidente con la de la pena. Ciertamente, su canalización formal, si no se quiere reconducirla al art. 21.7.ª CP, tiene que ser directamente supralegal o ceñirse a la cláusula general de individualización de la pena.

3.2.3.2. Las circunstancias que implican un distanciamiento del autor con respecto al hecho cometido en su día

3.2.3.2.1. El transcurso del tiempo y la «cuasi-prescripción»

104 El transcurso de un largo período de tiempo entre el momento de la comisión del delito y el de su enjuiciamiento sin que el sujeto activo haya cometido otros delitos —aunque no haya transcurrido aún el plazo de prescripción— cumple una función análoga a la de la pena, puesto que va restaurando la paz pública. Ciertamente, esta afirmación admite matices en función de la gravedad del delito y de las circunstancias sociales.[181] Sin embargo, pone de relieve un fenómeno real que tiene que ver con la historicidad de la condición humana y la admisión de la posibilidad de cambiar. Este puede abordarse desde distintas perspectivas. Así, una de ellas es la atenuación de la pena imponible.[182] Otra, en cambio, es la de imponer toda la pena que corresponda sin atender al factor temporal y, luego, en la ejecución, considerarlo como factor determinante de la forma concreta de llevarla a cabo; en particular, como criterio para su suspensión o sustitución.[183]

105 Acogiendo esta idea, a partir de los años noventa del pasado siglo, y con altibajos, el Tribunal Supremo español ha ido construyendo una atenuante de «cuasi-prescripción», que da lugar a la rebaja de pena en virtud del transcurso —entre el hecho delictivo y su enjuiciamiento— de un lapso próximo a alcanzar los plazos de prescripción. En el caso de los delitos graves, cuando entre la comisión del hecho y su enjuiciamiento ha transcurrido un largo período de tiempo, aunque sin alcanzar la prescripción, tal consideración tiene un fundamento material evidente. Así pues, el principal problema que plantea es determinar si procede su construcción como atenuante supralegal o bien su canalización por la vía de la atenuante legal de análoga significación del art. 21.7.ª CP español. Por su parte, la doctrina —aunque de modo no pacífico— ha sostenido también para estos casos la procedencia de una atenuación.[184]

---

[181] *Garro Carrera* (2023), 15 ss.

[182] *Horter*, ZStW 133 (2021), 385 ss., siempre que no se haya delinquido en medio.

[183] *Hoven*, GA 2023, 673 ss.

[184] Por ejemplo, *Ragués i Vallès* (2004), 65; *el mismo*, InDret 3/2017,1 ss.; *Garro Carrera* (2023), 204 ss. En contra, con matices, *Puente Rodríguez*, LL 119 (2016), 1 ss.; radical, *Santana Vega*, EPC XXXIX (2019), 107 ss.

3.2.3.2.2. Los padecimientos asociados al delito: la *poena naturalis*

106 Existe un amplio acuerdo doctrinal sobre la consideración, en la individualización de la pena, de las consecuencias no penales que ha tenido el hecho delictivo para el autor. Pues bien, esto vale en particular para la consideración de la pena natural previamente sufrida por el autor (*cfr. supra* capítulo 27/90).[185] En los casos de pena natural especialmente grave, cabe sostener que esta constituye un equivalente funcional completo de la dimensión fáctica de la pena.[186] Por eso, debe renunciarse a la ejecución de la pena.[187] De hecho, en algunos casos se renuncia incluso a su imposición. En cambio, en aquellos casos en los que la pena natural no sea tan grave, lo correcto es apreciar una atenuación de responsabilidad, por concurrir un equivalente funcional incompleto con la dimensión fáctica de la pena. La toma en consideración de la pena natural sufrida por el reo no se basa solo en razones de humanidad o de compasión. En efecto, constituye una cuestión de proporcionalidad en sentido amplio de la reacción, esto es, de que el Estado no incurra en un exceso contra el sujeto activo del delito.[188] Ciertamente, el Tribunal Supremo español, cuando ha advertido este fenómeno, solo le ha asignado un efecto de atenuación simple o lo ha tenido en cuenta en el marco de la cláusula general de individualización.[189] Sin embargo, el recurso al art. 21.7.ª CP, eventualmente como atenuante muy cualificada, sigue siendo aquí la mejor opción.

3.2.3.2.3. La especial sensibilidad a la forma de castigo

107 Desde una perspectiva retributiva, es posible discutir si el principio de igual sufrimiento punitivo subjetivo debe constituir un criterio de la individualización judicial de la pena.[190] En efecto, una misma pena puede ser sufrida con diferente intensidad en función de cuáles sean las circunstancias externas e internas del penado. Por lo tanto, de entrada, es preciso distinguir entre el castigo objetivo y la experiencia subjetiva del castigo. Sentado esto, el «principio de igual impacto» parece imponer la relevancia de esta última.[191] En realidad, un ejemplo claro de ello es el sistema de días-multa, en cuyo marco el importe de las cuotas diarias se establece de conformidad con la renta del

---

[185] *Frisch* (2002), 210 ss.; *Manjón-Cabeza*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1124 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 195 ss.

[186] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1/13 c, e).

[187] *Bobadilla*, PolítCrim 11 (2016), 585 ss., con referencia a la jurisprudencia iberoamericana.

[188] *Manjón-Cabeza*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1124 ss.; *Bustos Rubio*, TyD 19 (2016), 118 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 159 ss.

[189] SSTS 806/2002, de 30 de abril; 1657/2002, de 9 de octubre; 307/ 2008, de 5 de junio; en contra, las SSTS 575/2008, de 7 de octubre; 678/2010, de 18 de junio; 132/2014, de 20 de febrero, en concreto rechazando la aplicación del art. 368, II CP español.

[190] Sobre todo, *Kolber*, Columbia L. R. 109 (2009), 182 ss.; *el mismo*, Buffalo U. L. R. 89 (2009), 1565 ss.; *el mismo*, Emory L. J. 66 (2011), 585 ss.

[191] En el original inglés: «*principle of equal impact*». Este principio proviene de la obra de *Bentham*, Principles of Morals and Legislation, 1789, Cap. VI, § 6.

reo. Ahora bien, es preciso reconocer que la generalización de este principio hasta abarcar las penas de prisión se hace difícil.[192] Entre los obstáculos para ello se cuentan, en el plano empírico, los déficits de información, la diversidad de causas a las que puede responder esa mayor o menor sensibilidad y la diferencia entre la privación de dinero y de tiempo. Además, en un plano normativo, cabe sostener que la experiencia subjetiva es atribuible al propio sujeto, de modo que no debe ser considerada por el Estado. Por ello, parece difícil que esa superior sensibilidad a la pena se tenga que tomar en consideración desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.[193] Con todo, nada impide tenerlo en cuenta entre las «circunstancias personales» a que alude el art. 66.1.6.ª CP español.

4. LA CUANTIFICACIÓN DE LA PENA EN VIRTUD DE LA DISMINUCIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO PARA CASTIGAR

4.1. El Estado excluyente o que incentiva actividades con riesgo delictivo

Como se indicó, la legitimidad política del castigo estatal tiene que ver con la medida de la vinculación preexistente entre el sujeto que comete el delito y el Estado que pretende castigarlo. A su vez, la medida de tal vinculación depende de la protección estatal de la libertad negativa, de la libertad positiva-formal y, en fin, de la protección positiva subsidiaria —de los presupuestos socioeconómicos, culturales y espirituales de la libertad real—. Así, a partir del tipo ideal de sujeto, y aplicando un método tipológico, es posible identificar grupos de personas que —en distintos grados— sufren desprotección o abandono.[194] En el caso de estas, el castigo —salvo el propio de los delitos *mala in se* nucleares— tiene un déficit de legitimación, lo que debe conducir a una atenuación de la pena imponible. A su vez, en España esta debería canalizarse por la vía del art. 21.7.ª CP o, en fin, ser considerada en el marco de la cláusula general de individualización de la pena. **108**

4.2. Las actuaciones —lícitas e ilícitas— de los órganos del Estado

4.2.1. Generalidades

Las conductas antijurídicas de los órganos estatales encargados de la persecución de los delitos y de la administración de justicia penal —policía, fiscalía, órganos jurisdiccionales— deben tener una repercusión en la individualización de la pena. En efecto, aquellas redundan en una disminución de la legitimación del Estado, en tanto que titular de la potestad punitiva. Ello es **109**

---

[192] *Ashworth/Player* (1998), 251 ss., 256 ss.

[193] *Simons*, Columbia L. R. 109 (2009), 4; *Markel/Flanders*, California L. R. 98 (2010), 963-964; *Gray*, Vanderbilt L. R. 63 (2010), 1653. Réplica en *Kolber*, LTh 18 (2012), 27.

[194] *Silva Sánchez* (2018), 82-83; *Coca Vila/Irarrázaval Zaldívar* (2023), 93 ss.

independiente de la sanción administrativa o penal de los funcionarios que los lleven a cabo y de la responsabilidad patrimonial por los daños que causen. Ciertamente, las mencionadas conductas pueden ser antijurídicas en diversa medida. Así, cabe que se trate de meras vulneraciones procesales. Sin embargo, también pueden consistir en violaciones de derechos fundamentales relativos al proceso debido y a la defensa; por ejemplo, las dilaciones indebidas del procedimiento. Más aún, cabe que se manifiesten en la comisión de delitos. Al respecto cabe pensar en la actuación de agentes provocadores, o en la comisión de torturas en dependencias policiales. Sea como fuere, la regla general de equidad en el procedimiento determina que los órganos judiciales penales tengan la obligación de compensar los efectos de todas ellas.[195]

110 La vigencia de tal principio de compensación puede inferirse *a fortiori* del hecho de que la legislación lo establece incluso para los casos de imposición —formalmente legítima— de determinadas medidas restrictivas de derechos durante el procedimiento. Por ejemplo, la denominada prisión provisional o preventiva. En efecto, en el momento de la individualización de la pena impuesta o, en todo caso, en su ejecución debe procederse al abono de aquella (arts. 58 y 59 CP español). Esto se debe a que —a pesar de su diferente naturaleza jurídica (art. 34 CP español)— la prisión preventiva constituye un equivalente funcional de la pena.[196] Por este mismo motivo, es razonable abonar la prisión preventiva sufrida en una causa distinta de aquella en la que se decretó,[197] así como abonarla en la imposición de penas distintas de la de prisión. Otras medidas cautelares con efectos restrictivos que también deben ser compensadas en la individualización de la pena son el arresto domiciliario, la prohibición de abandono del territorio nacional —con retirada del pasaporte— y las comparecencias obligatorias ante el juzgado.[198] En efecto, también estas últimas son consecuencias aflictivas que constituyen equivalentes funcionales parciales de la dimensión fáctica de la pena.

4.2.2. La atenuante de dilaciones indebidas del procedimiento

4.2.2.1. Generalidades

111 La existencia de dilaciones indebidas en el procedimiento constituye una circunstancia atenuante genérica expresamente prevista en el Código penal español desde 2010 (art. 21.6.ª CP), aunque su concurrencia se apreciaba ya antes en el marco de la atenuante de análoga significación.[199] Aparentemente, su previsión legal respondió a la acogida de recomendaciones internacionales

---

[195] *Schroth* (1991), 337; *Silva Sánchez* (2018), 147 ss.

[196] *Ragués i Vallès*, InDret 3/2020, 112 ss.; *el mismo* (2023), 38 ss., 160 ss.; sobre la posibilidad de una compensación superior al «uno por uno», 192 ss.

[197] Así, el art. 58.2 CP; STS 660/2021, de 8 de septiembre.

[198] STC 56/1997, de 17 de marzo; STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014.

[199] *Manjón-Cabeza* (2007).

—en concreto, del Comité de Ministros del Consejo de Europa—. En efecto, estas señalaban que, si se han producido retrasos —de los que el imputado no es responsable y que no son atribuibles a la especial complejidad del asunto—, estos deben ser tenidos en cuenta en la determinación de la pena. Ahora bien, la acogida explícita de una atenuante legal que comprendiera estas situaciones vino precedida de un intenso debate jurisprudencial. Así, inicialmente una mayoría del Tribunal Supremo español se oponía a ello, por entender que las dilaciones indebidas en el procedimiento ya pueden ser tenidas en cuenta razonablemente por la vía de la solicitud de indulto (art. 4.4 CP). A ello, en su caso, se añadiría la estimación de una responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia (art. 121 CE).

Sin embargo, desde principios de los años noventa del siglo pasado, una **112**
corriente jurisprudencial empezó a apreciar una reducción proporcional de la pena por la producción de dilaciones indebidas. En ese contexto, el Pleno no jurisdiccional de 2 de octubre de 1992 confirmó todavía la posición tradicional, pero no puso fin a la discusión interna de la Sala. La cuestión objeto de debate era si a las dilaciones indebidas se les debe dar una respuesta de justicia y equidad, compensatoria de la aflicción padecida por el acusado, o bien procedía seguir remitiéndolas a la vía de la gracia del Ejecutivo. Así las cosas, hicieron falta varios años para que, finalmente, el Pleno de 21 de mayo de 1999 revisara aquel criterio y decidiera valorar las dilaciones indebidas en la determinación judicial de la pena, mediante el recurso a la atenuante analógica.[200] Finalmente, como se ha indicado, en 2010 se procedió a su inclusión expresa en el Código penal español.

4.2.2.2. El fundamento de su relevancia

El proceso penal conlleva una clara restricción de libertad para la persona **113**
investigada y acusada, que sufre una mengua de las diversas dimensiones de su estatus público y privado —de su fama, su crédito, etcétera—. Pues bien, esta injerencia solo puede aceptarse en la medida en que aquel tenga una duración normal. En efecto, en un proceso penal dilatorio se da una praxis punitiva informal contra el imputado que carece de fundamento legal.[201] En este marco, la relevancia atenuante de las dilaciones indebidas puede sostenerse desde varios puntos de vista. Así, por ejemplo, como pago de parte de la deuda del delito, como expiación o como privación de derechos que constituye una pena anticipada. En su día, la jurisprudencia española, influida por los conceptos funcionalistas de culpabilidad, situó su fundamento material en la «compensación de la culpabilidad».[202] En realidad, lo que sucede

---

[200] STS 742/2003, de 22 mayo.

[201] *Schroth* (1991), 338.

[202] SSTS 622/2001, de 26 noviembre; 655/2003, de 8 mayo; 742/2003 de 22 mayo; 1363/2004, de 29 noviembre.

es que el procesado padece una *poena non forensis* —una pena no judicial—, que tampoco es natural, sino que ha sido infligida por el Estado por un cauce irregular. Por lo tanto, el fundamento de su relevancia jurídica se halla en que vulnera la «prohibición de exceso». Esto es lo que justifica su ubicación en la punibilidad en sentido amplio, a saber, en la dimensión de esta que tiene por objeto analizar la legitimación del Estado para castigar y, en concreto, para hacerlo en una medida determinada. Así pues, estas cuestiones pertenecen a la teoría de la legitimidad de la pena estatal, en concreto, en lo relativo a la equidad de su imposición.

4.2.2.3. Los problemas aplicativos

114 La apreciación de la atenuante requiere que se produzca una «dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa». Como puede advertirse, los requisitos vienen dados por conceptos jurídicos indeterminados —extraordinario, indebido, complejidad—, que hacen difícil su concreción en un caso singular. En todo caso, ello debe determinarse mediante un método comparativo y no en términos absolutos. Es decir, partiendo de cuál es la duración estadística de los procedimientos de complejidad análoga. Por lo demás, la atenuante puede apreciarse como simple, pero también como muy cualificada debido a la gravedad de la dilación sufrida.

4.2.2.4. La atenuación y sus alternativas

115 En realidad, las graves dilaciones indebidas del procedimiento no se reparan de modo suficiente mediante el recurso a una atenuante simple, ni siquiera mediante una muy cualificada.[203] Por ello, un sector doctrinal ha planteado la posibilidad de apreciar una exención de pena —exclusión de la punibilidad— derivada de razones constitucionales vinculadas al derecho al proceso debido —a su duración razonable—. Asimismo, se ha propuesto que tales dilaciones den lugar al surgimiento de un obstáculo procesal, que determine el propio sobreseimiento del procedimiento sin llegar a la sentencia.[204] En la práctica, lo uno y lo otro no es muy distinto, pues, como se ha indicado, las causas de exención de pena operan como causas de extinción de la acción penal. De nuevo, la cuestión es cómo afrontar en este contexto la posible necesidad de declarar el injusto culpable cometido por el acusado, con independencia de que no se le aplique la norma penal de sanción.

---

[203] *Wolter* (2004), 80 ss.; *Manjón-Cabeza* (2007), 352 ss.; *Asúa Batarrita* (2009), 254 ss.

[204] *Schroth* (1991), 338-339; *D. Pastor*, LH Roxin, 2002, 818; *García Pérez*, LA Terradillos Basoco, 2018, 1467 ss.

4.2.2.5. La construcción de una atenuante de análoga significación a las dilaciones indebidas para afrontar los abusos estatales en el proceso

4.2.2.5.1. Las bases de la construcción

116 La consideración de las dilaciones indebidas como atenuante legal abre la puerta a considerar otras posibles manifestaciones de mal funcionamiento de la administración de justicia que pueden tener relevancia en la determinación de la pena o en la modificación de su ejecución. En efecto, la existencia de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6.ª CP español) permite construir, con base en el art. 21.7.ª CP, una atenuación analógica para los casos de abusos pre-procesales y procesales del Estado, que no den lugar a la nulidad del procedimiento. En efecto, la analogía de estos últimos con las dilaciones indebidas muestra la naturaleza de una analogía *legis* o, en todo caso, una analogía *institutionis* (*cfr. supra* capítulo 6/75). Por lo tanto, ni siquiera exige integrar en el art. 21.7.ª CP una analogía *iuris*.

117 Esta vía permite considerar muchos de los abusos producidos en virtud de la actuación de los órganos del Estado en la fase pre-procesal y a lo largo del procedimiento. En concreto, todos aquellos cuya intensidad no se repute suficiente para advertir un vicio insubsanable que deba conducir a la extinción de la acción y al sobreseimiento del proceso. Entre ellos, la práctica de torturas, los engaños a los detenidos o investigados, la detención humillante, las filtraciones del procedimiento, en particular en el caso de actuaciones secretas, la prolongación excesiva del secreto de las actuaciones.[205] En el caso de que la medida de prisión preventiva fuera indebidamente acordada o prolongada, su dimensión lesiva es obviamente muy superior a la que ya posee de por sí, en tanto que restricción de derechos de un sujeto todavía inocente. Por lo tanto, es razonable que su abono tenga lugar en términos superiores al «uno por uno».[206]

4.2.2.5.2. Los males asociados de modo ilegítimo a la prisión

118 La pena de prisión tiene efectos colaterales lícitos, que se vinculan al ingreso del reo en una «institución total».[207] Sin embargo, otros son ilícitos e imputables a déficits de inversión y de gestión por parte del Estado (*cfr. supra* capítulo 5/74). En particular, se cuentan aquí la sobrepoblación carcelaria y otras condiciones de los centros penitenciarios, que generan riesgos para la integridad física y la salud de los internos.[208] Pues bien, cuando el juez se plantea la imposición de una pena de prisión al autor de un injusto culpable, sabe —o

---

[205] *Asúa Batarrita*, LH Torío López, 1999, 234 ss.; SSTC 87/2001, de 2 de abril; 174/2001, de 26 de julio.

[206] *Asúa Batarrita*, LH Torío López, 1999, 230 ss.; *Ragués i Vallès*, (2023), 192 ss.

[207] *Kolber*, LTh 18 (2012), 13.

[208] *Silva Sánchez* (2018), 152 ss.

debe saber— perfectamente que no impondrá solo una pena de privación de la libertad ambulatoria. Por lo tanto, tiene la obligación de considerar los efectos aflictivos colaterales, contrarios a Derecho, de la ejecución de dicha pena. Derecho. A partir de esta constatación, el Derecho penal del Estado solo puede admitir dos opciones: (i) prescindir de la ejecución de la pena de prisión que vulnera ilícitamente derechos fundamentales, de modo que el juez se limite a la declaración simbólica del injusto culpable merecedor de pena; o, como mínimo (ii) reducir la duración prevista para la pena imponible, partiendo de la base de que un día de prisión en tales condiciones es «mucho más que un día de prisión».[209] Según la lógica de esta segunda opción, deben aplicarse criterios de «dos por uno» o de «tres por uno». En realidad, un Estado que no sea capaz de garantizar un cumplimiento digno de la pena de prisión, debería sustituir la ejecución de dicha pena por otra forma de privación de libertad o por otra clase de pena.

[209] *Kolber*, LTh 18 (2012), 27.

Epílogo

EL CASTIGO, ENTRE LA VENGANZA Y EL PERDÓN

Bibliografía seleccionada: *Aguilar Cárceles,* La cara opuesta al retribucionismo penal: la justicia restaurativa y la especial protección de los menores de edad, RDPC 21 (2019), 13; *Alastuey Dobón,* La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, 2000; *Alonso Rimo,* Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido, 2002; *el mismo,* El diálogo como derecho, 2024; *von Bar,* Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882; *Barnett,* Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice, Ethics 87 (1977), 279; *Bazelon/ Green,* Victims' Rights from a Restorative Perspective, Ohio St. J. C. L. 17 (2019), 293; *du Bois-Pedain,* Punishment as an Inclusionary Practice, en: du Bois-Pedain *et al.* (eds.), Criminal Law and the Authority of the State, 2017, 199; *Boonin,* The Problem of Punishment, 2008; *Bottoms,* Penal Censure, Repentance and Desistance, en: du Bois-Pedain/Bottoms (eds.), Penal Censure. Engagements within and Beyond Desert Theory, 2019, 109; *Bovati,* Pena e perdono nelle procedure giuridiche dell'Antico Testamento, en: Acerbi/Eusebi (eds.), Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale, 1998, 49; *el mismo,* Vie della giustizia secondo la Bibbia. Sistema giudiziario e procedure per la riconciliazione, 2014; *Braithwaite,* Crime, Shame and Reintegration, 1989; *el mismo,* Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, 1999; *el mismo,* A Future Where Punishment Is Marginalized, UCLA L. R. 46 (1999), 1727; *el mismo,* Restorative Justice and Responsive Regulation, 2002; *Bustos Rubio,* Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal, RP 42 (2018), 31; *Cámara Arroyo,* La justicia transicional y el Derecho penal internacional, 2020; *Carnevali Rodríguez,* La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos, Justicia Juris 13 (2017), 122; *el mismo,* Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal, LH Silva Sánchez, 2019, 1095; *el mismo,* Justicia restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación, Revista de Derecho 35 (2022), 303; *Carnevali/ Navarro,* Desistimiento y rehabilitación del ofensor en la justicia restaurativa, InDret 1/2023, 125; *Christie,* Conflicts as Property, The British Journal of Criminology 17 (1977), 1; *de la Cuesta Arzamendi,* La justicia restaurativa en España, 2022; *Demuro,* L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale, LH Dolcini, II, 2018, 691; *el mismo,* L'estinzione del reato mediante riparazione, RIDPP 2019, 437; *Díaz López,* Propuestas para la práctica de la mediación penal, InDret 3/2011, 1; *Donini,* Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente, LH Coppi, II, 2011, 889; *el mismo,* Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male, RIDPP 2013, 1162; *el mismo,* Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio, DPC-RT 2/2015, 236; *el mismo,* Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa, LH Dolcini, 2018, 579; *el mismo,* Le due anime della riparazione, Cass. Pen. 6 (2022), 2030; *Dova,* Pena prescrittiva e condotta reintegratoria, 2017; *Duff,* Trials and Punishments, 1986; *el mismo,* Alternatives to Punishment — or Alternative Punishments?, en: Gragg (ed.). Retributivism and its Critics, 1992, 43; *el mismo,* Punishment, Communication, and Community, 2001; *el mismo,* Restoration and Retribution, en: von Hirsch *et al.* (eds.), Restorative Justice and Criminal Justice, 2003, 43; *el mismo,* The Realm of Criminal Law, 2018; *Dünkel,* La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños, en: Beristain/de la Cuesta (eds.) Victimología, 1990, 113; *Dzur/ Olson,* The Value of Community Participation in Restorative Justice, Journal of Social Philosophy 35 (2004), 91;

Eusebi, La pena in crisi, 1990; *el mismo*, Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione, en: Picotti (ed.), La mediazione nel sistema penale minorile, 1998, 61; *el mismo*, La Chiesa e il problema della pena, 2014; *el mismo*, La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria, *en:* Mannozzi/Lodigiani (eds.), Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone, 2015, 97; *Faraldo Cabana*, ¿Hay espacio para la mediación tras la condena?, LH Mir Puig, 2017, 963; *Forsberg/Douglas*, What is Criminal Rehabilitation? CL&Phil 16 (2022), 103; *Frehsee*, Wiedergutmachung statt Strafe, KrimJ 1982, 126; *el mismo*, Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, KrimJ 1986, 105; *el mismo*, Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *García Arán*, Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica, LH Landrove Díaz, 2011, 449; *Garvey*, Restorative Justice, Punishment, and Atonement, Utah L. R. 1 (2003), 303; *Gil Gil*, Las teorías de la pena orientadas a la víctima, LH Mir Puig, 2017, 323; *Gil/Maculan* (eds.), El papel de la víctima, 2017; *Guzmán Dalbora*, Sentido de la pena y reparación, RDPC 18 (2017), 189; *Hanan*, Decriminalizing Violence: A Critique of Restorative Justice and Proposal for Diversionary Mediation, New Mexico L. R. 46 (2016), 123; *Hanna*, Say What? A Critique of Expressive Retributivism, L&Ph 27 (2008), 123; *el mismo*, The Nature of Punishment: Reply to Wringe, Ethical Theory & Moral Practice, 20 (2017), 969; *el mismo*, The Nature of Punishment Revisited: Reply to Wringe, Ethical Theory & Moral Practice, 23 (2020), 89; *Hill/Doe/Helmholz/Witte* (eds.), Christianity and Criminal Law, 2020; *H.-J. Hirsch*, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, FS Engisch, 1969, 304; *von Hirsch et al.* (eds.), Restorative Justice and Criminal Justice, 2003; *Hörnle*, Teorías de la pena, 2015; *Howard*, Punishment as Moral Fortification, L&Ph 36 (2017), 45; *Jahn*, Wiedergutmachung und Integrationsprävention: an den Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Strafrechts, Rechtstheorie 1/1996, 65; *Jung*, Mediation —ein Ansatz zu einer Entrechtlichung sozialer Beziehungen?, en: Jung/Neumann (Hrsg.), Rechtsbegründung — Rechtsbegründungen. Günther Ellscheid zum 65. Geburtstag, 1999, 68; *Kaspar*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004; *Kelly*, From Retributive to Restorative Justice, CL&Phil 15 (2021), 237; *Kennedy*, The Citizen Victim: Reconciling the Public and Private in Criminal Sentencing, CL&Phil 13 (2019), 83; *Lacey/Pickard*, To Blame or to Forgive? Reconciling Punishment and Forgiveness in Criminal Justice, OJLS 35 (2015), 665; *Lampe*, Wiedergutmachung als dritte Spur des Strafrechts?, GA 1993, 486; *Lotter*, Schuld und Respekt. Über die Praxis von Vergeltung und Versöhnung, 2023; *Lotter/Fischer*, Guilt, Forgiveness, and Moral Repair, 2022; *Luna*, Punishment Theory, Holism, and the Procedural Conception of Restorative Justice, Utah L. R. (2003), 207; *el mismo*, In Support of Restorative Justice, en: Robinson *et al.* (eds.), Criminal Law Conversations, 2009, 585; *Manna*, La tutela penal de los derechos de la personalidad CPC 34 (1988), 63; *Mannozzi*, La giustizia senza la spada, 2003; *Mannozi/Lodigliani* (eds.), Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone, 2015; *Manca*, La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo, 31 ss.; 252 ss., 273 ss.; 119 ss., 452 ss.; *Martínez Escamilla*, Justicia restauradora, mediación y sistema penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 465; *Martinson*, What Works?, The Public Interest, 35 (1974), 22; *Mattevi*, Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale, 2017; *Miguel Barrio*, Justicia restaurativa y justicia penal. Nuevos modelos, 2019; *el mismo*, El requisito previo del reconocimiento de los hechos por el autor en un proceso restaurativo, Justicia: Revista de Derecho Procesal 1 (2020), 513; *Montero*, Equivalentes funcionales de la pena retributiva, 2023; *Montesdeoca Rodríguez*, Justicia restaurativa y sistema penal, 2021; *Morales Prats*, Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora, CPC 36 (1988), 663; *Mühl*, Strafrecht ohne Freiheitsstrafen — absurde Utopie oder logische Konsequenz?, 2015; *Occhetta*, La giustizia capovolta. Dal dolore alla riconciliazione, 2016; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Pascual Rodríguez*, La mediación en el sistema penal: propuestas para un modelo reparador, humano y garantista, 2012; *Pérez Sanzberro*, Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?, 1999; *Pérez del Valle*, Arrebato, venganza y pena, LH Maza Martín, II, 2018, 425; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *Quintero Olivares*, La reparación del daño y la renuncia a la pena, LH Fernández-Albor,

1989, 589; *Renzikowski*, Dimensionen der Straftat: Täter — Opfer — Gesellschaft, FS Höhland, 2015, 210; *Reznik*, Retributive Abolitionism, Berkeley J. C. L. 24 (2019), 123; *Ricoeur*, Lo justo, 1995; *Romano*, Risarcimento del danno da reato, Diritto civile, Diritto penale, RIDPP 1993, 865; *el mismo*, Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi, LH Dolcini, II, 2018, 501; *Roxin*, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 37; *el mismo*, Zur Wiedergutmachung als einer dritten Spur im Sanktionensystem, FS Baumann, 1992, 243; *Schild*, Täter-Opfer-Ausgleich als Strafe, FS Geerds, 1995, 157; *J. Schmidt*, Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht, KritV 1986, 83; *Seminara*, Riflessioni sulla riparazione come sanzione civile e come causa estintiva del reato, LH Dolcini, II, 2018, 553; *Silva Sánchez*, Medios no judiciales de reparación a la víctima, en: Romeo (ed.), Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales 1993, 331; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, PJ 45 (1997), 183; *el mismo*, En busca del Derecho penal, 2015; *el mismo*, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, 2018; *Soleto/Carrascosa* (eds.), Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas, 2019; *Tamarit Sumalla* (ed.), La Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, 2012; *Valenzuela Saldías*, La pena como penitencia secular, Revista de Derecho 23 (2010), 255; *Varona Gómez*, Justicia restaurativa y justicia terapéutica: hacia una praxis reflexiva de transgresiones disciplinares, en: Pillado (ed.), Hacia un proceso penal más reparador y socializador: avances desde la justicia terapéutica, 2019, 25; *Venturoli*, La vittima nel sistema penale, 2015; *Wringe*, Punishment, Forgiveness and Reconciliation, Philosophia 2016, 1099; *Zedner*, Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?, MLR 57 (1994), 228.

I. EL SENTIDO DE LA IMPOSICIÓN Y DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1. LA VENGANZA

En las relaciones entre las personas, en tanto que seres imperfectos, tiende a regir el principio de reciprocidad —o de acción-reacción—. Así, cuando se ha recibido una agresión, tanto la racionalidad como la emocionalidad parecen conducir automáticamente a la venganza. En efecto, una consideración de antropología histórica pone de relieve que esta «proporcionaba satisfacción al vengador y realzaba su sentimiento de la propia dignidad».[1] Ahora bien, por lo común la venganza no se somete a la ley del talión, sino que conduce a generar una espiral. Entonces, aquel sobre quien ha recaído la venganza se siente agraviado en más de lo que merece y, por tanto, justificado en vengarse a su vez. Y así sucesivamente. La constatación de este fenómeno —en el plano descriptivo— no se debe perder de vista precisamente por quien —en un plano crítico-normativo— aspire a su relativa superación, nunca plenamente posible.[2] Ciertamente, el delito, como acto de autoafirmación, conlleva —tanto en el caso de los delitos *mala in se* nucleares como en algunos de los *mala in se* periféricos— una grave alteración del orden de paz que tiene que ser restaurado.[3] Entonces, el riesgo permanente es que su hetero-negación pública adquiera la forma de una venganza institucionalizada —ritualizada—. 1

[1] *Lampe* (2003), 220. Ya, *Aristóteles*, Ética, 1126a: «la venganza pone fin a la ira proporcionando placer a cambio del dolor».

[2] *Pérez del Valle*, LH Maza Martín, II, 2018, 425 ss.

[3] *Ricoeur* (1995), 195 ss., 204 ss.

2. LA RECONCILIACIÓN Y EL PERDÓN

2 Para intentar evitar esta consecuencia, es imprescindible tener siempre presente que existe una forma más perfecta de restaurar el desorden del delito. Esta —un camino de autonegación del delincuente— se puede concretar en la confesión de su hecho, la oferta de reparación del daño moral y material causados, en la medida de lo posible, y el compromiso, más o menos cumplido, de la auto-resocialización —esto es, el propósito de enmienda—. En la medida en que se acepten los actos de autonegación del delincuente como forma de hetero-afirmación de la víctima y del orden de paz, tendrán lugar la reconciliación comunitaria y el perdón. Desde luego, solo este último rompe de modo definitivo la cadena de la venganza.[4] Así, igual que el milagro rompe las leyes causales de la naturaleza, el perdón quiebra la ley (in-)moral de la venganza y restablece plenamente el *statu quo ante* de la paz. Sin embargo, el perdón requiere que previamente se haya expresado de algún modo el reproche por el acto injusto cometido.[5] En efecto, en una conducta justificada no hay nada que perdonar. Por su parte, una conducta no culpable no es reprochable, de modo que el agente que la realiza tampoco tiene por qué ser perdonado. Así pues, solo el mal reprochado puede ser perdonado en sentido estricto.[6]

3. EL CASTIGO

3 Entre los extremos representados por la restauración ideal de la paz —el perdón— y por el desencadenamiento real de la espiral de la violencia —la venganza—, la restauración ordinaria e imperfecta del *statu quo* previo al delito pasa por el castigo. En efecto, este constituye la hetero-negación con la que se responde a la autoafirmación del autor, en la que consiste el delito. Tal hetero-negación ordinaria del autor se produce mediante la declaración judicial del injusto culpable que cometió, la imposición de la condena por el hecho punible y, en fin, el cumplimiento de la pena por el reo. Solo mediante ellos se admite establecer un nuevo marco de reafirmación —reintegración— del autor. En definitiva, el castigo se sitúa a medio camino entre el perdón y la venganza. Así pues, el riesgo que le acecha de modo permanente es su aproximación a esta última, hasta su identificación con ella. Desde luego, el castigo se distingue del perdón en que este último es —en términos contables, o jurídico-civiles— una condonación, de modo que cancela la deuda punitiva de modo inmediato. En cambio, mediante el castigo no se logra —o no de modo automático— la re-inclusión (la rehabilitación) del agente, es decir, su reconciliación con la víctima, la comunidad y el Estado.[7] Ahora bien, el castigo

---

[4] *von Bar* (1882), 312.

[5] *von Bar* (1882), 316-317.

[6] *Silva Sánchez* (2018), 183 ss.

[7] Al Estado no le corresponde imponer el arrepentimiento, el perdón y la reconciliación, pero sí favorecerlo: *Donini*, LH Coppi, II, 2011, 954-955; *Silva Sánchez* (2018), 217 ss.

también se diferencia de la venganza. En efecto, a diferencia de esta última, la punición no hace imposible aquella reconciliación comunitaria. Es decir, de nuevo en términos contables, no implica más anotaciones de créditos y deudas en las cuentas recíprocas. Esto significa, en definitiva, que el castigo es tanto mejor cuanto más se aproxima al perdón; y tanto peor cuanto más se acerca a la venganza.

4. LA REHABILITACIÓN Y LA REINTEGRACIÓN COMUNITARIA DEL PENADO

El cumplimiento de la condena puede producir una «auto-» y «hetero-rehabilitación» reales. Para ello, además de seguir comunicando a los condenados el reproche de sus actos, debe incorporar una dimensión positiva: «persuadirles de que se arrepientan de sus delitos, traten de reformarse y se reconcilien así con aquellos a quienes agraviaron».[8] O bien: «transmitir el mensaje de que el Estado los anima a arrepentirse (en el sentido de metanoia), a intentar reformarse y, por tanto, a reconciliarse con la sociedad cuyas normas han infringido. A su vez, el Estado tiene el deber de ayudar a los condenados a reintegrarse en la sociedad».[9] Ciertamente, hay que aceptar la posibilidad de que nada de esto tenga lugar o de que, en todo caso, fracase. Ahora bien, aun cuando hayan fracasado las formas de auto- o hetero-rehabilitación reales, tan pronto como el reo haya cumplido la condena el Estado tiene que presumirle rehabilitado *iuris et de iure*, declarando formalmente su plena rehabilitación. La alternativa sería la estigmatización permanente de aquel —su avergonzamiento y exclusión—. Sin embargo, esto último no logra jamás la superación del desorden del delito y la restauración del orden justo de modo que, en consecuencia, no puede constituir un castigo estatal legítimo. Por lo tanto, el estatus del reo, una vez que ha cumplido la condena, no puede ser otro que el de un sujeto plenamente rehabilitado y reintegrado en la comunidad moral y política. En definitiva, la rehabilitación del reo es una exigencia normativa del castigo.[10] 4

El problema es que el término «rehabilitación», por un lado, resulta ambiguo;[11] y, al menos en una de sus concreciones, está desprestigiado por su asociación a un mero procedimiento administrativo de cancelación de antecedentes penales. En efecto, tal procedimiento discurre de una forma que pasa desapercibida para los integrantes de la comunidad política y carece de relevancia simbólica pública. Por tanto, es preciso «rehabilitar la rehabilitación», lo que exige reconstruirla e integrarla como parte de una teoría (re-)inclusiva del castigo. En este marco conceptual, la rehabilitación normativa del penado tendría que consistir en una resolución judicial pública y solemne —tan 5

[8] *Duff* (2001), xvi; *Valenzuela Saldías*, Revista de Derecho 23 (2010), 255 ss.

[9] *Bottoms* (2019), 138-139.

[10] *Carnevali/Navarro*, InDret 1/2023, 125 ss.

[11] *Forsberg/Douglas*, CL&Phil 16 (2022), 108 ss.

solemne como la sentencia condenatoria— en la que se diera cuenta de su renovada acogida como miembro de la comunidad con plenitud de derechos.

II. ¿HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

1. GENERALIDADES

6 Es preciso subrayar que, junto a la tradición «hetero-negativa» del castigo, siempre ha existido un modelo «auto-negativo» y positivo de justicia penal.[12] Su permanente pretensión ha sido la de evitar la exclusión del sujeto activo, para no hacer tan difícil su reinclusión, al tiempo que evitar la victimización secundaria del sujeto pasivo y lograr su satisfacción.[13] Este segundo modelo se ha basado, en términos generales, en la confesión, la reparación y el perdón y, con ello, en una reconciliación sin pena judicial aflictiva. En realidad, como se ha visto, nada de esto es ajeno al Derecho punitivo, puesto que la confesión, la reparación y el perdón han tenido siempre afectos atenuantes e incluso eximentes. Ahora bien, resulta asimismo cierto que en la confesión y en la reparación se entremezclan aspectos instrumentales con otros simbólicos, hasta el punto de que dentro de cada una de ellas existen dos instituciones dogmáticas distintas. Igualmente, el otorgamiento del perdón no siempre ha sido expresión de una auténtica reconciliación entre la víctima y el autor.

2. LA REPARACIÓN Y LA CONCILIACIÓN

2.1. La reparación como institución jurídico-civil

7 La reparación es, de entrada, una institución del Derecho civil de daños, que —integrada en la tríada de la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios— constituye una de las formas que puede adoptar la responsabilidad civil derivada de delito (art. 110 CP español). Ahora bien, en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, la conducta de restitución de la cosa o de reparación integral del daño económico causado puede verse asimismo como una especie de (cuasi-)desistimiento postconsumativo. Así, algunas legislaciones le atribuyen el efecto cualificado de eximente —en delitos contra la propiedad o el patrimonio—.[14] De ahí que no sorprenda que, durante el último tercio del siglo XX, experimentara un cierto renacimiento la antigua noción relativa a la contribución de la reparación civil del daño a la restauración del desorden generado por el delito.[15] Por lo demás, existe otra «reparación» de signo distinto —de naturaleza no patrimonial, sino interpersonal— que también fue adquiriendo prestigio intelectual a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Esto último traía causa de un cierto

---

[12] *Bovati* (1998), 49 ss.; *el mismo* (2014).

[13] *Bustos Rubio*, RP 42 (2018), 31.

[14] *Silva Sánchez* (2018), 124 ss.; *Donini*, Cass. Pen. 6 (2022), 2030.

[15] *Barnett*, Ethics 87 (1977), 279 ss.; *Frehsee*, KrimJ 1986, 111.

escepticismo frente a la capacidad del Derecho penal público para cumplir dos fines que habían adquirido una creciente relevancia: (i) la resocialización del autor; y (ii) la satisfacción de la víctima. Paradójicamente, tenía lugar de modo prácticamente simultáneo a la crítica doctrinal de las atenuantes basadas en el «arrepentimiento» del autor, derivada del rechazo liberal a la incidencia de elementos morales en los juicios sobre el castigo.

2.2. El retorno a la conciliación

2.2.1. Planteamiento

El debate sobre la relevancia político-jurídica de la conciliación entre autor y víctima se orientaba a la reducción del ámbito del Derecho penal estrictamente punitivo. De este modo, propugnaba, por un lado, la no estigmatización y la resocialización del autor; por el otro, la reparación plena a la víctima, no circunscrita a la reparación.[16] A su vez, la conciliación podía operar en tres planos distintos: (i) en el de un programa de despenalización de ciertos ilícitos; [17] (ii) en el del proceso formal y el juicio oral —con el efecto de impedir la incoación o dar lugar al sobreseimiento del proceso—; [18] o, en fin (iii), en el de las sanciones —como alternativa a la imposición o a la ejecución de las penas—.[19] 8

2.2.2. Los diversos modelos

El modelo (i) de despenalización admitía la posibilidad de que la reparación civil incorporara algunos elementos punitivos. Esto es, que no se agotara en la compensación estricta del daño, sino que su importe se determinara también por la mayor o menor gravedad de la conducta. Sin embargo, tal redescubrimiento de las penas privadas fue objeto de múltiples críticas. Estas ponían de relieve que constituía un cuerpo extraño en relación con la evolución del Derecho civil de daños en Europa, que tiende a la objetivización y, exclusivamente, a la compensación. [20]Ahora bien, también contó con defensores de la combinación de aspectos del Derecho civil de daños y del Derecho penal.[21] La que probablemente hizo más mella fue la crítica de fraude de etiquetas, en la medida en que al condenado no se le sancionaría penalmente, pero sí se le acabaría imponiendo una sanción próxima —civil-punitiva—.[22] Ello 9

---

[16] Con matices, ya, *Plack* (1974), 324; *Lüderssen* (1989), 38 ss., 47, 60.

[17] *Frehsee,* KrimJ 1982,130-131; *Morales Prats,* CPC 36 (1988), 718.

[18] *Dünkel* (1990), 113; *Donini,* Cass. Pen. 6 (2022), 2038.

[19] *Roxin* (1987), 37 ss., 43 ss.; *Quintero Olivares,* LH Fernández-Albor, 1989, 589; crítico, *Donini,* Cass. Pen. 6 (2022), 2037-2038.

[20] *Hirsch,* FS Engisch, 1969, 314 ss.

[21] *Frehsee,* KrimJ 1986, 105, 111; Manna, CPC 34 (1988), 90-91; *Morales Prats,* CPC 36 (1988), 719 ss., 725. Con matices, *Roxin* (1987), 39-40, 52.

[22] *Hirsch,* FS Engisch, 1969, 324-326.

con el elemento agravante de que no se respetarían las garantías sustantivas y procesales del Derecho penal. En definitiva, este modelo no ha gozado de especial aceptación en las últimas décadas.

10 Los otros dos modelos sí han tenido una creciente aceptación doctrinal y se han traducido en múltiples propuestas de reforma legal. Así, en el modelo (ii) la reparación interpersonal aparece como condición del sobreseimiento del proceso. Esto significa que en él se mantiene la norma de conducta, penalmente reforzada, de modo que lo que se bloquea es la incidencia de la norma penal de sanción. Pues bien, el mantenimiento de la incriminación del hecho produce importantes efectos tanto comunicativos como de prevención de intimidación. Así, la reparación no tiene que asumir necesariamente contenidos punitivos que cumplan tales finalidades. Con todo, ello tampoco significa que coincida con la reparación civil del daño. En efecto, la reparación «penal» no tiene por qué ser material, sino que también puede ser moral-simbólica. Además, por eso mismo, tampoco es necesario que tenga éxito, sino que basta con el esfuerzo reparatorio.[23]

11 El tercer modelo (iii) es el de la suspensión de la imposición de la condena o de la ejecución de esta. Así, se diferencia del segundo en que no solo parte de la dimensión comunicativa propia de la norma de conducta, sino también de la norma de sanción, que se manifiesta en el proceso y en la declaración judicial del injusto culpable. Es decir, en él se manifiesta todavía con más claridad una concepción no alternativa al sistema tradicional del Derecho penal, sino complementaria con respecto a este.[24] En efecto, el proceso penal —junto a sus funciones instrumentales de esclarecimiento y de aseguramiento— cumple una importante función estabilizadora, que se mueve en la misma dimensión expresiva-comunicativa que la propia pena. Esta función la desempeña en particular el juicio de culpabilidad que se contiene en la propia sentencia. Ello significa que no debe descartarse la suficiencia del juicio de culpabilidad y de la aflictividad que es inherente a tal comunicación simbólica para alcanzar una plena equivalencia funcional con la pena en ciertos contextos delictivos leves o menos graves. Por eso se plantea la posibilidad de prescindir de la imposición de la condena o, en su caso, de la ejecución de la pena impuesta. En efecto, si al juicio de culpabilidad se le suma la imposición de la condena y, además, la reparación, parece clara la posibilidad de alcanzar la equivalencia funcional con la efectiva ejecución de la pena en contextos de gravedad media.[25]

12 Integrada en este contexto, la reparación plantea ante todo el problema de su reducción economicista-civil, que debe paliarse mediante su reconstrucción en términos interpersonales. Así pues, es necesario que sea concebida como un equivalente funcional del padecimiento de la imposición y la ejecución de la condena. A tal efecto, es preciso que la mera indemnización —restablecimiento económico— se combine con la confesión —restablecimiento moral

[23] *Pantaleón Díaz* (2022), 69-70.

[24] *Gil Gil*, LH Mir Puig, 2017, 330.

[25] *Silva Sánchez* (2018), 148 ss.

de la víctima como sujeto pasivo de un injusto— y la resocialización —restablecimiento del vínculo del sujeto activo con el ordenamiento jurídico y la comunidad—.[26] Ciertamente, si se re-personaliza la reparación, ya no cabe objetar que «desde la perspectiva de las víctimas sería insuficiente la corroboración del juicio de desvalor solamente mediante la reparación del daño o la indemnización». En efecto, esta crítica arguye que «la reparación del daño solamente devuelve el *statu quo* económico a su estado anterior al hecho, de manera que aquella no constituye una genuina causación de un mal. La indemnización también es insuficiente para aclarar el juicio de desvalor en caso de lesiones graves de derechos, puesto que mediante una pérdida solamente económica no es posible explicar un reproche importante».[27]

3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1. Planteamiento

Los modelos expuestos sientan las bases del debate de las últimas décadas 13
sobre la justicia restaurativa.[28] Como ya se ha adelantado, un sector doctrinal es escéptico, por entender que la composición entre autor y víctima solo puede ser un equivalente funcional parcial de la pena. En efecto, entiende «que la lesión de lo general por un delito corre peligro de quedar en una posición marginal (o completamente fuera) en el marco de esta composición».[29] En el otro extremo, algunas posiciones favorables adoptan versiones procedimentalistas, hasta el punto de hacer abstracción de lo que haya de suceder en el seno de la restauración.[30] En este punto, el único criterio rector que acogen alude a una «elaboración positiva del conflicto». Sin embargo, la expresión «conflicto»[31] no es adecuada para describir un delito. Además, antes de que se dé comienzo a la referida «elaboración positiva» es preciso que tenga lugar alguna forma de autonegación por parte del autor. En definitiva, el contenido del proceso restaurativo tiene que guardar relación con figuras ya mencionadas: la confesión y la reparación, el comportamiento auto-punitivo y, en fin, la restauración del desorden externo e interno generado por el delito.

3.2. La restauración comunicativa

En el amplio espectro de posiciones que efectúan propuestas de justicia res- 14
taurativa la preferible es una restauración comunicativa.[32] Esta, a su vez, requiere

---

[26] En los delitos contra bienes supraindividuales la reparación debe adoptar la forma de trabajo en provecho de la comunidad: *Roxin* (1987), 51-52.

[27] *Hörnle* (2015), 43.

[28] *Duff* (1986), 233 ss.; *el mismo* (2003), 53.

[29] *Jakobs* (2005), 340.

[30] *Luna*, Utah L. R. (2003), 207 ss.; *Alonso Rimo* (2024).

[31] *Christie*, The British Journal of Criminology 17 (1977), 1 ss.

[32] *Duff* (1986); *el mismo* (1992), 43 ss.; *el mismo* (2001); *el mismo* (2003), 43 ss.; *Kelly*, CL&Phil 15 (2021), 237 ss.

que el procedimiento restaurativo empiece por la verdad —por el reconocimiento del hecho como algo real, antijurídico y culpable—. En efecto, la restauración no puede ser un diálogo entre iguales, ni concluir en un mero «acuerdo», porque no equivale a una negociación o a un arbitraje civil entre las partes, sino que uno de sus pilares fundamentales ha de ser la verdad. Además, debe cumplir una exigencia de justicia, que se concreta en el reconocimiento de la culpabilidad por el hecho antijurídico. Ciertamente, el daño sufrido por la víctima no ha sido casual, sino que se debe a una injusticia que le ha sido infligida de modo culpable. En fin, tal injusticia demanda arrepentimiento y solicitud de perdón, con la correspondiente oferta de reparación moral y material del hecho. Sobre tal base puede tener lugar la reconciliación y, con ello, la rehabilitación del delincuente, en el marco de la reconstrucción de un orden justo. En definitiva, únicamente una restauración que contenga una dimensión auto-punitiva puede caracterizarse como un equivalente funcional del castigo estatal.

15 Por lo demás, lo anterior no obsta obviamente a mantener un «sistema de fondo» de penas estatales para los casos que no son adecuados para la justicia restaurativa o para las situaciones en las que esta fracasa repetidamente. En efecto, el sistema debe operar mediante una doble vía. Por un lado, la vía de la justicia restaurativa; por otro, la del proceso ordinario, la de la declaración de culpabilidad, la imposición y la ejecución de la pena. En este marco, la efectiva restauración puede determinar la suspensión del proceso, la de la imposición de la condena o, en fin, la de la ejecución de esta. En última instancia, existen razones para impulsar vías de mediación y restauración incluso iniciada la ejecución de la condena, de modo que estas puedan tener efectos de reducción de la condena, al tiempo que contribuyen a restañar las heridas del delito.[33]

3.3. Al final

16 El castigo que neutraliza la reacción colectiva informal contra el delito y, al tiempo, hace posible que el reo reingrese en la comunidad, puede ser catalogado como una especie de «restauración condicionada al cumplimiento de la condena». En efecto, en él, la declaración del injusto culpable —la dimensión comunicativa del castigo— constituye un equivalente funcional de la confesión pública por parte el reo de que ha cometido un hecho lesivo del Derecho y de los bienes de la víctima. Por su parte, la condena y su ejecución —que dan lugar a la dimensión fáctica del castigo— constituyen asimismo un equivalente funcional de la oferta de reparación y de auto-resocialización, así como de la solicitud de perdón, finalmente concedido. En definitiva, las cosas pueden incluso formularse al revés de lo que es usual: el castigo estatal constituye un equivalente funcional parcial de la reconciliación y el perdón. Ciertamente, se trata de un equivalente muy imperfecto, en cuanto a su capacidad de restablecer la paz. Sin embargo, ello también es un fiel reflejo de la imperfección de la condición humana.

---

[33] *Faraldo Cabana*, LH Mir Puig, 2017, 966 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 218 ss., 236 ss.

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

Abandono: 11/14, 63
***Aberratio ictus*:** 12/149-152; 15/43
Aborto: 2/105-108; 18/77, 86; 19/92; 22/67
Abuso de derecho: 19/76; 21/76, 81
Abuso de confianza: 28/45
Abuso de superioridad: 28/45, 55
Accesoriedad administrativa: 4/49; 6/66 s.; 10/50 s.
Accesoriedad de la participación:
cuantitativa: 16/51
mínima: 16/45 s.
media: 16/43 s.
máxima: 16/42
Acción:
concepto analítico: 9/27
concepto causal (natural): 9/23
concepto final: 9/25
concepto negativo: 9/26
concepto personal: 9/27
concepto significativo: 9/27
concepto social: 9/24
***A contrario*:** 6/112-115
Actio illicita in causa
estado de necesidad: 20/91, 93
legítima defensa: 19/85
***Actio libera in causa*:** 8/69, 152, 160; 9/53; 11/154; 15/17 s.; 22/110; 23/85; 24/60-93; 26/52
derechos de defensa frente a la *actio praecedens*: 24/78
imputabilidad disminuida en la *actio precedens* y en la *actio posterior*: 24/83 s.
imputación subjetiva: 24/79-81
in agendo: 24/61
in omittendo: 11/155; 24/61, 89 s.
justificación o disculpa en la *actio praecedens*: 24/82
modelo de la excepción: 24/64
modelo de la tipicidad (variante de la autoría mediata): 24/66
modelo de la tipicidad (variante de la participación): 24/69-76
tentativa: 24/86 s.
teoría de las normas: 24/67 s.
Acrasia: 24/41; 28/84
epistémica: 12/77, 82
Actitud interna: 10/71, 76-79; 23/52, 56
Actos preparatorios:
apología: 15/37-40
autofavorecimiento: 15/16
condicionada e incondicionadamente típicos: 15/15, 19
conspiración: 15/23
déficit de merecimiento retributivo de pena: 15/21 s.
derechos de defensa o necesidad defensiva frente a los actos preparatorios no punibles: 15/14
fundamento de su punibilidad: 15/21
heterofavorecimiento: 15/15
proposición: 15/24-26
provocación: 15/27
tipificados como delitos autónomos: 15/29-40
Actuar en lugar de otro: 17/18-21
Acuerdo previo: 16/76, 91, 94
Acuerdos negociados: 6/6; 27/101-103
Acumulación:
autoría paralela: 17/105
causalidad: 14/39-42;
delitos (de): 2/146 s.; 16/187
***Ad absurdum*:** 6/118
Adecuación:
causalidad (v. Causalidad adecuada): 10/3; 14/33
social: 10/3, 102-117
cultural: 10/109-113
sectorial: 10/88, 109
Adicción: 24/11, 28, 41 s., 91, 99; 27/93, 108; 28/75-77
Administrativización: 2/41; 5/117

Adolescente: 12/86; 23/103 ss.
Adscripción: 7/104 ss.; 12/52-54, 58 ss., 74, 166 s.; 25/47, 54 ss., 80, 87, 90
conocimiento: 23/57-60, 64
consentimiento: 22/5, 91 ss., 100 ss.
culpabilidad: 24/22
Aflicción: 3/4 ss., 49, 113
***A fortiori*:** 6/116 s.
Agente provocador: 15/124-129; 16/188 ss.; 27/110-112
Agotamiento del delito: 15/5 s., 176; 17/110
Agresión: 19/32 ss.
actual: 19/44 s.
inminente: 19/46
imprudente: 19/39, 41
permanente: 19/47-49
por animales: 19/93
por menores: 19/40
no culpable: 19/39
por omisión: 19/35-38
Alevosía: 28/30 (n. 49), 45
Algoritmos: 1/62; 6/24; 26/94 ss.; 28/9 s.
predictivos: 3/85 s.
prescriptivos: 4/54 s.
Alta hospitalaria voluntaria: 14/150
***A maiore ad minus*:** 6/116
***A minore ad maius*:** 6/116
Ámbito de protección del tipo: 14/105 s.
Amnistía: 27/81-85
Amparo (deberes de): 11/120; 15/90, 153, 159
Análisis económico: 3/60; 7/7, 77
Analogía:
in bonam partem: 4/97-101 s.; 6/69, 74
in malam partem: 4/97-100; 6/74 s.
intratípica: 4/39, 99
Ancianos: 2/105, 108
debilidad: 10/34; 14/121, 135
Ancilares (delitos): 17/112
Animales:
comportamiento: 9/6 ss.
protección: 2/120-122
defensa: 19/93
***Animus iniurandi*:** 10/75; 12/136.
Antecedentes:
de hecho: 6/129
penales: 3/139, 5/82 s.
Anticipación: 2/138, 140 ss.
Antijuridicidad:
general: 8/116 ss.; 18/13 ss.
penal: 8/119 ss.; 18/15
Antropología:
consentimiento: 22/52 ss.
realismo (antropológico): 1/85; 23/40, 78 ss.
Aparatos organizados de poder: 16/123 ss.
Apología del delito: 15/37-40
simultánea: 16/164
Armas de fuego:
uso por la autoridad: 21/61 ss.
Aseguramiento (deberes de): 11/21, 25, 43, 66, 70, 88, 115 s., 119 ss.; 15/46 s., 89 s., 117, 120 s., 141-152, 159, 161
Asesoramiento: 12/165; 16/158, 176; 25/71 ss.
Asténica, emoción: 26/47 s.
Asunción de compromisos: 11/16, 34, 42 s., 66, 70, 81, 84, 91 s., 94 ss., 106, 113, 115, 126
tácita: 11/15 s.
Atenuante:
de análoga significación: 18/129; 22/127; 26/56; 28/36-40
genérica: 28/6, 25, 30 s.
específica: 28/26
Autoadoctrinamiento: 15/33, 35
Autoayuda (o Autofavorecimiento): 15/15 ss., 33, 74, 119; 16/, 17, 178
Autoencubrimiento: 15/178; 17/113; 26/96; 28/45 s.
Autolegislación: 4/107 ss.
Autolesión: 22/90
Automatismo: 9/50 s.
Automatización: 18/90; 26/94 ss.
Automóvil: 9/43, 50-53; 14/11, 143
justificación de acciones imprudentes en estado de necesidad: 20/88
riesgo para bienes intrínsecos en el tráfico viario: 10/98
Autonomía: 18/61 s.; 20/7; 22/16, 52 ss., 105
Autopuesta en peligro: 14/137 s., 152 s., 158; 22/34 ss., 45

Autor:
accesorio (paralelo): 16/19, 35, 44, 69, 91, 95, 127, 177, 187; 17/103-105
concepto unitario: 16/11 ss.
directo: 16/67 ss.
inidóneo: 15/110-112
mediato: 16/97 ss.
moral: 16/13, 154
tras el autor: 16/116, 127
Autorización:
administrativa: 21/137 ss.
judicial: 21/54, 136
Autotutela: 21/144 ss.
Auxilio necesario:
concepto: 20/14
deber de sacrificio: 20/94
deber de socorro: 20/57
del Estado: 20/104 ss.
funcionarios públicos: 20/102 ss.
provocación de la situación de necesidad: 20/90
responsabilidad civil: 20/107 ss.
***Auxilium post delictum*:** 17/109 s.
Azar: 13/44
Bagatela: 5/19
Bien común: 1/10 ss.; 2/118, 122; 3/97, 110 ss., 127; 4/108; 18/68 ss.; 19/11-13, 28, 31; 20/50 s.; 22/57, 60, 105; 26/7 ss., 68
Bien jurídico:
constitucional: 2/46 s.
disponible: 22/44 ss.
doctrinas: 2/42-45, 84
extrínseco: 2/67, 89, 95, 101, 141
indisponible: 22/44 ss.
institucional: 2/68, 101
intrínseco: 2/8, 67, 87, 89, 93, 100 s.; 22/51 ss.
personal: 2/50
***Bis in idem*:** 5/27-37; 28/12
Bofetada: 21/110
Buenas costumbres: 22/13, 19
Burbuja epistémica: 23/101
Cadena:
de suministro: 10/125; 16/190
participación en: 16/34, 152 s., 183
remisión en: 4/49
Cámara de eco: 23/101
***Cancel culture*:** 21/123
Castigo:
como coacción: 2/23
concepción instrumental-regulatoria: 2/9, 86
concepto funcional: 2/4
dimensión interpersonal: 2/2 s., 6 s., 9
dimensión intrapersonal: 2/1, 94
legitimación: 2/9-11, 13, 15
privado: 2/7
público: 2/8
Catástrofes: 20/50, 68, 82 s., 102; 26/31, 38, 60
***Causa causae, causa causati*:** 14/32
Causa de justificación:
ausencia de elemento subjetivo: 18/118 ss.
efectos: 18/44 ss.
estructura básica: 18/42 ss.
funcional-teleológica: 18/16 ss.
fundamento axiológico-material: 18/56 ss.
límites: 18/89 ss.
procedimentalización: 18/85 ss.
putativa: 18/100 ss.
reducción teleológica: 18/139 ss.
supralegal: 18/134 ss.
y atipicidad: 18/45 ss.
y teoría de las normas: 18/22 ss.
Causalidad:
acumulativa: 14/39-42
adecuada: 10/3; 14/33
adelantada: 14/37
alternativa: 14/36
contrafáctica: 14/50-52
equivalencia de las condiciones: 10/2; 14/29 ss.
gnoseológica: 14/28
hipotética: 14/173
jurídica: 14/93
psíquica: 14/24
real: 14/26 s.
sustitutiva: 14/37 s.
Ceguera:
ante los hechos: 12/16, 77, 82, 92, 107, 135, 154
ante el derecho: 25/7, 87

Chivo expiatorio: 2/5; 23/57
Ciencia total del Derecho penal: 7/3
Ciencias empíricas y sociales: 7/7-9, 11, 14-18
Ciencias experimentales: 7/10, 12, 15, 27, 34, 38, 39, 84 s., 107
Cirugía:
curativa: 22/28 ss.
estética: 22/38-40
Climático (estado de necesidad): 20/61
Clubes cannábicos: 10/108; 25/70
Coacción: 16/30; 22/86
castigo (como): 2/23
física: 3/128
psicológica: 3/60 ss., 113, 128
Coacciones: 18/31 ss.
Coactivo (estado de necesidad): 20/8, 98 ss.
Coautoría: 16/72 ss.
adhesiva: 16/91
alternativa: 16/93 s.
en sentido estricto: 16/55, 73, 84, 88-90
en sentido amplio: 16/22, 74, 84, 87, 89, 177
en sentido hiperamplio: 16/85 s.
mediata: 28, 32, 64, 70 s., 97 ss.
mediata en aparatos organizados: 16/111, 123 ss.
no ejecutiva: 16/78 ss.
sucesiva: 16/91
Co-consciencia:
directa: 12/16, 94-97
error de prohibición: 25/51 ss.
eventual: 12/94-97
Co-favorecimiento: 16/72
Co-inducción: 16/31, 33, 72
Colisión:
de deberes: 20/113-115; 21/24 ss.; 26/43, 83 ss., 99
de derechos: 18/67 ss.
de pretensiones: 18/90 ss.
de razones para la obligación: 21/6
interna o intrapersonal: 10/40; 20/96 s.; 22/30
Comienzo de la tentativa: 15/74-83
en la *actio libera in causa*: 24/86 s.
en la autoría mediata: 16/106 ss.
en la coautoría: 16/83 ss.
Comisión por omisión: 11/25 s., 68 s., 78 s., 122 s.; 12/112
***Comparative fault*:** 14/148
Compatibilismo: 23/19 ss.
Compensación: 27/42 s., 109, 116
Comportamiento alternativo conforme a Derecho: 14/79 ss.
***Compliance*:** 15/162
Complicidad: 16/154 ss.
Comunidad de peligro: 11/34, 100, 42; 26/82 ss.
Comunidad política: 1/106 ss.
Conceptos:
clasificatorios: 6/57; 8/17 s.
teleológicos: 6/86 ss.; 8/40 ss.
tipológicos: 6/107; 8/44
Conciencia: 2/1 ss., 18
alteración de la «conciencia de la realidad»: 24/95 ss.
conflicto de: 26/74 ss.
delincuente por conciencia: 1/117 s.
errónea: 26/78
objeción (de): 21/88 ss.
Concurrencia de culpas: 14/145
Concurso de delitos y de leyes: 5/35; 28/86
***Condicio per quam*:** 14/31
***Condicio sine qua non*:** 14/34 s., 37 s., 40, 50, 71, 79, 166
Condición INUS: 14/47
Condición NESS: 14/47-49
Condición conforme a leyes: 14/43-46
Condiciones:
objetivas de punibilidad: 27/23, 49-51
de procedibilidad: 27/21, 111
Conducción de la vida: 8/161 ss.; 13/113, 120, 124, 126 s.; 23/54, 87 ss.
Confesión: 27/25; 28/94-97
Confianza:
racional/irracional, 12/82 s.
Confianza (principio de): 10/142 s.; 16/8 s., 189
Conflicto armado: 1/119, 133; 19/122
Conformidad (del acusado): 28/100 s.
Conocimiento:
afectivo: 12/53

consentimiento: 22/76 ss.
de la antijuridicidad: 12/26
emocional: 12/82 ss.
error de prohibición: 25/21 ss., 46 ss.
eventual de la antijuridicidad: 25/51
juicio de adscripción: 12/58-61, 65
latente: 12/95 s.
potencial: 12/95 s.
práctico/teórico: 12/91
prueba: 12/55-57
Conocimientos especiales: 10/61-64; 12/2; 13/76 ss.
Consecuencialismo: 3/18 ss., 34, 41, 46, 73 ss.; 18/63 ss., 80; 20/10, 34, 41 ss.
Consensualismo: 3/18, 47, 74
Consentimiento:
adscripción (de): 22/5; 22/91 ss.; 22/100 ss.
afirmativo: 22/98
al riesgo: 14/143 s.; 22/36
amplio: 22/104 ss.
condicionado: 22/99
de discapacitados: 22/72 ss.
de menores de edad: 22/69 ss.
de personas privadas de libertad: 22/89 ss.
del representante: 22/73 ss.
débil: 22/59, 94
dimensión interna y externa: 2/4 ss.
dinámico: 22/104
en contextos sexuales: 22/21, 45 ss., 79, 82 ss., 85 ss., 98 ss., 110, 113 ss.
en contextos de uso de tecnología: 22/104 ss.
en el tiempo: 22/108 ss.
en la actividad médico-quirúrgica: 22/28 ss.
en las prácticas deportivas: 22/26 ss.
en los delitos de omisión: 22/128 ss.
específico: 22/104
expreso: 22/96
ficticio (precipitado): 22/106
hipotético: 22/91; 22/116 ss.
indirecto: 22/95
informado: 20/30 ss., 37 ss., 76 ss.; 22/30 ss.; 22/37 ss.; 22/76 ss.
imperfecto: 22/87 ss.
irrelevante: 22/88
prescriptivo: 22/19
presunto: 10/42 s.; 22/19; 22/48; 22/93; 22/97 ss.; 22/100 ss.; 22/111; 22/116 ss.
presunción (de): 22/19; 22/44; 22/59; 22/97 ss.; 22/100 ss.; 22/103
procedimentalización: 22/48
prospectivo: 22/109
puro: 22/99
putativo: 22/124 ss.
real: 22/91; 22/95 ss.
relevante: 22/84 ss.
requisitos: 22/68 ss.
retrospectivo: 22/108, 112-114
revocación: 22/99, 112, 115
riesgo permitido: 22/29
simultáneo: 22/48
tácito (o concluyente): 22/97 ss.
ubicación sistemática: 22/20 ss.
y ámbitos de problemas jurídico-penales: 22/7 ss.
y error: 22/78 ss.; 22/88 ss.
y bienes disponibles: 22/46 ss.
y bienes indisponibles: 22/44 ss.; 22/49 ss.; 22/58 ss.
y teoría de las normas: 22/10 ss.
***Conspiracy*:** 15/23
Constitución:
interpretación conforme (con la): 4/3
non bis in idem: 5/28
Constitucionalización: 2/55, 77, 78
Consumación:
adelantada: 15/63, 88
anticipada: 15/172
formal/material: 15/5, 172
Consumo compartido de drogas: 10/108
Contractualismo: 3/14; 4/106; 20/30, 48 s.; 26/9, 36 ss.
Conveniencia: 27/12, 16, 19, 26 ss., 39, 47, 117 ss.
Convenio Europeo de Derechos Humanos: 1/127; 4/4, 15, 24, 96
deber de castigar: 5/102 s.
prohibición de tortura y de imposición de penas o tratos inhumanos o degradantes: 5/70 ss.
Convicción (autor por): 1/119 s.; 21/85, 88; 26/75.

Cónyuges:
posición de garante: 11/82 ss.
dispensa de prestar testimonio: 26/98 s.
excusa absolutoria: 27/120 s.
Cooperación: 16/154 ss.
a la inducción: 16/153, 183
conjunta: 16/31
física (v. material)
insignificante: 16/170, 175
material: 16/154 ss.
moral: 16/158
motivacional: 16/162 ss.
necesaria: 16/168 ss.
neutra o neutral: 16/144, 152, 176, 186, 189 s.
principal (v. necesaria)
psíquica (v. moral)
simple: 16/154
sucesiva: 16/52
Copenados (hechos): 17/113; 26/96
Correccionalismo: 3/80
Correspondencia: 11/123 ss.
Corresponsabilidad social: 5/68; 23/94
Cosa juzgada:
efecto (de): 4/94
fraudulenta o írrita: 5/38, 102
non bis in idem: 5/27
Costumbre: 4/56 ss.; 10/105, 108
Criminalidad organizada: 1/112, 128 ss.; 15/31 s., 126; 27/100, 103, 106; 28/99
Cualificados, tipos: 12/141-143; 28/34
Cuantías (del perjuicio o del beneficio):
en los delitos patrimoniales y económicos: 12/37; 27/50
Cuarentena (modelo de la): 3/87; 23/77
Cuasiprescripción: 27/69; 28/104 s.
Cuidado: 1/78, 84
deberes de cuidado: 12/138; 13/101-104
estándares jurídico-civiles (de): 13/35 ss.
Culpa (v. Imprudencia)
culpa consciente: 12/21; 13/47 ss., 94 ss.
culpa facti: 13/20 ss.
culpa inconsciente: 13/47 ss., 114 ss.
culpa iuris: 13/18 ss.; 25/18 ss., 84 ss.
culpa praecedens: 13/108-113
Culpabilidad:
concepto discursivo: 23/64-66
concepto funcionalista: 23/63
concepto normativo: 23/52 ss.
concepto psicológico: 23/51
concepto realista-crítico: 23/78 ss.
doctrinas de la motivación: 23/61-62
doctrinas de la necesidad preventiva de pena: 23/59-60
doctrinas psicoanalíticas: 23/57-58
penal o punible: 26/20; 26/23 ss.
por el carácter: 23/21 s., 71, 87-91; 26/19
por la conducción de la vida: 23/87 ss.
por la elección: 23/23
Cultura:
de la cancelación (v. *Cancel culture*)
normas de cultura: 1/45; 10/109-113
Cultural:
eximente: 10/109-113; 23/98; 25/97 ss.
jurisdicción: 1/31; 4/31; 5/67
Cultural defense (v. eximente cultural)
Daños:
por *shock*: 14/109 s., 159
Dañosidad social: 2/48 s.
Deber:
de aseguramiento (v. aseguramiento)
de advertencia y retirada de productos defectuosos: 10/100
de castigar: 5/97-105
de control: 11/34, 62, 79, 83, 90, 95, 97 s., 103, 105 s., 107, 155,
de cuidado (v. cuidado)
de defensa: 19/22 s.
de examen e información: 12/138; 13/101
de garante del Estado: 27/105 ss.
de huir: 19/7, 13, 70
de omitir acciones peligrosas: 12/138
de protección: 22/16 ss.
de sacrificio: 20/94 s.
de salvamento: 11/20, 43, 66, 70, 88, 116 s., 119
de socorro: 11/140 s.

de soportar: 18/18 s., 38, 136 s.; 19/3, 60, 66, 76; 20/11, 55-58
delito de infracción (de): 17/7-12, 14, 17, 23-25
especial: 11/28 s., 48, 67, 83, 132; 20/66; 26/42, 71
general: 11/172
jurídico formal: 11/28 s., 48, 64, 78, 81, 94,
negativo: 8/87 ss.
positivo: 8/87 ss.; 11/138 s.
positivo del Estado: 4/1
suprapositivo de respeto: 18/79
Decisiones colegiadas: 17/100 s.
Decisión condicionada de actuar: 15/85
Defenses (v. eximentes)
Definición legal: 6/68-71
Deliberación: 15/1
Deliberativo, concepto de culpabilidad: 23/8, 10 s., 65; 26/34 s., 39
Delincuente racional: 3/61
Delito:
provocado: 27/110-112
putativo: 15/106-109
Delitos:
comunes: 17/3
cualificados por el resultado: 12/11
de convergencia (v. Convergencia)
de dominio: 17/7
de emprendimiento: 15/5, 176
de encuentro: 16/191
de estado: 15/175
de infracción de deber (v. deber)
de intención: 12/163
de lesión: 12/145
de mera actividad: 14/10
de omisión: 12/112 s.
de peligro abstracto: 14/11 s.
de peligro concreto: 14/13
de propia mano: 17/60 s.
de resultado cortado: 12/163
de tendencia interna intensificada: 12/163
de tendencia interna trascendente: 12/163
de posición: 17/14-16, 18
de resultado: 14/2 ss.
especiales: 17/17/3, 13-15
especiales impropios: 17/4-6
especiales propios: 17/4
mutilados de dos actos: 12/163
permanentes: 15/175
preparatorios: 15/29-40
protopreparatorios: 15/33
De minimis (v. Insignificancia)
Democracia: 4/36, 107; 7/97
deliberativa: 4/107; 7/67 s.
Democratización: 2/74, 79, 80 s.
Denuncia: 21/24, 27, 30, 116, 130, 132; 27/31, 99 ss.
Deontológico: 2/22, 73, 85; 18/61 ss.
Dependencia: 1/78, 82; 2/105, 115 ss.; 11/13 ss., 62, 65, 100, 140 s., 159,
Deportes violentos: 10/98; 22/26, 43
Derecho:
a no saber: 22/30
al olvido: 5/85
Derecho administrativo:
de fomento: 2/26 s.
distinción respecto del Derecho penal: 5/106
sancionador: 2/28-30, 69 s., 82 s., 146
Derecho civil: 2/24, 86, 91
Derecho de daños: 2/24
Derecho penal europeo: 1/23, 25 ss.; 4/4, 15 ss., 32 ss., 49, 69
Derecho penal internacional: 1/24; 4/32; 3/95 ss.
fundamento de la pena: 3/95 ss.
Derecho(s):
colisión (de): 18/67 ss.
corrección (de los hijos): 21/69 ss.
educación de los hijos: 21/103 ss.
ejercicio legítimo: 21/68 ss.
especificación: 5/85; 18/68 ss.; 20/11-13; 21/7 ss.
libertad de expresión información: 21/115 ss.
libertad religiosa: 21/85 ss.
prima facie: 21/4 ss.
procesales: 21/126 ss.
(de) protesta: 21/148 ss.
Desconexión:
causalidad: 14/27
interrupción: 14/27

consentimiento: 22/62
y colisión de deberes: 21/35, 41
Desconfianza (principio de): 10/118 s., 142; 16/9
Descuento del futuro (v. sesgo cognitivo de presente): 3/62; 23/113, 119
Desistimiento: 15/37-43, 133-136, 147-169, 27/23 s., 60, 97 s.
eficaz: 15/131, 147, 152
fracasado: 15/147, 152, 161 s.
intraconsumativo: 15/6, 172 ss.
postconsumativo: 15/6, 177 ss.
programado: 15/162
voluntario: 15/130 ss.
Desobediencia:
a órdenes: 21/47 ss.
civil: 21/150 ss.
Desviación del curso causal: 12/153 s.; 14/118 ss.
Detención:
ilegal (desistimiento de la): 15/174 s.; 28/99
por particular: 18/99; 21/132
Detención policial: 21/31, 53, 58 ss.
humillante: 27/109
publicitada: 27/109
Determinación (v. inducción)
Determinación de la pena:
carácter reglado de la individualización: 28/22
causas de justificación y eximentes incompletas :28/70-72
cláusula general de individualización de la pena (66.1 CP): 28/41 s.
comunicabilidad: 28/32-35
concurso de delitos y leyes: 28/86
motivación: 28/24
teoría de las normas: 28/27-28
ubicación sistemática: 28/30 s.
Determinismo: 23/14 ss.
incompatibilista: 23/17 s.
compatibilista: 23/19 ss.
Dificultad:
de conocimiento de las normas: 8/94, 106, 145 s.; 24/13 s.; 25/11, 61, 73, 96 s.
de cumplimiento de las normas: 8/94, 145 s.; 24/13 s., 51-53; 25/92, 96 s., 99; 26/2 ss.
Dignidad humana: 1/24, 65, 90, 92; 4/12; 5/1 s., 70 ss.; 18/66, 80; 20/50 s.; 22/57 ss.; 23/35 ss.; 26/87
Dinámica de grupo: 12/84; 23/96 s.
Discapacidad:
consentimiento: 22/72 ss.;
intelectual: 24/25 s., 44
psíquica: 24/1 ss.
Discurso (teoría del): 7/67 s.
Disforia:
de género: 22/40
de integridad corporal: 22/40
Disfraz: 28/45
Disminución:
del riesgo: 10/38-41
de oportunidades: 14/173 ss.
Disposiciones transitorias: 4/82, 87
División del trabajo: 10/142; 12/104; 16/72 s., 89, 93
Doble disminución (de la culpabilidad): 26/28
Doble efecto: 26/86 ss.
Doble posición:
de la imprudencia: 13/67
del dolo: 12/28 s.
Documentos de instrucciones previas: 14/150; 22/63 s., 75, 101, 111, 129
Dolo:
alternativo: 12/37, 151
cumulativo: 12/37, 151
de consecuencias necesarias: 12/16, 19, 22
directo: 12/16-18, 22
eventual: 12/16, 20, 22, 92
en niños y adolescentes: 12/86; 23/119
malo: 12/24-27
natural: 12/24, 26
Dolor: 3/22 s.
Dolus:
generalis: 12/156 s.
indirectus: 12/10, 19
malus: 12/24-27
Dominio del hecho: 16/58 ss.
de la acción: 16/59, 68

funcional: 16/59, 76, 90
instrumental (de la voluntad): 16/59
de la organización: 16/125,
negativo: 16/168 s., 171 s.
social: 17/15, 33, 37
***Double jeopardy*:** 5/34, 38
Drogas:
consumo: 8/161, 166
adicción: 24/91; 28/75-77
deshabituación: 27/93; 28/98
intoxicación: 24/92
microtráfico: 27/106
síndrome de abstinencia: 24/93 s.
Duda:
sobre la antijuridicidad: 25/51 ss., 68
Efecto de *Knobe*: 12/68
Ejecución de la pena: 3/13 ss.; 27/36, 122 ss.
Elementos del tipo:
descriptivos: 4/40; 6/52 ss., 72 s.; 8/66; 10/56;12/39 s., 116
de la actitud interna: 10/71 ss.
negativos: 18/45 ss.
normativos: 4/40, 50; 6/52 ss., 63 s., 73; 8/22; 10/54-56;12/39-42, 116, 125, 129 s.
de sentido jurídico: 12/41, 116, 129
de sentido social: 12/41, 116, 129
de valoración global del hecho: 12/116, 126, 130
de valoración jurídica: 12/42, 116, 125, 130
de valoración social: 12/42, 116, 125, 130
Elementos subjetivos:
de justificación: 18/118 ss.; 19/111 s.
del tipo: 10/9, 72-75; 12/162-166
de tendencia interna trascendente: 12/163
de tendencia interna intensificada: 12/163
Emoción: 10/71 ss.; 12/81-87, 108, 110; 24/32
Empresa:
estado de necesidad: 20/59, 70 s.
legítima defensa: 19/91
sucesión de cargos: 11/107, 158
sucesión de turnos: 11/158
Empresa criminal conjunta: 16/15
Empresario: 14/138; 17/32 ss.
Encubrimiento:
autoencubrimiento: 17/113; 26/96
de parientes: 26/98
promesa de: 16/164 s.
Ensayos clínicos: 22/35
***Entrapment* (doctrina del):** 27/110 (n. 171)
Epilepsia: 9/43, 53
Epiqueya: 6/16; 28/40
Equidad: 8/94; 26/10, 35; 27/3, 15, 40 ss.
Error:
burdo: 12/82 s., 106, 111, 142, 154; 25/87
condicionado por una enfermedad mental: 12/139
de Derecho: 12/114, 117, 121 s.
de hecho: 12/114 s., 117, 121-123
de juicio: 12/76
de percepción: 12/76
de permisión: 12/131 s.; 25/18, 31, 44, 73, 89
de prohibición: 12/117 s., 120, 124, 131 s.; 24/6, 9 s.; 25/21 ss.
de subsunción: 12/123; 25/29, 33, 35, 88, 93
de tipo: 12/71, 79, 111, 117 s., 124 s., 131; 25/22 ss.
intersubjetiva y subjetivamente invencible: 12/119
nomológico: 15/92, 98
ontológico: 15/93, 98
provocado: 12/106
responsabilidad civil: 12/161
sobre el proceso causal (sobre el curso causal): 12/153-155
sobre la posición de garante: 12/112
sobre la valoración: 12/114, 132
sobre los motivos: 16/112
sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (v. suposición errónea)
sobre un elemento de valoración jurídica global del hecho: 12/127, 130
sobre la norma de complemento de una ley penal en blanco: 12/127 s., 130, 132

vencible: 12/106, 111, 135, 137; 25/78 ss.
Error de prohibición:
asesoramiento: 25/71 ss.
burdo: 25/87
clases: 25/38 ss.
co-consciencia: 25/51 ss.
contenido del conocimiento de la antijuridicidad: 25/46 ss.
culturalmente condicionado: 25/97 ss.
(en el) delito imprudente: 25/88 ss.
delimitación del error de tipo: 25/22 ss.
(sobre los) límites de las causas de justificación: 25/73 ss.
objeto del conocimiento: 25/21 ss.
provocado: 25/87
situación jurídica insegura: 25/66 ss.
sobre la prohibición bajo pena: 25/33 s.
suposición errónea de una causa de justificación: 25/44 s.
vencibilidad: 25/78 ss.
Error de prohibición indirecto (v. Error de permisión)
Error sobre la punibilidad: 25/29, 32, 88; 27/54
Error sobre los presupuestos de una causa de justificación:
debate doctrinal: 18/108 ss.
sobre los límites: 18/106 ss.
sobre los presupuestos normativos: 18/104 ss.
y sistema *numerus clausus* en la imprudencia: 18/114 ss.
***Error in objecto*:** 12/148, 155
***Error in persona*:** 12/148 s.
***Error iuris*:** 25/1, 3 ss., 58
Escolástica: 2/6; 7/25
Escuela de Salamanca: 7/25
Esferas de responsabilidad (principio de separación): 10/118 ss.; 18/62 ss.
Esfuerzo: 15/147, 149, 154, 156, 161 s.,
Espacio libre de Derecho: 20/43, 114; 26/39
Especiesismo: 4/12; 23/36
Esquizofrenia: 24/24 s.
Estado de necesidad:
agresivo: 20/24-95
coactivo: 20/98; 26/27, 54, 57
de los funcionarios públicos: 20/103
defensivo: 20/17-23; 26/73
del Estado: 20/102, 104-106
disculpante: 26/25, 33, 37, 42 ss., 62, 88
empresarial: 20/70 s.
exclusión de la prohibición bajo pena: 20/75
justificante: 20/17-95; 26/25, 57
provocado: 20/89-93
responsabilidad civil: 20/107-112
subsidiariedad externa: 20/65-74
subsidiariedad interna: 20/76
supralegal: 20/38
terapéutico: 20/97
Estados pasionales: 9/36, 42, 46 ss.; 12/75; 24/39, 57; 28/78 s.
Estandarización: 4/54 s.; 12/44, 53, 65, 67, 78, 80, 136, 140; 13/10, 67, 75, 77, 126 s.; 23/53, 62, 69, 80 ss.
Estatus (delitos de): 2/130-132
Estigma: 3/4, 52, 131 s.
Estructuras lógico-reales: 7/51-53, 107
Eurocentrismo: 5/66
Europeo (Derecho penal): 1/25 s.; 4/33 s.
Eutanasia: 2/108, 118; 18/82; 22/61 ss.
directa activa: 22/64
indirecta activa: 22/63
pasiva: 22/62
y homicidio a petición: 22/64 ss.
Excepción:
estado (de): 1/125 ss.
modelo (de la): 24/64
Exceso:
en la legítima defensa: 19/15, 21, 114 ss.
por miedo: 26/31, 54
Exclusión del injusto penal: 18/138 ss.; 26/39
Exclusión de la prohibición bajo pena: 18/18 ss.; 141 ss.; 19/17-21; 20/44, 75; 26/27, 40 ss., 79 s., 89 ss., 99
Exculpación: 24/13; 26/6, 12, 29 ss., 40 ss., 47, 61 ss., 71, 77, 79, 98
supralegal: 18/142 ss.
Excusas absolutorias: 27/52, 96 ss.

de parentesco: 27/120 s.
Exigibilidad: 13/88 ss.; 26/23 ss., 30 ss., 51 ss.
Eximentes:
culturales: 10/109-113; 24/6, 12; 25/97 ss.
incompletas: 18/5, 116 ss., 123, 127 ss.
supralegales: 18/134 ss.
teoría general: 18/1 ss.
Expansión:
del Derecho penal: 5/86-91
Expertocracia: 2/74
Expresivas (v. teorías expresivas): 3/21 ss., 35 ss.
Extracción de sangre: 20/80
***Extraneus*:** 17/3-6, 18, 20-27, 43
Extraterritorialidad: 4/67, 110, 115 ss.
Fenomenología: 7/51 (n. 96)
***Fiat iustitia, pereat mundus*:** 3/110
Filosofía práctica: 7/19, 26, 28, 77, 83, 87
Finalismo: 7/48, 53 s., 62, 71, 88, 94; 8/26 ss.
Fin de protección de la norma: 14/105 ss.
Formalismo: 7/26, 28, 30, 32, 37, 41-44, 67, 79; 8/16 ss.
Fraude de ley: 6/76; 19/86 s.; 20/92
Función de llamada (del tipo): 12/131; 18/50 ss.; 25/17
Funciones, doctrina de las: 11/34
Fundamentos de Derecho: 6/129
Fungible:
instrumento: 16/124
bien: 19/56, 68, 78
Garante:
posición (de): 11/26 s., 78 s.
Estado: 20/3 s.; 27/105 ss.
Garantismo: 4/11
Generaciones futuras: 2/116, 122
Género (v. Perspectiva de): 5/60
Gerencialismo: 3/83 s., 119; 5/117
Grupo criminal: 15/31 s.
Guerra: 1/24, 106, 117 ss., 133 ss.; 19/106, 122 s.; 21/152 s.
civil: 1/106, 121 ss.; 27/80, 83
Hecho:
bruto/institucional: 12/122-124
culpabilidad (por el): 5/45-48
Hecho (principio del): 2/126 ss., 136; 9/16
Hecho previo copenado: 24/70
Hecho posterior copenado: 26/96
Hegelianismo: 2/58, 72; 7/33, 61, 63-65
Hielo delgado (doctrina del): 25/20 (n. 35)
Hijos: 11/84 ss., 121; 21/69 ss., 103 ss.; 22/71, 86; 23/95
Hindsight bias (v. Sesgo retrospectivo)
Hipnosis: 9/52
Holismo, holista: 7/61-65
Homicidio:
a petición: 22/64 ss.
***Homo oeconomicus*:** 3/55, 61; 26/21
Huida: 14/153; 19/7, 13, 34, 54, 62, 70, 94
Identidad: 23/10 s.; 27/94 s.
Ignorancia deliberada: 12/16, 92, 98-100, 103 s., 107, 111, 113, 135
Imperativos: 8/113
Impresión, doctrina de la: 15/50 ss., 66
Imprudencia:
grave, menos grave y leve: 13/48 ss.
intersubjetiva-general e individual-personal: 13/75 ss.
modelos legales: 13/11 ss.
numerus clausus: 13/13 ss.
punible: 13/9 ss.
ubicación sistemática: 13/61 ss.
y dolo: 13/58 ss.; 13/72 ss.
y fuentes del Derecho: 13/32 ss.
y legalidad: 13/28 ss.
y resultado: 13/39 ss.; 13/84.
y sistema de la teoría del delito: 13/56 ss.
y teoría de las normas: 13/68 ss.; 13/101 ss.; 13/110 ss.
Imprudencia consciente: 13/47 ss., 94 ss.
en casos de culpa por asunción o *culpa praecedens*: 13/108 ss.
en casos de omisión: 13/97 ss.
y normas de conducta: 13/104 ss.
Imprudencia inconsciente: 13/47 ss.; 13/114 ss.
Imputabilidad:
disminuida: 24/83 s., 99 s.; 28/75-84
Imputación objetiva:

ausencia de riesgo: 10/46-51
capacidades especiales: 10/65 s.
conducta del sujeto pasivo: 10/80 s.
conocimientos especiales: 10/61-64
críticas: 10/14-16
del resultado: 10/3; 28/67-70
elementos subjetivos en el juicio de: 10/9
elementos valorativos en el juicio de: 10/7 s.
estado de necesidad: 10/43
historia dogmática: 10/2-4
juicio sobre el significado de la conducta: 10/24-81
principios generales de la interrelación personal: 10/118-143
valoración del significado de la conducta: 10/82 ss.
y teoría de las normas: 10/10 s.
***Imputatio*:**
doctrina (de la): 7/67
***In dubio mitior*:** 6/60; 14/87
***In dubio pro libertate*:** 6/59 s.; 14/87, 101
***In dubio pro reo*:** 6/125 s.; 14/57, 61, 65, 86 s., 101, 105, 173
Incompatibilismo (v. determinismo)
Incremento del riesgo
ex ante: 10/26, 36-41
ex post: 14/97 ss.
Incumbencias: 15/13; 8/65, 152 ss., 162 ss.; 9/55; 13/113 ss.; 24/11; 25/58 ss.; 26/5
Indiferencia: 12/21, 77
Indígena:
jurisdicción: 1/30; 4/58
Inducción: 12/149; 16/129 ss.
a la cooperación: 16/153
a la inducción: 16/153
en cadena: 16/152 s.
a otro delito: 16/151
Indulgencia: 26/7 ss.; 26/17; 26/29; 26/41; 26/63; 26/64 ss.
Indulto: 27/76-79
Inexigibilidad: 11/149 s.; 26/6, 19 ss., 35 ss., 46 ss., 50 ss.
Infraprotección (prohibición de): 5/4, 94
Inimputabilidad:
alteración de la percepción: 24/10, 95-98
anomalía o alteración psíquica: 24/5-9, 23-31, 33-55
atenuantes: 24/11, 99 s.
emociones: 24/32
eximente incompleta: 24/11, 99 s.
extensión teleológica: 24/14
intoxicación plena: 24/92
modelos teóricos: 24/3 s., 48-55
posterior a la comisión del hecho: 24/15
prueba: 24/16-18
reglas procesales: 24/101-107
relación con la exculpación: 24/13
responsabilidad civil *ex delicto*: 24/108
síndrome de abstinencia: 24/93 s.
teoría de las normas: 24/53
trastorno mental transitorio: 24/56-58
ubicación sistemática: 24/1 s., 55
Injerencia: 11/108 s.
Inmunidad: 27/117, 119
Inocuización: 3/83 ss.
Insignificancia: 10/108; 14/15 ss.
Instantáneos (delitos): 17/108 s.
Instrumento:
cualificado no doloso: 17/29, 30
doloso no cualificado: 17/26-28
Inteligencia:
artificial: 3/85 s.; 5/48, 89; 6/24 s., 73; 9/7; 26/94 ss.; 28/9 s.
Intención (elementos de): 10/67 ss.; 12/70
Interés:
preponderante: 18/63 ss.; 20/35
Intermedia (v. Ley intermedia)
Intermediario:
en secuestros: 18/144; 20/104; 26/72
Interpretación:
teleológica: 6/44 ss., 79 ss., 86 ss.
restrictiva: 6/58, 94, 97 ss.
Intimidación: 3/50 ss., 59 ss., 75
Intimidad:
legítima defensa: 19/38, 56, 79
lesión en estado de necesidad: 20/81-83
informática: 21/111

Intraneus: 17/3, 6, 20-24, 26, 28 s., 31, 43
Inviolabilidad: 27/117 s.
Ira: 26/4, 26, 48 s., 51; 28/79, 83
***Ius ad bellum*:** 19/122; 21/152 s.
***Ius in bello*:** 21/152 s.
***Ius cogens*:** 4/60 s.
Iusracionalismo: 7/28-31, 79, 117
Jefe de la banda: 16/76, 78
Joint Criminal Enterprise (v. Empresa criminal conjunta)
Jóvenes adultos: 23/125 ss.
Juicios paralelos: 27/89
Justicia:
restaurativa: 27/26, 74; Epílogo/6 ss.
transicional: 27/26, 80 ss.
Knobe effect (v. Efecto de Knobe)
Lavado de cerebro: 24/43
Legítima defensa:
de animales: 19/93
de bienes supraindividuales: 19/43
de terceros: 19/90 ss.
deber de defensa: 19/22-23
defensa necesaria (exclusión de la prohibición bajo pena): 19/17-21
dispositivos automáticos de defensa (*offendicula*): 19/71
en casos de riña: 19/61
en los conflictos armados: 19/122
exceso (en la): 19/15; 19/21; 19/114 ss.
«exclusión de la imputación objetiva»: 19/9-10
frente a inimputables: 19/39
frente a la interrupción de cursos salvadores: 19/36
frente a menores: 19/40
frente a omisiones: 19/36-38
frente al «tirano doméstico»: 19/47-49
fundamento del bien común: 19/11-13; 19/28; 19/31
fundamento individualista: 19/5-6
fundamento mixto: 19/5-7
fundamento supraindividual: 19/5-7
heterodefensa impuesta: 19/94-95
legítima defensa grupal organizada: 19/72
legítima defensa putativa: 19/109-110
necesidad: 19/58-60
preventiva o anticipada: 19/44-46
proporcionalidad: 19/4; 19/12-18; provocación de la agresión: 19/81 ss.
putativa: 19/109 s.
que recae sobre terceros: 19/101 ss.
racionalidad del medio: 19/62-63
restricciones ético-sociales: 19/73 ss.
tortura: 19/97-100
Lenguaje:
adscriptivo: 7/106 ss.
descriptivo: 7/106 s., 109, 114
prescriptivo:7/109
Lesa humanidad (delitos de): 4/70, 112,
Lesiones deportivas: 10/98, 108
Lesividad: 8/48 ss., 53 ss., 83, 101 s., 116 ss., 124 ss., 168.
principio de: 2/129, 133 s., 136, 145; 9/17
***Lex artis*:** 4/57; 10/66, 89; 13/32 s., 93; 22/28 ss., 34 ss., 62 ss., 71, 128
***Lex certa*:** 4/37 ss.; 4/40 ss.
en eximentes o atenuantes: 4/45
en la Parte General: 4/43 s.
***Lex mitior*:** 4/79 ss.
***Lex praevia*:** 4/62 ss.
cambios jurisprudenciales: 4/75-78; 4/93
delitos *mala in se*: 4/72-73
leyes intermedias: 4/85-86
leyes temporales: 4/87-88
medidas de seguridad: 4/74
retroactividad de la ley penal más favorable: 4/63; 4/79 ss.
***Lex scripta*:** 4/56 ss.
***Lex stricta*:** 4/97 ss.
***Lex tertia*:** 4/84
Ley:
fraude (de): 6/76; 19/86 s.
intermedia: 4/85 s.
interpretativa: 4/39
orgánica: 4/35
penal en blanco: 4/46 ss., 12/73, 122, 126-128, 130, 132
reserva (de): 4/35
temporal: 4/87 s.
tercera: 4/84
Libertad:
de voluntad: 23/8, 14 ss., 78 ss.

Libre albedrío: 23/14-16; 23/40 ss.
Lógica del delincuente: 15/169
Magna Charta:
del delincuente: 4/19
de la víctima: 5/95 s.
***Mala in se*:** 1/64 ss.; 2/16, 87, 93, 95 s.; 5/20 s.; 12/128, 131-133; 18/56 ss., 79, 136 ss.; 22/57; 27/105
irretroactividad: 4/72 s.
ley penal en el espacio: 4/111, 115 s.
malum in se, mala in se nucleares: 2/87 s., 97 s.; 3/133 ss.
malum in se, mala in se periféricos: 2/89-92, 97 s., 101, 103
***Mala quia prohibita*:** 2/16, 30, 76, 93, 96, 100, 103; 3/122 ss.; 12/127 s., 132 s.; 18/56 ss.; 27/105
Medidas de seguridad: 3/10 ss.; 4/74; 5/26; 23/6; 24/9, 30, 48, 50, 52, 56, 88 ss., 94, 106 s.
Médico: 11/40, 105 s., 158
Medios determinados (delitos de): 10/52 s.; 11/127 ss.; 17/70, 85.
Memoria histórica: 21/123
Menor:
consentimiento: 22/69 ss.
culpabilidad: 23/103
legítima defensa (frente a): 19/40, 79
maduro: 21/105; 22/69
Mera actividad (delitos de): 11/17, 127 ss.; 14/10
Merecimiento de pena: 3/108, 118 ss.; 5/16-19; 8/55, 102 ss., 118, 121, 127; 12/30-35, 67, 74, 78; 14/7 ss.; 15/21 s.
Miseria: 27/107
Motivos: 10/22, 57, 67 ss., 76 ss.; 28/49 ss., 80-83
conflicto (de): 26/79 ss.
Móvil: 10/22, 57, 60, 67 ss., 76 ss.; 28/49 ss.
Movimientos:
automatizados: 9/50 s.
impulsivos: 9/46-49
reflejos: 9/42
Multa: 5/21, 54, 62 s.; 28/107
Mutilación: 22/8, 28, 39 ss., 51, 70
Mutilados de dos actos: 12/163
Naturaleza:
estado (de): 19/2 s.
protección (de la): 2/122
Naturalismo: 7/8, 16, 33, 41, 44, 115, 119, 122
Ne bis in idem (v. *non bis in idem*)
Necesidad de pena: 8/104 ss., 130; 27/2, 5, 86
Negacionismo: 15/40; 21/123
***Negligence*:** 13/47
Neoconstitucionalismo: 4/11
Neokantismo: 2/43; 7/42-44, 47-50, 57, 70; 8/20 ss.; 9/71
Neurociencia: 23/17 s.
Neurosis: 24/28
Neutralidad: 7/88 s.; 10/120-138; 16/144, 152, 176, 186, 189 s.
***Non bis in idem*:** 5/27-37; 28/12
Norma:
de conducta: 2/13-16, 19, 31; 8/56 ss., 74 ss., 86 ss., 157 ss.; 18/7 s., 12-14, 17, 19, 28, 31, 48, 60, 97 s., 136, 138, 141, 149; 26/6, 36, 73, 89
de conducta derivada: 9/55; 13/110 ss.; 15/18
de cuidado: 13/38, 54, 68
de mandato: 8/86 ss.; 11/32, 54, 156,
de permisión: 18/24 ss.
de prohibición: 8/86 ss.
de sanción: 8/56 ss., 92 ss., 122 ss., 168; 26/36, 38; 27/1 s.
social: 2/20 s.
Normativismo: 7/115 s., 122
holista: 7/61 s., 64 s., 122
teleológico: 7/58 s.
Obediencia:
al Derecho: 1/48 ss., 64 ss., 99, 109
debida: 21/88 ss.
***Obiter dictum*:** 6/129
Objeción de conciencia: 21/88 ss.; 26/99
Objetivo-formal: 16/55, 58, 62, 64 s., 73, 88
Objetivo-material: 16/56
Obliegenheit (v. incumbencia)
Oclusivo, efecto: 18/88
Odio, discurso del: 15/11, 39; 21/120
Ofensividad (v. lesividad)
***Offendicula*:** 19/71

Oligofrenia: 24/25 s., 44
Olvido: 13/114, 117, 123
derecho al olvido: 5/85
Omisión:
causalidad (en la): 14/165 ss.
consentimiento: 22/128 ss.
de garante: 11/175
de gravedad intermedia: 11/132 s.
imputación subjetiva: 12/112
impropia (v. Comisión por omisión)
imprudente: 13/97 ss.
legítima defensa (frente a): 19/36-38
participación (por): 17/69-71, 74
por comisión: 11/153 s.
propia: 11/17 s.
pura: 11/91, 157
tentativa (por): 15/115-123
***Omissio libera in causa*:** 11/153 ss.; 24/49, 61, 89
in agendo: 24/61
in omittendo: 24/49, 61, 89
***Omnimodo facturus*:** 16/149
***Opinio iuris*:** 4/56, 60; 10/105
Oportunidad: 5/19, 105, 112-114; 6/10; 27/99; 28/100 s.
Orden de un superior: 16/78, 152, 183; 21/47 ss.
Padres:
derecho de corrección: 21/69 ss.
posición de garante: 11/83 ss.
consentimiento: 22/71, 74
responsabilidad: 23/123 s.
Parentesco: 27/120 s.; 28/56 s.
Parientes:
dispensa de declaración: 21/131; 26/98 s.
posición de garante: 11/82 ss.
Participación:
accesoriedad: 16/38 ss.
en la participación: 99 (n. 117)
en relación con la conducta del autor mediato: 16/111
imputación subjetiva: 16/48
necesaria: 16/191
sucesiva: 16/52
tentativa de (participación): 16/184
Paternalismo: 2/114, 117 s.
auto-paternalismo: 22/53
débil: 22/16
Patria potestad: 21/93, 104 ss.
Paz pública: 3/7, 109, 115 s., 134
Peligro:
abstracto: 2/134, 140-143; 14/11 s.; 15/125
abstracto-concreto (hipotético): 2/141; 14/11
concreto: 14/5, 13, 98 s., 103, 130,
presunto: 2/134, 140-144; 14/11
Peligrosidad: 24/14, 30, 48, 50-52, 56, 89
Pena:
a personas jurídicas: 5/36
antecedentes penales: 5/82 s.
antijurídica: 5/70
clases: 2/100
de muerte: 5/71
de prisión (efectos): 5/74-76
de prisión perpetua: 5/73
desocialización a través de la: 5/69
equivalentes funcionales (de la): 15/46; 27/21, 109; 28/88
individualización (de la) (v. determinación de la pena)
inhumana: 5/70-78
legitimación: 3/9 ss.
merecimiento (de) (v. merecimiento de pena)
multa: 5/21,54 (dimensión personal en ambos casos); 5/62 s. (principio de igualdad)
natural: 27/90 s.; 28/106
necesidad (de) (v. necesidad de pena)
resocialización a través de la: 79-85
suspensión (de la): 2/102
teorías (de la): 2/14
Pérdida de oportunidades: 14/75
Perdón: 26/64; 27/73 s.
Perito: 24/8, 16 ss., 46, 102
Permanentes (delitos): 15/174, 17/108 s.
Perseguibilidad: 27/29 ss., 118
Personalidad (principio de):
activa: 4/113 s.
de las penas: 5/52-55
pasiva: 4/115-117
Personalidad:
trastornos: 24/28 ss., 39 ss.

múltiple: 24/43
Perspectiva:
axiológica-teleológica: 12/101-104
conceptual-estructural: 12/101 s., 107
de género: 5/60
del interviniente: 7/77, 86 s., 89, 120; 10/57, 139; 23/30 s., 65, 83
del observador: 10/29; 23/30, 83
del sujeto pasivo: 10/42 ss.
ex post: 8/48 ss., 102, 108, 116 ss., 124 ss., 168; 10/2 ss., 17 ss., 27, 35, 44 ss., 70, 89, 101, 106, 118, 126, 139; 14/97 ss., 15/38, 41, 50, 55, 60, 64, 94 s. 100 ss., 122, 128 s., 137, 139, 161; 16/3 s., 20 s., 43, 46, 51 s., 148, 157, 160, 167; 18/15, 121 ss.; 22/15, 121 ss., 26/84 ss., 91 ss.
fáctica: 6/65; 17/16, 22, 24, 33 s., 37
formalista: 6/64; 17/11, 13, 16, 18, 33 s.
intersubjetiva *ex ante*: 8/53 ss., 83, 101, 107 ss., 117, 132 ss.; 10/3 ss., 17 ss., 69 s., 89, 97 ss., 118 ss., 132 ss.; 15/28, 36, 50 ss., 64, 92 ss., 127 ss., 140, 147 ss.; 16/85; 18/122 ss., 130 ss.; 22/123 ss.; 26/84; 28/44-46
legal-exegética: 12/101 s., 105 s.
***Pinkerton* (doctrina):** 16/94
Plan delictivo: 15/2 s., 23, 56, 63, 80 ss., 91, 140; 16/73
Pobreza:
extrema: 27/107
Policía
administrativa: 21/52 s.
de seguridad: 21/52 ss., 60
defensas: 21/63
detención (v. Detención policial)
judicial: 21/5 s.
maltrato: 27/109
posición de garante: 11/89, 91 s., 105
tortura: 19/97 ss.
violencia física: 21/58 ss.
Política criminal: 7/3, 5, 17 s., 35, 59
Ponderación: 18/63 ss., 79; 21/5, 82, 129
Posesión (delitos de): 2/128 ss., 137 ss., ; 10/20
Positivismo:
criminológico: 7/69
jurídico: 7/32-36, 41, 47, 87, 89, 93
Premial:
acuerdo: 27/101-103
derecho penal: 27/44-47, 98
norma: 8/95
Presencia en el lugar del delito: 16/166
Prestación óptima: 15/140 ss.
Preterintencionalidad: 12/10 s.; 13/130
Prevención:
a través de medios fácticos: 2/17, 19
a través de medios comunicativos: 2/18 s., 22 s.
especial: 3/76 ss., 15/56
general negativa: 3/59 ss., 15/52-55
general positiva: 3/88 ss.
Principio:
de accesoriedad de la participación: 17/43
de compensación: 27/42 s., 109, 116
de confianza: 10/142 s.
de humanidad: 27/125
de insignificancia: 14/15 ss.
de intervención mínima: 5/11
de irrelevancia de los motivos: 10/76 s.
de jurisdicción universal: 4/112
de legalidad: 4/15 ss.; 13/28 ss.; 18/133 ss.
de lesividad: 2/129, 133 s., 136, 145; 8/48 ss., 53 ss., 83, 101 s., 116 ss., 124 ss., 168; 9/17; 14/9
de oportunidad (v. oportunidad)
de personalidad de las penas: 5/52-55
de precaución: 10/48-51
de proporcionalidad: 2/12, 74, 129, 142, 145, 147; 5/1 ss., 12 s., 22-26
de protección: 4/14, 20
de *ultima ratio*: 5/9 s.
del hecho: 2/126-129, 136; 9/16
Prisión: 2/100, 102; 5/73-76; 28/118
Privación de libertad:
consentimiento: 22/89 ss.
Privilegiados, tipos: 12/141-143; 28/34
Privilegio: 18/37 (n. 37)
terapéutico: 20/97; 22/30
Probabilidad: 10/15-35; 12/45, 47; 14/23 s., 33, 54, 65 ss., 98, 111, 116, 169 ss., 182 s.

rayana en la seguridad: 14/51, 68, 85, 88, 172
Procedimentalización: 10/101; 18/85 ss.
Procedimientos institucionalizados: 18/89 ss.; 19/34, 42, 52, 56, 60, 64-69; 20/66-74; 26/61 ss., 72, 77 ss., 90 ss., 94 ss.
Prognosis posterior-objetiva: 10/44
Programa de Marburgo: 7/39
Prohibición:
de analogía: 4/97 ss.
de exceso: 5/1 ss., 35
de infraprotección: 5/4, 94
de regreso: 10/139-141; 14/31, 122, 137, 147, 154; 16/9; 17/88 ss., 95
Propia mano, delitos de: 17/60 s.
Protesta: 21/148 ss.
Proveedores:
de bienes: 10/119 s., 125
de servicios de internet: 10/123; 16/189
Provocación:
de eximentes: 8/151 ss., 26/28, 52, 56, 70
de la agresión: 19/81 ss.
de la situación de necesidad: 20/89-93
de situaciones justificantes (v. *actio illicita in causa)*
del delito (v. delito provocado)
del error de prohibición: 21/87
del error de tipo: 127106
del trastorno mental: 24/49 ss., 58 ss., 80 ss.
para delinquir (v. actos preparatorios)
Prueba:
carga (de la): 19/118 s.; 24/16-18;
de la causalidad: 14/36
del dolo: 12/55-57
de eximentes: 18/2 s.
Psicopatía: 24/29 s.
Psicosis: 24/27 s.
Puente de plata, doctrina del: 15/133
Putativo/a:
consentimiento: 22/124 ss.
delito: 15/106-109
eximente: 18/100 ss.
estado de necesidad: 20/60
legítima defensa: 19/109 s.
***Ratio decidendi*:** 6/129
***Ratio legis*:** 6/90
***Recklessness*:** 13/47, 115
Reducción teleológica: 4/100, 6/79, 94 ss.; 10/30, 18/140 ss.
Reforma protestante: 7/26 s.
Registro de exdelincuentes: 5/84
Regularización tributaria: 27/13; 27/57; 27/97-98
Rehabilitación: 3/133 ss.; Epílogo/4
Reincidencia: 28/58-64
Renuncia:
a la pena: 27/5, 66, 103, 122 s., 125
Reparación del daño: 27/25; 28/90-93; Epílogo/7
Resguardo (norma de): 17/111
Resistencia, derecho de: 21/151
Responsabilidad:
del superior: 15/179; 16/14; 17/79 s.
por el producto: 10/48, 99 s.
Responsabilidad civil:
en casos de legítima defensa: 19/120
en casos de error: 12/161
en casos de estado de necesidad: 20/107-112
en casos de miedo insuperable: 26/73
en delitos cometidos por inimputables: 24/108
en delitos de menores: 23/124
Restauración:
comunicativa: Epílogo/14
del orden de justicia y paz: 3/107 ss.
Restricciones ético-sociales, de la defensa: 19/73 ss.
Resultado: 14/2 ss.
concreto: 14/111
diferido: 14/159 ss.
Retención, derecho de: 21/144
Retirada (de un producto): 10/100
Retribución: 2/2 s., 6, 10, 14, 28 s., 85
discusión contemporánea: 3/34 ss.
funcional: 26/30 ss.
hasta mediados del siglo XX: 3/22 ss.
legitimación de la inflicción del dolor: 3/48 ss.
limitada: 24/51

significado: 3/15 ss.
Retroactividad
de interpretaciones jurisprudenciales: 4/75-78
de las leyes en blanco: 4/66
desfavorable: 4/62 ss.
favorable: 4/63, 79 ss.; 28/87
Riña: 19/61
Sadomasoquistas (Lesiones): 22/43
Satisfacción de la víctima: 5/97
Sentimientos: 2/112
Separación de esferas (Principio de): 16/8 s.; 18/62
Sesgo cognitivo: 6/21 ss.; 10/44 s.; 12/68 s., 84, 109, 140; 23/96 s.
de presente: 3/62 ss., 75
del resultado: 10/44 s.; 13/00
de sobreconfianza: 12/109
retrospectivo: 10/44 s.; 13/82
de sobreoptimismo: 12/85, 109
presentista: 12/86
Sicariato: 15/26
SIDA: 14/45, 162 ss.; 21/39
Síndrome de abstinencia: 24/93 s.
Sistema:
integral del Derecho penal: 7/23
multinivel de fuentes: 4/29
sintético: 8/132
vicarial: 24/89
Sistemas sociales (teoría de los): 7/6
Soberanía: 1/2, 106, 130; 4/103
Sobreoptimismo: 12/85, 109
Socorrista: 11/20, 146 s., 152, 157, 177; 14/154 ss.
Soft law: 4/32.
Solidaridad: 1/101, 104, 110; 2/105, 114, 116; 11/132, 139 ss., 172; 18/62 ss.; 20/46-49
Solidarización: 10/134; 16/164, 166
Sospecha (delitos de): 2/137-139
Subsidiariedad:
externa: 5/4, 9 s.; 19/70; 20/65-74
interna: 5/4, 11; 19/60, 69, 79; 20/76
Sucesión (de leyes en el tiempo): 4/63-65
Sucesiva (coautoría): 16/91
Suerte:
circunstancial: 23/92, 94
constitutiva: 13/125; 23/92 s.
por el resultado: 8/129; 13/44
Suicidio: 22/44, 52 ss., 57.
Supererogación: 11/148 s.; 15/138
Superstición:
en el autor: 15/59, 92, 103, 107
en la víctima: 14/136
Suposición errónea: 12/144; 18/17, 46, 92, 100 ss.; 21/44 s.; 28/35
Talión: 3/101, 104 ss., 120
Tendencia interna:
intensificada: 10/72; 12/163
trascendente: 10/72; 12/163
Tenencia (delitos de): 2/137-139; 15/30
Tenor literal: 6/40, 47 ss., 56
Tentativa:
aberratio ictus: 15/43
actio libera in causa: 24/86 s.
delito provocado: 15/124-129
desistimiento: 15/130-169; 27/23 s., 60, 97 s.
distinción con el delito putativo: 15/106-109
fundamento material de su punibilidad: 15/49 ss.
imperfecta: 15/46 s., 83-91.
imprudente: 15/123.
individualización de la pena: 15/113 s.
inicio: 15/74-83.
inidónea: 15/92 ss.; 18/127 ss.
irreal: 15/54, 56, 59 s., 64, 92 s., 97-99, 102 s., 106 ss., 118
omisiva: 15/115-123
perfecta: 15/46 s., 89-91.
sistema legal de punibilidad (*numerus apertus*): 15/71 s.
sujeto inidóneo: 15/110-112
teoría de las normas: 15/67-70.
teoría intersubjetiva *ex ante*: 15/101
teoría objetiva *ex post*: 15/100
teoría subjetiva: 15/97-99
Teoría de los elementos negativos del tipo: 18/45 ss.
Teoría del delito:
causalista naturalista: 8/7 ss.
construcción teleológica limitada: 8/40 ss.

dominante en países de habla hispana: 8/31 ss.
evolución histórica: 8/4 ss.
finalista: 8/26 ss.
formalismo: 8/16 ss.
neoclásico o neokantiano: 8/20 ss.
presupuestos: 8/33 ss.
puntos de partida: 8/48 ss.
Teoría del discurso: 7/67 s.
Teoría del hecho punible: 8/45 ss., 97 ss.
Terminación (v. agotamiento)
Territorialidad (principio de): 4/103 s.
Terrorismo: 1/129 ss.; 15/33, 35, 37
Thin Ice Doctrine (v. hielo delgado, doctrina)
Tipicidad:
como juicio de atribución de sentido: 10/24
consentimiento: 22/21 ss.
ex ante y *ex post*: 10/17 s.
exculpación: 26/77
juicio *ex ante*: 10/19-22; 12/163
relación con la justificación: 10/23; 18/45 ss., 51 ss.
riesgo típico según el sujeto pasivo: 10/35
subjetiva: 12/5
teoría de las normas: 8/18 ss., 82 ss.
Tipo:
abierto/cerrado: 10/103, 107
de garantía: 9/56
de injusto: 9/56-58
legal: 9/56 ss.
objetivo: 9/73 s.
sistemático: 9/56-58
subjetivo: 10/15, 72
Tiradores del muro: 4/70; 25/44
Tirano doméstico: 19/47-49
Tolerancia:
administrativa: 21/140, 149
policial: 21/56, 149
social: 10/114-117
Tópica: 7/29, 100 s., 134; 10/6
Tracing (v. *actio libera in causa*)
Tradición grecolatina y cristiana: 7/24 s., 79
Transicional, Justicia (v. Justicia)
Trasplante de órganos: 20/79; 22/58 ss.
Triaje: 21/35; 26/84
Tripartición:
de las omisiones: 11/24
malum in se nuclear: 1/64 s., 107; 2/16, 87 s., 94 ss.; 3/8, 98 s., 102, 104, 106, 124, 133 ss.
malum in se periférico: 1/64, 66; 2/16, 89-92, 94 ss.; 3/99, 105 s., 122 ss.
malum quia prohibitum: 1/64, 67; 2/16, 93 ss.; 3/99 s., 103, 105 s., 122 ss.
Unidad del ordenamiento jurídico: 10/22, 92; 21/9
Unión Europea: 1/25 s.; 4/33 s.
Utilitarismo: 2/43; 18/64 s., 80; 20/45; 26/45, 68, 90; 27/45, 98
Valoración, norma de: 8/21, 23, 52, 60, 97, 108, 124
Valoración paralela en la esfera del profano: 12/129
Versari in re illicita: 10/46;12/10, 69; 13/131-133; 14/160
Víctima: 4/102; 5/93;10/34; 14/133 ss., 137 ss., 152 ss.
autopuesta en peligro: 14/137 s., 152 s., 158; 22/34 ss., 45; 14/137 ss., 152 ss.
derecho al castigo: 5/93
heteropuesta en peligro: 14/139-141
consentimiento (v. consentimiento)
de trata: 27/106
organización conjunta: 14/139 ss.
satisfacción (de la): 5/97
Victimodogmática: 14/133 ss.
Vigilancia: 16/160
Vigilantism: 19/72
Vis moralis: 9/41
Vis physica:
absoluta: 9/40
compulsiva: 9/41
Voluntad de consumación: 15/49-5, 61, 65, 81 ss., 97
Voluntariedad, del desistimiento (v. desistimiento)
Vulnerabilidad: 1/78 ss., 94; 11/13 s.; 27/106
Warrant: 18/79 (n. 94), 99 (n. 135); 19/97
Willful blindness (v. Ceguera): 12/16, 98
Woke culture (v. *Cancel culture*)