Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

Nº 11 | 2025

ISSN -e: 2660-7964
DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO EDITORIAL:

Directora/editora:

Ana María Rodríguez Tirado — Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Directora adjunta/editora:

Isabel Zurita Martín — Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Secretario editorial/editor:

Pablo García Molina — Profesor Permanente Laboral de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales/editores:

María de la Paz Martín Castro — Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España), Coordinadora de la Sección de "Estudios"

José Caro Catalán — Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España), Coordinador de la Sección de Análisis

Angustias Benito Benítez — Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España), Coordinadora de la Sección de Crónicas y de la Sección de Recensiones

Lucía Alvarado Herrera — Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Pablo de Olavide (España), especialista externa

Diego Maldonado Guzmán — Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Málaga (España), especialista externo

Isabel Rabanete Martínez — Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universitat de València (España), especialista externa

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Ana María Rodríguez — Tirado Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España), presidencia.

Pablo García Molina — Profesor Permanente Laboral de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España), secretaría.

Vocales:

Isabel Zurita Martín — Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España), Directora Adjunta

María de la Paz Martín Castro — Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España), Vocal-miembro nato del Consejo Editorial

José Caro Catalán — Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España), Vocal-miembro nato del Consejo Editorial

Angustias Benito Benítez — Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España), Vocal-miembro nato del Consejo Editorial

Juan Antonio Alberca de Castro — Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Miguel Carrasco González — Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)

Emilia Girón Reguera — Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España).

Inmaculada González García — Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Manuel Jesús Rozados Oliva — Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)

Leticia Cabrera Caro — Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España)

Carlos Varela Gil Profesor — Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

CONSEJO ASESOR

Pedro Jesús Baena Baena — Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)

Vicenzo Barba — Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)

Juan Carlos Campo Moreno — Ex-Ministro de Justicia. Magistrado (España)

Joseph Carby-Hall — Director of International Legal Research en la Univesity of Hull (Reino Unido)

Ana María Carmona Contreras — Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)

Raquel Castillejo Manzanares — Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Jesús Cruz Villalón — Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

José Alejandro del Valle Gálvez — Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Escribano López — Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)

Manuel Estrella Ruiz — Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)

Liliana Estupiñán Achury — Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)

Rocco Favale — Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)

Antonio Fernández de Buján y Fernández — Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Javier García Oliva — Professor of Law in University of Manchester (Reino Unido)

Juan Francisco Herrero Perezagua — Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)

Simone Marinai — Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)

Javier Martínez-Torrón — Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Lorenzo Mezzasoma — Professore Ordinario di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Perugia (Italia)

María Luisa Moreno-Torres Herrera — Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Daniele Negri — Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)

María del Carmen Núñez Lozano — Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)

Ana Isabel Pérez Cepeda — Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)

María José Roca Fernández — Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Andrés Rodríguez Benot — Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro — Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

Francesco Sidoti — Professore Emérito di Criminologia e Sociologia nell'Università di L'Aquila (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index
ISSN-e: 2660-7964
DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial UCA
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN **7**

ESTUDIOS **13**

Justicia Restaurativa y siniestralidad vial. Aproximación en el contexto de España 15
Guillem Martí Soler

El delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo a través de la Sentencia 75/2024, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional español .. 55
Cristian Sánchez Benítez

Esquizofrenia y expectativa delictiva: disyuntivas en la aplicación de políticas preventivas 83
Rocío Arregui Montoya

El recurso de apelación penal: intento de clarificar el régimen de un instituto 125
Salvador Guerrero Palomares

La nueva regulación de la acumulación de acciones contra una empresa deudora 159
Jaime Algaba Chueca

Delito de maltrato animal: límites penales y administrativos 193
M. Isabel Merino Díaz

ANÁLISIS **233**

Modelo de intervención integral en familias altamente conflictivas 235
Mariela Checa Caruana

El alzamiento de bienes o cómo frustar la ejecución de las deudas 263
Juan Carlos Fitor Miró

Aspectos que intervienen en los tiroteos masivos (*Mass Shootings*): análisis de casos en América Latina, 2000-2022 291
Hediany De Andrade Melo y Jason R. Silva

RECENSIONES **321**

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *La expulsión penal y administrativa de los extranjeros condenados,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 230 páginas 323
Carlos Fuertes Iglesias

PÉREZ MARÍN, Mª Ángeles, *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano penal de la Unión,* Atelier, Barcelona, 2024, 332 páginas 333
Diego Fierro Rodríguez

PRESENTACIÓN

Presentación

La vorágine legislativa se ha incrementado en la actual legislatura y, por cercanía a quien suscribe estas líneas, en material procesal. Desde diciembre de 2023 hasta junio de 2025, se han visto afectadas los principales cuerpos normativos procesales en aras de la eficiencia organizativa, procesal y digital. Cabe citar, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, que ha implantado un nuevo modelo de organización judicial en el primer acceso a la justicia de la ciudadanía. Desaparecen los juzgados (órganos unipersonales) y se crean los tribunales de instancia, además de revisar la justicia de proximidad con la instauración de las Oficinas de Justicia en los municipios sin sede de tribunales de justicia. Estos tribunales presentan un falso órgano colegiado en cuanto se imparte justicia, es decir, se ejercita la función jurisdiccional de forma individual por su titular –como regla general al permitir excepcionalmente alguna actuación colegiada–. Esta reforma organizativa se completa con una nueva visión de la Oficina Judicial con la reestructuración de los puestos de trabajo. La segunda parte de esta reforma de 2025 se adentra en la incorporación de medidas de eficiencia procesal. Así, los MASC se diseñan como obligatorios –regla general con respecto a la que se establecen salvedades–, es decir, como un requisito de procedibilidad en el jurisdiccional civil. Y otras cuestiones procesales han sido modificadas. Cabe citar, por ejemplo, la generalización del juicio verbal sin vista, la revisión de la institución de la conformidad o la regulación básica de la justicia restaurativa en una nueva Disposición adicional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La magnitud del cambio organizativo de la exigencia de acudir a los MASC antes de la vía jurisdiccional se ha acometido en un mínimo periodo transitorio y con la asignación desigual de recursos económicos en atención al territorio. Ha puesto en jaque a los operadores jurídicos y, en especial, a la judicatura, al personal al servicio de la Administración de Justicia y a la abogacía. También el Consejo General del Poder Judicial ha tenido que preparar alguna instrucción para unificar criterios no sólo para el funcionamiento de los servicios de guardia, sino para regular el régimen de coordinación, organización y funcionamiento de la administración al servicio de jueces y juezas y tribunales.

Todavía queda más por venir como el cambio de modelo de carrera judicial y de carrera fiscal, así como un nuevo giro de tuerca en las funciones y organización del

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, "Presentación", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 9-11, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.01

Ministerio Fiscal. Se ha presentado el Anteproyecto de Ley de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que ha estado en fase de exposición pública desde finales de mayo de 2025. Aparte de atribuir la función de dirección de la investigación al Ministerio Fiscal en dicho Estatuto Orgánico, se modifican estratégicos preceptos para minimizar la vinculación del Fiscal General del Estado con respecto al Ejecutivo –hacia una pretendida autonomía funcional–, lo que revierte en la conversación de un todopoderoso Fiscal General del Estado en la organización interna del Ministerio Fiscal.

Todos estos cambios legislativos conforman una fuente inagotable en la que las y los investigadores puedan abordar desde el análisis jurídico-crítico, por lo que se invita a las y los lectores a que remitan sus trabajos a este revista en torno a esta y otras temáticas actuales, porque el Derecho está vivo y ha de estar dirigido a atender a las demandas de la realidad social existente en cada momento.

El número 11 de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos (REJUCRIM) se presenta con seis trabajos de investigación en la Sección de Estudios y tres en la Sección de Análisis, en los que consta la fecha de recepción y aceptación tras el correspondiente proceso de revisión. Se completa el número con dos recensiones a sendas obras de reciente publicación.

Las disciplinas de procedencia, principalmente, jurídicas de los trabajos de investigación se ajustan a los ámbitos científicos objeto de esta revista: Derecho Procesal, Derecho Penal y Criminología. Y las temáticas de los mismos abordan cuestiones de actualidad como el delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, justicia restaurativa y siniestralidad laboral, esquizofrenia y expectativa delictiva, delito de maltrato animal, delito de alzamiento de bienes, intervención integral en familias altamente conflictivas, factores criminológicos concurrentes en los tiroteos masivos, recurso de apelación penal y acumulación de acciones de reclamación de cantidad a una sociedad mercantil deudora y la de responsabilidad por deudas sociales del administrador de la misma.

En la Sección de Estudios, se ha incluido diez estudios realizados por las y los siguientes autores:

Cristian SÁNCHEZ BENÍTEZ examina el delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (art. 172 quater CP) a la luz de la STC 75/2024, de 8 de mayo, que completa con la elaboración de una propuesta alternativa a este delito.

Salvador GUERRERO PALOMARES se adentra en el estudio del recurso de apelación penal con el objetivo de contribuir a clarificar la compleja regulación normativa y jurisprudencial.

Guillem MARTÍ SOLER tiene como objetivo la justificación de la conveniencia de adoptar prácticas o programas de justicia restaurativa para los delitos de tráfico desde la perspectiva ético-social más que desde la jurídica.

Rocío ARREGUI MONTOYA estudia la complejidad de la esquizofrenia, su comorbilidad y la relación –si existe o no– de esta patología mental y la peligrosidad delictiva desde una perspectiva jurídica.

Jaime ALGABA CHUECA analiza la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la configuración normativa, en concreto, permitiendo la acumulación de acciones de las de reclamación de cantidad frente a una sociedad mercantil deudora y la de responsabilidad por deudas sociales frente a un administrador, pese a estar vetada en la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta que, a la vista de dicha jurisprudencia, se incorporó en 2022 a dicho cuerpo legal.

M. Isabel MERINO DÍAZ enfoca su trabajo en el estudio integral de los límites penales y administrativos del maltrato animal.

En la Sección de Análisis, se contiene el trabajo de Juan Carlos FITOR MIRÓ, cuyo objetivo es analizar a quién afectan las consecuencias del delito de alzamiento de bienes y la eficacia de las políticas aplicada. El segundo de los análisis ha sido elaborado por Mariela CHECA CARUANA, constituyendo su objetivo principal analizar las consecuencias y repercusiones emocionales, psicológicas y sociales de la alta conflictividad post ruptura, incluida la violencia filio parental asociada a estos casos, y elaborar una propuesta de programa de intervención integral para familias en conflicto de alta intensidad. Y el tercero de los análisis, realizado en coautoría por Hediany DE ANDRADE MELO y Jason R. SILVA, se centra en examinar los factores que rodean a los tiroteos masivos, en particular, los perfiles de los autores y las características de los sucesos.

Y en la Sección de Recensiones, Diego FIERRO RODRÍGUEZ comenta la obra de María Ángeles PÉREZ MARÍN, *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano judicial de la Unión Europea*, editada en 2024. Y Cristian SÁNCHEZ BENÍTEZ recensiona la obra de Carmen ALASTUEY DOBÓN, *La expulsión penal y administrativa de los extranjeros condenados*, editada en 2024, en su aplicación transversal a las ciencias jurídicas.

El Consejo Editorial de esta revista, que se ha actualizado, muestra su gratitud por la confianza de las y los autores en publicar sus trabajos en esta revista, así como a las y los evaluadores de los trabajos de investigación publicados, que, gracias a su labor desinteresada, permiten mejorar la calidad de esta revista.

En nombre del Consejo Editorial, dejo constancia del agradecimiento a María José Rodríguez Mesa y a María José Cervilla Garzón por los cinco años de trabajo que han dedicado a esta revista desde su creación. Muchas gracias a las dos por creer en este proyecto y apoyar con vuestro trabajo e ideas la puesta en marcha de esta revista.

Completado el número 11, comienza la preparación del número 12, que se publicará en el mes de diciembre de 2025. El plazo para la recepción de los nuevos trabajos estará abierto orientativamente hasta el 15 de octubre de 2025 a través de la plataforma de la revista (https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim).

Jerez de la Frontera, 17 de junio de 2025

Ana María Rodríguez Tirado
Directora de la Revista

ESTUDIOS

Justicia Restaurativa y siniestralidad vial. Aproximación en el contexto de España

Restorative Justice and road crashes. An approach in the Spanish context

GUILLEM MARTÍ SOLER

Investigador de la Cátedra Ethos
Universitat Ramon Llull (España)

gmarti@rectorat.url.edu

https://orcid.org/0000-0003-4745-9989

Resumen: Este artículo se propone justificar la idoneidad de abordar los delitos de tráfico, especialmente aquellos que generan víctimas, con prácticas de la justicia restaurativa. Se reflexiona sobre algunos rasgos clave de las prácticas restaurativas, poniendo el énfasis en su respuesta a las necesidades de víctimas y victimarios, y a su adaptabilidad a situaciones y momentos diversos del proceso penal. La fundamentación teórica y la apreciación práctica de la justicia restaurativa tienen ya un considerable recorrido, pero recientemente ha recibido un importante impulso normativo. Sin embargo, un somero análisis de la situación actual en España revela que se puede avanzar mucho más en la integración de prácticas restaurativas en los procesos de la justicia penal.

Abstract: *This paper aims to justify the appropriateness of addressing road crimes with restorative justice practices, especially those causing victims. It reflects on key features of restorative practices, stressing the way they meet the needs of victims and offenders, and their adaptability to different situations and stages of criminal justice processes. A significant path has been done in theoretical foundation and practical assessment of restorative justice, and more recently it has been boosted in terms of regulation and norms. However, a brief analysis of the current situation in Spain reveals that much more progress can be made in the integration of restorative practices in criminal proceedings.*

Palabras clave: justicia restaurativa, delitos de tráfico, seguridad vial, víctima, mediación penal.

Keywords*: restorative justice, road crimes, road safety, victim, victim-offender mediation.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN; 2. CONTEXTO: SINIESTROS DE TRÁFICO, DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL Y VICTIMIZACIÓN GRAVE; 2.1. Aclara-

---

Recepción: 13/06/2024 Aceptación: 18/03/2025

Cómo citar este trabajo: MARTÍ SOLER, Guillem, "Justicia Restaurativa y siniestralidad vial. Aproximación en el contexto de España", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 15-53, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.02

ciones terminológicas y de enfoque; 2.2. Delitos relacionados con la seguridad y la siniestralidad vial; 3. INSUFICIENCIAS DE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA; 4. LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA; 4.1. Rasgos fundamentales de las prácticas restaurativas; 4.1.1. Un nuevo enfoque del delito; 4.1.2. Beneficios de la justicia restaurativa; 4.1.3. Procesos con finalidad pero sin fin; 4.2. Sobre las distintas prácticas de justicia restaurativa; 4.3. Esbozo de la situación en España; 5. CONCLUSIONES; 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2023, coincidiendo con el Dia Mundial en Memoria de las Víctimas de Tráfico, se dio a conocer públicamente en Barcelona (España) una *Guía de buenas prácticas para la atención de las víctimas de siniestros de tráfico y de violencia viaria en las Instituciones de Justicia*[1]. La Guía, impulsada por la Asociación de Prevención de Accidentes de Tráfico (APAT) y la Cátedra Ethos de la Universidad Ramon Llull, contó para su elaboración con un grupo de trabajo formado por víctimas de siniestros de tráfico, jueces, magistrados y abogados especializados en tráfico, profesores de Judicatura, personas que han tenido responsabilidades políticas en el ámbito de la seguridad vial, psicólogos y expertos en ética aplicada. En el marco de este trabajo, también se pudieron escuchar distintos testimonios, tanto de víctimas como de infractores o victimarios de siniestros de tráfico. En sucesivas reuniones, este grupo de trabajo propuso, discutió y consensuó un conjunto de pautas dirigidas a los operadores de justicia con el objetivo de mejorar el trato recibido por las víctimas en los trámites jurídico-legales que deben acometerse tras un siniestro de tráfico con graves daños o víctimas mortales. Si bien la gestación de la Guía se ha desarrollado en Catalunya, tanto el contexto de necesidades que la justifica como las pautas que propone son extensibles al conjunto de España, y presumiblemente, a otros lugares de Europa y el resto del Mundo.

El presente artículo no tiene por objeto exponer los resultados de la Guía (para lo cual remitimos al documento publicado[2]), sino centrar su atención en una cuestión surgida en el proceso de su elaboración, pero que rebasaba las pretensiones y cometido de la misma. En particular, tanto a partir del trabajo en grupo, como a partir de los testimonios recabados[3], muy pronto emergió la cuestión clave de los límites de la justicia penal ordinaria para un trato verdaderamente respetuoso de las víctimas (y también de los victimarios), y la necesidad de abrir otras *vías de reparación* que necesariamente van más allá de la justicia retributiva. Sin duda, el trato a las víctimas puede y debe mejorar mucho en el ámbito de la justicia civil y penal. Sin embargo, hay buenas razones para pensar que, por más que se perfeccionen

1 En adelante, si no genera confusión, abreviamos con "Guía".

2 http://hdl.handle.net/20.500.14342/4087

3 Como luego detallamos mejor (*infra* nota 93 al pie), paralelamente y con posterioridad al trabajo para la realización de la mencionada Guía, se ha podido recabar información y experiencias de algunos servicios de justicia restaurativa de distintos puntos de España.

ciertos procesos, se corrijan malas prácticas y se mejoren las actitudes de los profesionales, ciertas necesidades de las víctimas se verán irremediablemente desatendidas porque, por principio, no tienen encaje posible en una justicia penal de corte retribucionista. Y otro tanto puede decirse de las necesidades de los victimarios.

La perspectiva ética según la cual el respeto a la dignidad y a la responsabilidad moral de las personas debería impelernos a buscar la reparación (tanto para víctimas como para victimarios), en lugar, o además, de la retribución[4], es acorde con lo expresado unánimemente por los participantes en el grupo de trabajo de la citada *Guía de buenas prácticas*. Y es también el núcleo de la llamada justicia restaurativa. Sin embargo, la reparación es justo lo que la justicia penal parece no favorecer suficientemente, en el mejor de los casos, o impedir directamente, en el peor de ellos.

El presente artículo tiene un objetivo simple y concreto: argumentar la conveniencia de adoptar prácticas o programas de justicia restaurativa para el caso de los delitos de tráfico. Para ello, tras una contextualización de este tipo delictivo, se expondrán algunos rasgos básicos de la justicia restaurativa, y de los tipos de prácticas que pueden proponerse para las situaciones descritas. Defenderemos la pertinencia de las prácticas restaurativas para cualquier tipo de delito de tráfico, pero nuestro foco se situará preferentemente en aquellos siniestros que generan víctimas graves o mortales. Estas reflexiones se sitúan en el contexto concreto de España, sobre el que haremos algunas consideraciones finales, pero creemos que pueden ser útiles para otros países con contextos jurídicos similares (básicamente en lo que se refiere a un sistema de justicia penal articulado con prácticas de mediación penal o justicia restaurativa).

Es importante puntualizar que, si bien la referencia a cuestiones legales y judiciales será necesaria en muchos momentos, el enfoque de este trabajo es preferentemente ético-social, antes que técnico-jurídico.

2. CONTEXTO: SINIESTROS DE TRÁFICO, DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL Y VICTIMIZACIÓN GRAVE

El Secretario General de la ONU, António Guterres, calificó los accidentes de tráfico de "epidemia silenciosa y ambulante"[5]. A la luz de los números, tales palabras no parecen exageradas. Cada año, 1'3 millones de personas mueren en el mundo a causa de un siniestro de tráfico, y otros 50 millones quedan heridos de gravedad[6]. Esto contando las víctimas directas. Debe recordarse que cada muerte en la carretera deja familias y amistades devastadas, con importantes, y en algunos casos permanentes, secuelas emocionales y físicas.

---

4 HOLMGREN, M. *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Avarigani Editores, Madrid, 2014.

5 Discurso ante los representantes de los 193 Estados miembros de la ONU. Extraído de: https://news.un.org/es/story/2022/06/1511112 [consultado: 23/11/23]

6 World Health Organization [en adelante, WHO] (2018). *Global Status Report on Road Safety 2018*. https://www.who.int/publications/i/item/9789241565684

En el conjunto de la Unión Europea, la tasa de fallecidos en siniestros de tráfico es de 46 por millón de habitantes, y en el caso concreto de España, de 37, ambos datos del 2022. En ese año, un total de 1.746 personas murieron en España, y otras 8.500 tuvieron que ser atendidas (con estancia hospitalaria de más de 24h) debido a los daños sufridos en un siniestro vial[7]. Es importante añadir que, del total de delitos cometidos en España en 2022 (426.416), la cuarta parte (107.396) corresponden a delitos contra la seguridad vial. Si bien estos delitos no tienen por qué producir víctimas, es muy remarcable que constituyan el tipo delictivo con mayor incidencia en el conjunto[8].

Dicho esto, no se reconocería la profundidad del daño causado por los siniestros de tráfico si, junto con estos datos, no se recordara la especificidad del impacto emocional que suponen, violento e inesperado, así como las secuelas que acarrean. El drama de la siniestralidad vial se ve acrecentado por su carácter traumático y por sus consecuencias tanto inmediatas como a largo plazo, difíciles de superar cuando no irreversibles[9]. Los siniestros cortan repentinamente la trayectoria vital de las víctimas: cuando sobreviven, a menudo conllevan cambios radicales de vida, con dolencias y/o discapacidades que pueden ser permanentes y que, en consecuencia, obligan a una reconfiguración del entorno en términos de dependencia y apoyo; cuando el desenlace es fatal, los allegados quedan sumidos en un duelo de difícil gestión debido al carácter abrupto y desconcertante de la pérdida. Y es que las tragedias viales acaecen en el contexto de prácticas de movilidad cotidianas y totalmente normalizadas, y por causas que en muchas ocasiones eran evitables.

De hecho, las estadísticas, aunque necesarias, no sólo pueden desensibilizar, sino que incluso pueden llegar a invisibilizar a las víctimas. Especialmente en contextos mediáticos y políticos, cuando comparativamente hay una reducción del número de víctimas en la carretera tiende a instaurarse un discurso "del logro", obviando a

7 Dirección General de Tráfico [en adelante, DGT] (2023). *Balance de las cifras de siniestralidad vial 2022*. https://www.dgt.es/menusecundario/dgt-en-cifras/dgt-en-cifras-resultados/dgt-en-cifras-detalle/?id=00872

8 El segundo subtipo delictivo con mayor número de casos en 2022 es el hurto (58.193), es decir, aproximadamente la mitad de los delitos contra la seguridad vial. Lo destacamos porque no deja de ser significativo que cuando se habla de inseguridad ciudadana (tema que levanta pasiones y moviliza electorados), acostumbra a hablarse mucho de hurtos y muy poco de seguridad vial. Los datos pueden encontrarse en: Consejo General del Poder Judicial [en adelante, CGPJ] (2022). Estadística Condenados Adultos - Delitos - Año 2022. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales–civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados–explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/ [última consulta: 8/5/24]

9 Ver, a este respecto: European Commission [en adelante, EC] (2023a). *Road Safety Thematic Report – Consequences of crashes*. European Road Safety Observatory. Brussels, European Commission, Directorate General for Transport; European Transport Safety Council (2007). *Social and economic consequences of road traffic injury in Europe*. También puede consultarse: MESNED, N. y ABDULRAHMAN, M. (2019). "The psychosocial consequences of road traffic accidents: a review article". *International Journal of Medicine in Developing Countries*, 3(12):1104–1109. https://doi.org/10.24911/IJMDC.51-1570622250

menudo que la cifra sigue siendo de todo punto inaceptable. Además, en lugar de ser vistas y escuchadas, las víctimas quedan de este modo reducidas a "ser encarnación y recordatorio humano de males sociales perturbadores".[10]

2.1. Aclaraciones terminológicas y de enfoque

Antes de entrar en mayores precisiones legales, aclaremos que a lo largo de este artículo usamos los términos "siniestro" o "siniestralidad vial" para referirnos a todo acaecimiento que en el contexto de la movilidad y de la circulación vial produce daños, lesiones o muertes; esto es, situaciones de las que se derivan víctimas personales, con independencia de otros posibles daños o desperfectos materiales. La elección del término "siniestro" en lugar de otros, como por ejemplo "accidente", no responde a un criterio técnico ni estrictamente semántico, sino a la aquiescencia con una reivindicación de algunas entidades de víctimas viales. Éstas consideran que el término "accidente" está demasiado asociado a la idea de un suceso eventual, fortuito, lo que enmascara el hecho de que una gran parte de los percances viales están relacionados con conductas inadecuadas, o sea, con causas evitables o riesgos reducibles. El carácter incierto, contingente e imprevisible se reduce cuando hay conductas que, en mayor o menor medida, propician o favorecen la ocurrencia del siniestro. Aunque el término "siniestro" no lo implica semánticamente, algunas víctimas consideran que nos aleja de la connotación de simple infortunio y nos acerca a la idea de un suceso perjudicial del que cabe dirimir responsabilidades.

Por otro lado, resulta evidente que en el ámbito de la movilidad y la circulación vial no todas las conductas inadecuadas, indebidas, dañinas, perjudiciales o ilícitas acarrean víctimas, ni siquiera daños objetivables. Y, por supuesto, no todas son calificables de delictivas en sentido estricto. En este sentido, nosotros partimos del supuesto de que, tomada en sentido amplio y atendiendo a la diversidad de objetivos y de metodologías que propone, la justicia restaurativa no tiene por qué limitarse al ámbito de los delitos penales ni a los contextos en los que hay víctimas. Numerosas y variadas experiencias lo atestiguan: desde la aplicación de prácticas restaurativas en situaciones (delictivas o no) en las que no hay víctima/s identificable/s, hasta su implementación en contextos ajenos a lo penal (por ejemplo, en el ámbito comunitario, vecinal o escolar), en los que pueden darse ofensas, perjuicios y agravios –y, por tanto, victimización–, pero no necesariamente relacionados con delitos tipificados.

---

10 ZAMORA, J. A. et al. (ed.). *Las víctimas como precio necesario*, Trotta, Madrid, 1ª ed., 2016, p. 176. Este es un elemento éticamente importante. Las estadísticas, y generalmente también los discursos mediáticos, políticos y jurídicos, tienden a concentrarse en lo que podríamos llamar el carácter *acontecimiental* de la víctima, esto es, en las consecuencias inmediatas del suceso (muerte, lesiones, etc.). La víctima queda, por así decir, congelada en el momento de corte o ruptura de una historia de vida que venía tejiéndose y que seguirá tejiéndose en el post-siniestro, ni que sea bajo la forma de la memoria y el duelo de los allegados. Este carácter *memorial* de la víctima es el que las estadísticas ocultan y el que puede ser introducido en la justicia por la vía de los procesos restaurativos.

Dicho lo cual, en este artículo ponemos el foco en aquellas situaciones viales que generan victimización grave (muertes o lesiones de gravedad), situaciones que en España y en otros contextos jurídicos homologables están reconocidas como delitos penales. Por consiguiente, aquí sí nos limitamos a plantear la justicia restaurativa en articulación o complementariedad (no exenta de tensiones) con procesos por delitos penales, no como una alternativa independiente y autosuficiente a la justicia penal. Por tanto, este artículo no se ocupa de cuestiones procesales, pero presupone un marco penal para las situaciones susceptibles de abordarse desde una perspectiva restaurativa; esto es: se centra en situaciones tipificadas como delito, a las que responde un sistema penal institucionalizado, y en las que, en consecuencia, las posiciones de ofensor y de víctima están preasignadas en el momento de iniciar procesos restaurativos.

De acuerdo con esto, el concepto de víctima al que nos atenemos es el estipulado en el Estatuto de la Víctima de delito vigente en España[11], que en este punto traspone básicamente la normativa europea[12]. Por *víctima* debe entenderse, tanto "toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito" (víctima *directa*), como también "los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona" (víctima *indirecta*). Recordando que, en siniestros viales graves, las víctimas que afrontan procesos judiciales penales y, eventualmente, de justicia restaurativa, son a menudo las indirectas, en muchos momentos obviaremos la distinción, entendiendo que al hablar de "víctimas" incluimos tanto las directas como las indirectas.

2.2. Delitos relacionados con la seguridad y la siniestralidad vial

Ahora bien, tal como acabamos de recordar, no todas las conductas tipificables de delito en relación a la circulación vial producen víctimas. Si bosquejamos brevemente un mapa de los tipos de delito relacionados con la seguridad vial, hay que recordar lo siguiente: por un lado, están los delitos recogidos bajo el Título XVII, capítulo IV del Código Penal español[13], esto es, los "delitos contra seguridad vial" dentro de la categoría de delitos contra la seguridad colectiva. Hablamos aquí de conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias, con excesos de velocidad tipificados, sin permiso de conducir, con "temeridad manifiesta" o con "manifiesto desprecio por la vida de los demás", entre otros supuestos. Por otro lado, están los delitos recogidos en el Título I y III del Libro II del CP, esto es, los delitos

11 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

12 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

13 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante: CP)

de homicidio y de lesiones, a los que hay que remitirse en aquellos siniestros de tráfico que han producido víctimas mortales o de gravedad[14]. Pues bien, es claro, por un lado, que los delitos contra la seguridad vial se pueden dar sin que se produzcan víctimas, y por otro, que alguien puede ser declarado responsable de un siniestro con víctimas sin incurrir en ninguno de los supuestos contemplados como delito contra la seguridad vial. Como hemos dicho, las reflexiones de este artículo se refieren principalmente al caso de siniestros que han producido víctimas y que son judicializados en razón de posibles delitos contra la vida o la integridad de las personas, con independencia de que además concurran posibles delitos contra la seguridad vial. No obstante, debido a que es cada vez más frecuente que los servicios de justicia restaurativa trabajen con encausados o penados por delitos contra la seguridad vial sin víctimas, haremos algunas reflexiones sobre ello.

Finalmente, quizá sea oportuno puntualizar que cuando decimos que tomamos como marco de reflexión la justicia restaurativa implementada en procesos penales por siniestros viales con víctimas, no estamos limitándonos a los casos en los que las posiciones de víctima y victimario de las personas que eventualmente pueden participar en un proceso restaurativo se corresponden estrictamente con roles y responsabilidades judicialmente sancionadas. Queremos decir: hay que pensar también en la posibilidad de procesos restaurativos en los que participan víctimas ajenas al proceso penal porque han decidido no ejercer una acusación particular o personas implicadas en un siniestro de tráfico que han sido declaradas exentas de responsabilidad penal. Sin duda, especialmente en el segundo caso, la articulación de un proceso restaurativo en el marco de las instituciones de justicia puede ser mucho más complicado, quizá inviable. Pero esto no es óbice para recordar que un proceso restaurativo puede tener importantes beneficios en casos en los que el proceso penal concluye sin atribución de responsabilidades (por ejemplo, respondiendo a necesidades de información y de duelo por parte de las víctimas, o pacificando sentimientos de culpa de los exentos de responsabilidad).

3. INSUFICIENCIAS DE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA

Por norma general, los textos que tratan de la justicia restaurativa contienen elementos críticos con respecto a la justicia punitivo-retributiva. El consenso generalizado es que la justicia restaurativa puede corregir o mejorar los déficits del sistema penal ordinario. El foco suele ponerse preferentemente, aunque no exclusivamente, en las necesidades de las víctimas y en los agravios que la justicia penal les causa. Si centramos el foco en el caso de la siniestralidad vial, las quejas y malestares por parte de las víctimas, en efecto, son recurrentes. Los testimonios expresados en el marco del grupo de trabajo, pese a no ser numéricamente relevantes, son estadísticamente representativos, pues coinciden sin excepción con lo que revelan otras

14 Las casuísticas pueden ser múltiples (sin excluir que haya casos de intencionalidad o dolo), pero en el contexto vial la situación más habitual es aquella en la que la persona responsable, sin tener intención pero incurriendo en una imprudencia grave o "menos grave", causa a otro/s la muerte (homicidio imprudente) o lesiones (art. 142.1 y 142.2; 152.1 y 152.2 del CP).

fuentes y estudios[15]. Dicho con rotundidad, lo que se constata no es una demanda de perfeccionamiento que parta de una valoración aceptable, sino de experiencias en las que se siente que no se han satisfecho unas mínimas expectativas de reconocimiento, respeto y acompañamiento de las víctimas.[16]

Sin duda, no todas las vivencias de "injusticia" de deben a un mal funcionamiento de las instituciones judiciales. A veces, un proceso intachable desde el punto de vista procesal y en el que, además, las víctimas han encontrado adecuadas y benevolentes actitudes por parte de los operadores implicados, pueden dejar un profundo sentimiento de injusticia y desamparo (sea porque la sentencia está muy alejada de las vindicaciones de las víctimas, sea porque el proceso termina sin inculpación, lo que, a falta de otros procesos y apoyos, puede producir un gran sentimiento de desprotección en las víctimas[17]. Otras veces los procesos son eficientes y funcionales desde el punto de vista técnico-jurídico, pero las expectativas de las víctimas se estrellan contra los límites inherentes a las funciones de la justicia penal; una justicia que se centra en la falta y la consiguiente "deuda" contraída por el ofensor frente al cuerpo social representado por la institución de justicia, y que no tiene por objeto reparar a las víctimas más allá de una lógica indemnizatoria y del sosiego psicológico que pueda proveer el castigo frente al miedo y al resentimiento. En otras ocasiones, además de esto, las víctimas se encuentran con procesos y actitudes que son manifiestamente insensibles, desconsideradas y re-victimizadoras[18]. En no pocos casos, probablemente, lo que se da es una combinación, con distintos grados, de todo lo anterior.

---

15 APAT (2011). Estudi pilot sobre l'impacte dels sinistres de trànsit en les víctimes i afectats. https://www.pat-apat.org/oldweb/archivos/noticias/2016/Estudio_Final_PAT_CAST.pdf [última consulta: 21/6/23]; Federation Europeenne des Victimes de la Route (1995). Impacto de la muerte y las lesionas en carretera. Estudio de las causas principales de la disminución de la calidad y en nivel de vida en las víctimas de accidentas de tráfico y sus familias [copia PDF por cortesía de APAT]; ZAMORA, J. A. et al. (ed.). *Las víctimas como precio necesario*, op. cit., cap. 10; ELBERS, N. et al. (2013). "Procedural justice and quality of life in compensation processes". *Injury, Int. J. Care Injured*, 44 (2013) 1431–1436. https://doi.org/10.1016/j.injury.2012.08.034

16 Cabe señalar que si bien actualmente hay estudios e informes que centran su atención en las consecuencias psicológicas y sociales a largo plazo (no sólo físicas) de los siniestros de tráfico, es comparativamente escasa la atención puesta en los efectos psicológicos negativos (falta de información y apoyos adecuados, retraumatización, perpetuación nociva del duelo…) de los procesos penales que deben afrontar las víctimas. Ilustrativo de este vacío es, por ejemplo, el hecho de que el informe *Road Safety Thematic Report. Post-impact care*, definiendo la atención post-impacto como la "cadena de ayudas proporcionadas a las víctimas tras un accidente de tráfico", se limite a la asistencia sanitaria y no haga ninguna mención de apoyos, acompañamientos y derivaciones relativas al ámbito de la justicia (EC (2023b). *Road Safety Thematic Report – Post-impact care*. European Road Safety Observatory. Brussels, European Commission, Directorate General for Transport. https://road-safety.transport.ec.europa.eu/document/download/2976be95-90f3-4a5c-8045-d9893b5f75a2_en?filename=Road_Safety_Thematic_Report_Post_impact_care_2023.pdf

17 ZAMORA, J. A. et al. (ed.). *Las víctimas como precio necesario*, op. cit., p. 182

18 Por ejemplo: lenguaje inadecuado, ofensivo o cosificador para con las víctimas presentes y/o ausentes, desatención o desamparo frente a procesos o trámites que se desconocen, menosprecio o falta de empatía frente a ciertas expectativas (relativas, por ejemplo, a estar presente o participar en determinados espacios o trámites), ausencia de condiciones de

La necesidad de introducir la perspectiva de la justicia restaurativa en la justicia penal se justifica, fundamentalmente, por los límites que impone su constitutiva orientación punitivo-retributiva. El sistema judicial se ve incapaz, ya no de resolver, sino a menudo ni siquiera de acoger y atender respetuosamente, las necesidades de las víctimas, las cuales no sólo son "desposeídas" del conflicto, sino incluso "instrumentalizadas con fines punitivos"[19]. Y esto, pese a que frecuentemente se constata que las necesidades expresadas por las víctimas no tienen que ver con la dureza del castigo impuesto al infractor, sino con el restablecimiento de la dignidad, de la autoestima y de las seguridades maltrechas. En consecuencia, en no pocas ocasiones, la administración de justicia, además de no solventar las situaciones victimizantes, llega incluso a intensificarlas[20]. En los casos en que ha habido víctimas mortales, se puede imaginar el efecto negativo, incluso nefasto, que esto tiene sobre los procesos de duelo.

Ahora bien, es importante enfatizar que, en ciertos aspectos esenciales, la justicia penal ordinaria tampoco responde adecuadamente a las necesidades de los ofensores. Se puede decir que estos, enredados en una "maraña de formalidades" también son "desposeídos" del conflicto (y de su responsabilidad), alienados de la realidad subyacente al mismo y cooptados por una racionalidad instrumental y estratégica. La "responsabilidad criminal" no va al unísono con la "responsabilidad ética", y a veces discurren por cauces contrapuestos[21]. De este modo, las necesidades morales de los victimarios –entre las que está responsabilizarse del daño y tratar de repararlo, algo que más a menudo de lo que se cree coincide con los deseos e intenciones de los propios ofensores– no son adecuadamente atendidas.

Pero esto no es todo. Una perspectiva amplia de la justicia restaurativa enfatiza que la justicia penal vigente tampoco responde adecuadamente a las necesidades de la sociedad[22]. Las críticas al sistema penal vienen de lejos, denunciando, entre otras cosas, su "pedagogía moral" vengativa y fomentadora de conflictividad social, su

---

accesibilidad (ya sean físicas, comunicativas o cognitivas), reiteración re-traumatizadora de las visitas forenses y de las declaraciones, cuando no directamente interrogatorios conducidos con actitudes ofensivas, apabullantes o intimidatorias.

19 RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*, Archivo del CGPJ, p. 24. https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/Investigaci%C3%B3n%20del%20CGPJ%202008%202b%20(2)_1.0.0.pdf

20 ZAMORA, J. A. et al. (ed.). *Las víctimas como precio necesario*, op. cit., p. 174. También SAEZ, R. (2011). "Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas". *Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 8: Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*. Universidad de Deusto, p. 72

21 RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit., p. 29

22 La mayoría de las aproximaciones a la justicia restaurativa enfatizan que, en efecto, los tres pilares, participantes y beneficiarios por igual, de la misma son la víctima, el ofensor y la comunidad. Pueden consultarse fuentes clásicas como ZEHR, H. *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Herald Press, Waterloo, Ontario, 3ª ed., 2012. Para una actualización más reciente: VERA, L. *Mediación y justicia restaurativa*. Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2022.

crueldad, su excesivo formalismo, su dimensión ideológica, y el hecho de que sus intenciones preventivas (que sin duda también tiene) se reducen al control, la represión y la ejemplaridad de los castigos[23]. La violencia, se dice, no solo se expresa en el delito, sino también en su persecución policial y penal[24]; o, en palabras de CARNELUTTI: "la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. (…) la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura"[25]. No menos importante es el hecho de que la justicia penal no favorece que socialmente se ponga el foco en las causas o condicionantes subyacentes a los delitos; y esto, no solo porque la justicia se centra más en castigar el acto que en comprender las causas, sino, sobre todo, porque cuando estas causas se toman en consideración tienden a individualizarse, obviando su dimensión estructural[26].

A estas críticas de largo recorrido se suma, recientemente, el temor suscitado por el aumento de la judicialización y el endurecimiento de las respuestas penales, un fenómeno global ligado a lo que algunos han llamado "populismo punitivista"[27], y otros, "penalismo mágico"[28]. Sin duda, los motivos por los que ciertas demandas y conflictos ciudadanos se "descargan" en el ámbito judicial son múltiples y complejos. En cualquier caso, el problema reside en que, ante ello, el sistema legislativo-penal solo parece capaz de ofrecer dos respuestas igualmente indeseables: o satisface, y por ende refuerza, las aspiraciones punitivistas; o produce un perverso sentimiento de injusticia (cuando tales aspiraciones no son satisfechas y, sobre todo, no se comprende la lógica interna que justifica las penas), lo que genera desafección, cuando no directamente descrédito, de la Justicia. Lo que en este bloqueo queda arrinconado es la posibilidad de plantear otra forma de "responder públicamente al mal"[29], una justicia cuya "razón" no sea (solo) la ley, sino el bienestar de la comunidad[30].

---

23 Ver SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas.* Tirant lo blanch, Valencia, 2019. Así como RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit.

24 SAEZ, R. "Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas", op. cit., p. 72

25 CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal.* Olejnik Ediciones, Madrid, 2017, p. 48

26 Es decir, las causas o condicionantes conforman el perfil o el "retrato" del criminal, pero no uno en el que la sociedad pueda verse reflejada.

27 SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 68; RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit., p. 20. Ver también BARONA, S. *Justicia Penal, Globalización y Digitalización.* Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018

28 OLLERO, J. E. *Penalismo mágico: Cómo transformar la creencia de que el castigo solucionará todos nuestros problemas sociales y políticos.* Aconcagua Libros, Sevilla, 2021.

29 HOLMGREN, M. *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal,* op. cit., cap. 7

30 SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 24

Como visión sintética de este conjunto de déficits, se habla de la justicia penal como un juego en el que no hay ganadores, solo perdedores:

> La violencia y la incomprensión hacen del sistema penal un encuentro de perdedores. Pierden, en primer lugar, las víctimas y sus familias que constatan cómo el proceso penal no les acoge, ni se hace eco de sus sentimientos, ni se preocupa de sus necesidades reales; todo lo más, en el mejor de los casos, alcanzarán una reparación patrimonial (si el infractor no resulta ser insolvente) que no colmará muchas otras expectativas. (…) Pero pierden también el infractor y su familia, muchas veces silenciosamente sufriente. El primero se ve condenado a una experiencia incierta en el tiempo, no sólo de privación de libertad, sino de destrucción física, psíquica y relacional. Justo lo contrario de una saludable responsabilización por el delito cometido y la puesta a su disposición de medidas de todo tipo que aseguren su efectiva inserción social. Pierde, desde luego, la seguridad ciudadana, porque suben los delitos y se multiplica la reincidencia con las políticas de "ley y orden" en detrimento de las políticas de cohesión, justicia social y profundización en las causas de los problemas que están en la base de los delitos[31].

4. LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A menudo se afirma que el término "justicia restaurativa" no tiene una significación unánimemente aceptada y que sus límites son difusos. Esto es cierto, habida cuenta de la diversidad de enfoques y de ámbitos de aplicación de las prácticas restaurativas[32]. Como es sabido, el mismo término "restaurativa", ya canonizado pero aun objeto de debate, convive con otras denominaciones propuestas en función de los objetivos, los beneficios, las genealogías o las metodologías que se desea destacar. También es cierto que la integración o el encaje de las prácticas restaurativas en el ámbito penal propende a acotar el concepto, el alcance y las formas de la justicia restaurativa. Aun así, sigue siendo una realidad elástica y en transformación: no sólo por la adaptabilidad de las prácticas restaurativas, aun dentro del ámbito estrictamente penal, a situaciones y procesos muy diversos, así como por la reflexividad y voluntad de innovación que habitualmente atestiguan los equipos de mediación o facilitación; también porque "la justicia restaurativa no es un compartimento estanco dentro de la atención a las personas usuarias del sistema penal", habiendo otros servicios (como las Oficinas de Atención a las Víctimas o los equipos psicosocioeducativos que trabajan con internos en centros penitenciarios o en medidas penales alternativas) con los que no solo se requiere coordinación, sino que pueden adoptar prácticas o enfoques cercanos a la justica restaurativa[33].

No obstante, no cabe duda de que la progresiva institucionalización de la justicia restaurativa y su reconocimiento en normativas estatales e internacionales, ha supuesto una estilización y estabilización de esta perspectiva. Así, la Directiva 2012/29/UE

---

31 RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit., p. 8

32 RODRÍGUEZ, A. C. *La justícia restaurativa: una transformació ètica de la justícia penal tradicional* [Tesis doctoral]. Universidad Ramon Llull, 2021; especialmente cap. 2

33 OLALDE, A. J. (Dir.) *La praxi del Programa de justícia restaurativa a Catalunya: narratives, reflexions i aprenentatges des de la facilitació.* Editorial Aranzadi, Navarra, 2023, p. 152

la define como "cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial". Esta definición es adecuada para el enfoque que priorizaremos aquí (ver infra 4.2), pero hay que decir que está excesivamente recortada bajo el modelo de la *mediación* (Victim-Offender Mediation, VOM)[34], y por tanto, adolece de limitaciones, fundamentalmente en lo que se refiere al tipo de "problemas" (no necesariamente tienen que estar tipificados como "infracciones penales") y al tipo y número de participantes (como veremos, a veces hay otros implicados además de víctima e infractor, y, por el contrario, a veces puede faltar alguna de estas dos partes).

El *Handbook on Restorative Justice Programmes*, de la United Nations Office on Drugs and Crime, ofrece una definición más abarcadora de la diversidad de prácticas restaurativas: "Restorative justice is an approach that offers offenders, victims and the community an alternative pathway to justice. It promotes the safe participation of victims in resolving the situation and offers people who accept responsibility for the harm caused by their actions an opportunity to make themselves accountable to those they have harmed"[35].

A partir de esta definición básica, hay múltiples modos de especificar las características de la justicia restaurativa (a partir de los rasgos comunes a todas, o a la mayoría, de las prácticas restaurativas, de sus principios, objetivos y beneficios, de sus características de contraste con la justicia retribucionista de la justicia, etc.). Quizá la caracterización más acreditada, cuyo núcleo no ha cambiado desde su primera formulación, sea la ofrecida por Howard Zehr[36], compendiada y resumida por Aida Rodríguez en los siguientes cinco puntos[37]:

1. La justicia restaurativa se centra en los daños y las necesidades consiguientes –de las víctimas pero también de las comunidades y los ofensores–;
2. Aborda las obligaciones resultantes de estos daños en términos de reparación –obligaciones que atañen en primer término a los ofensores, pero también a los miembros de la comunidad y de la sociedad–;
3. Se sirve de procesos inclusivos y participativos;
4. Involucra y da protagonismo a todos aquellos que son parte afectada por la situación –víctimas, ofensores, miembros de la comunidad y de la sociedad–;

34 Este modelo, que hoy se considera un tipo específico dentro de un conjunto más amplio de prácticas restaurativas, es el que tiene mayor arraigo y desarrollo normativo en Europa y, por tanto, en España (SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 98 y 129)

35 United Nations Office on Drugs and Crime [en adelante, UNODC]. *Handbook on Restorative Justice Programmes,* United Nations, Viena, 2ª ed., 2020, p. 4. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf

36 ZEHR, H. *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia* (3a ed.), Herald Press, Waterloo, Ontario, 2012

37 RODRÍGUEZ, A. C. *La justícia restaurativa: una transformació ètica de la justícia penal tradicional,* op. cit., p. 116

5. Persigue reparar los daños y enmendar errores en la medida de lo posible (a lo que habría que añadir: y también favorecer la reconstrucción de identidades y de vínculos).

Nuestro objetivo, en todo caso, no es una caracterización extensa y de detalle de la justicia restaurativa. Aquí solo nos ocuparemos de tratar algunos de sus rasgos sobresalientes y de hacer algunas consideraciones sobre los distintos tipos de prácticas restaurativas, siempre priorizando lo que nos parece más reseñable para el caso de los delitos de tráfico.

4.1. Rasgos fundamentales de las prácticas restaurativas

Dando por asumidos otros rasgos básicos de la justicia restaurativa (no por obviados menos importantes), como la voluntariedad, la confidencialidad, la facilitación y el diálogo[38], aquí pondremos el foco en tres cuestiones: por un lado, el célebre "cambio de lente"[39] en la consideración del delito y, en consecuencia, en la participación de los implicados en él, aspecto clave para entender cómo y por qué la justicia restaurativa responde mejor a las necesidades de los mismo. En segundo lugar, abordaremos algunos de los posibles beneficios de la justicia restaurativa, centrándonos en aquellos que son inherentes al propio proceso (esto es, que no dependen de resultados o acuerdos específicos). Esto nos llevará a destacar, en tercer lugar, el carácter flexible y procesual de las prácticas restaurativas, aspecto que nos permitirá sugerir tanto potencialidades como limitaciones de su encaje con la justicia penal ordinaria.

4.1.1. Un nuevo enfoque del delito

Como se suele decir, la justicia restaurativa no enfoca el hecho delictivo prioritariamente como una transgresión de la norma o la ley, sino como un daño infringido a las personas y, por extensión, a la comunidad. Lo que debe ser puesto en primer plano son los perjuicios, las ofensas y el sufrimiento causados a las víctimas, tanto directas como indirectas. Si en la justicia penal ordinaria se opera una abstracción por la que el "ofendido" es el Estado (o algún otro tipo de autoridad normativa), ahora las víctimas vuelven a encarnarse, a humanizarse y a personalizarse[40].

---

38 Ver, a este respecto: UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes,* op. cit., cap. 1; OLALDE, A. J. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Dykinson, Madrid, 2017, cap. 1; GIMÉNEZ-SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A. (2020). *Justícia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva y transformadora.* Dossier Catalunya Social. Taula d'Entitats del Tercer Sector Social de Catalunya. https://dixit.gencat.cat/ca/detalls/Article/justicia_restaurativa_resposta_conflicte_humana

39 ZEHR, H. *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia,* op. cit., especialmente partes I y IV.

40 OLALDE, A. J. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, op.cit., p. 40

El cambio de enfoque sobre el delito o la ofensa va indisolublemente ligado a un viraje en el tipo de respuesta que suscita. Ya no la sanción, y más en particular, el castigo, sino la reparación desde la asunción de responsabilidades. El propio término "justicia restaurativa" enfatiza este aspecto, como también lo hacen otros como "justicia reparadora", "terapéutica" o "restitutiva". El objetivo debe ser, ante todo, aliviar el sufrimiento de las víctimas y restablecer, en la medida de lo posible, los daños y las pérdidas ocasionadas, y ello, no por delegación o intermediación de terceros sino, en la medida de lo posible, mediante la implicación de los propios ofensores. Además, la reparación también afecta o beneficia a éstos. En determinados casos esta reparación incluye la reconciliación o, al menos, la restitución de las relaciones entre ofensor y víctima. Incluso cuando no es posible o no se desea restablecer la relación directa entre estas dos partes, la justicia restaurativa puede incidir significativamente en la recuperación de vínculos en un sentido más social-comunitario. En el caso de las víctimas, mediante la reconstitución de lazos familiares, amicales o comunitarios rotos o profundamente trastocados por el corte en la historia de vida[41]; en el caso de los victimarios, mediante la reinserción o reintegración comunitaria[42].

Cabe señalar, no obstante, que ante ciertos tipos de ofensa o daño esta perspectiva de la reparación debe cruzarse necesariamente con la realidad de *lo irreparable*. Este concepto expresa, a la vez, dos "límites" de la justicia restaurativa: por un lado, lo que, inspirándonos en la filosofía de JANKÉLÉVITCH, llamaríamos el hecho "meta-empírico" de la irreversibilidad[43]. Esto es: independientemente del tipo y gravedad de los daños, y cualquiera que sea el modo en que se entienda la reparación, lo que es seguro es que ésta no significará una vuelta, *como tal*, a la situación anterior al delito. Por otro lado, el hecho de que en algunos delitos hay pérdidas para las que hablar de reparación parece imposible, cuando no insultante. Es, sin duda, el caso en muchos siniestros de tráfico con víctimas graves (que pueden sufrir lesiones irreversibles y/o traumas persistentes) o mortales. De acuerdo con esto, a veces se insiste en que la justicia restaurativa, de nuevo contraponiéndose al paradigma retributivo, no se queda fijada en el pasado sino que "mira sobre todo al futuro"[44]. Sin embargo, este es un punto clave de

41 Es sin duda el caso en situaciones de victimización grave. Algunas víctimas secundarias de sinestros de tráfico relatan cómo la pérdida de un familiar en la carretera convulsiona o deteriora, a veces gravemente, ciertos lazos intrafamiliares (entre cónyuges, entre padres y abuelos de un hijo fallecido…). No hay que olvidar, además, que no es excepcional que un siniestro de tráfico atraviese de lleno una familia o un grupo de amigos, cuando por ejemplo víctimas y responsable iban en el mismo vehículo. En estos casos, de forma indirecta pero en absoluto insignificante, un proceso restaurativo puede ayudar en la medida en que incide en los procesos de duelo y de reconstrucción de identidades y roles sociales.

42 Pese a que a menudo se enfatiza que la justicia restaurativa es una justicia "para las víctimas", este enfoque y este valor reintegrador de las personas infractoras es fundamental en las reflexiones y propuestas criminológicas de los llamados "precursores" de la justicia restaurativa, autores como Nils Christie, Albert Eglash y John Braithwaite (v. RODRÍGUEZ, A. C. *La justícia restaurativa: una transformació ètica de la justícia penal tradicional,* op. cit., cap. 1.2.)

43 JANKÉLÉVITCH, V. *L'irréversible et la nostalgie,* Flammarion, París, 2011.

44 RODRÍGUEZ, A. C. *La justícia restaurativa: una transformació ètica de la justícia penal tradicional,*

tensión, tanto teórica como sobre todo para la práctica de la facilitación, pues la dimensión retroactiva (el "re-" de la reparación, restitución, recuperación, restauración…) es inexcusable; es el sentido de (re)equilibrio y compensación inscrito en la noción más básica y primaria de justicia. En la intersección de estas dos perspectivas, hacia el pasado y hacia el futuro, emergen dos cuestiones que, especialmente en situaciones de victimización grave, atraviesan la justicia restaurativa en lo más nuclear: el *duelo* y el *perdón*[45].

Como hemos dicho, la justicia restaurativa pone en primer plano la participación de todos los implicados en un delito u ofensa. Todos los afectados por la situación conflictual o delictiva se involucran activamente en su tratamiento y resolución, creando "un espacio comunicativo no adversial ni amenazante, donde los intereses y necesidades de las víctimas, la persona ofensora, la comunidad y la sociedad puedan satisfacerse"[46]. Por supuesto, la participación más disruptiva con respecto a los procesos penales ordinarios es la de las propias víctimas, pues, como se ha señalado, estos procesos unilateralizan el abordaje en el eje Estado-ofensor, dejando a las víctimas como "estatuas de cera"[47].

Ahora bien, la participación del ofensor comporta también un viraje importante, pues siendo cierto que el derecho penal se centra en la persona del infractor, lo hace al precio de una paradójica *participación pasiva*. También las necesidades, y ya para empezar la voz, del infractor es delegada en agentes supuestamente defensores de sus intereses y, sobre todo, conocedores de las "reglas del juego" procesal. Como expresan algunos profesionales de la justicia, al "delegar la resolución de los conflictos penales en la Administración de Justicia (…) las partes han quedado desprovistas de espada (lo que parece realmente bueno) pero han resultado privadas de palabra (lo que es decididamente malo)"[48].

---

op. cit., p. 104. ZEHR dice, explícitamente: "La justicia puede significar moverse en una nueva dirección en vez de regresar a la situación del pasado" (op. cit., p. 183)

45 El perdón tiene un vínculo particular, un tanto paradójico, con la justicia restaurativa. En general, se tiene por algo suplementario, no necesario y, en ningún caso, exigible, en un proceso restaurativo (nótese, por ejemplo, el énfasis en la memoria del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León de 2022: "*Justicia Restaurativa no es sobre la reconciliación ni el perdón*. Algunas películas basadas en procesos restaurativos reales están creando el prototipo de víctima buena, que perdona… y la justicia restaurativa no trata de perdonar o de pedir perdón, esto es algo muy personal que depende de cada una de ellas"). Sin embargo, ya sea como expectativa, como tentativa, o como logro o "acuerdo", el perdón (y ya no digamos diferentes formas de disculpas) tiene una presencia muy recurrente en los procesos restaurativos, y puede llegar a convertirse en un elemento central y sobresaliente. Sobre esto: SAEZ, R. "Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas", op. cit.; también DHAMI, M. (2015). "Apology in victim–offender mediation". *Contemporary Justice Review* 19(1):1-12. https://doi.org/10.1080/10282580.2015.1101686; SUZUKI, M. y JENKINS, T. (2022). "Apology-Forgiveness Cycle in Restorative Justice But How?" *International Review of Victimology 29(1). https://doi.org/10.1177/02697580221079994*

46 OLALDE, A. J. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, op. cit., p. 46

47 Ibid. p. 39

48 RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit., p. 20

Esta misma "delegación" tiene también como efecto que la ciudadanía en general vea la gestión pública del delito recluida en un ámbito diferenciado, especializado y hasta opaco, ante el que sólo cabe adoptar el papel de espectador, a menudo desconcertado. Supuestamente la justicia restaurativa puede tener un impacto más directo y fecundo en la comunidad, mitigando este efecto alienador, aunque, como veremos, las modalidades de participación comunitaria son diversas y complejas. Lo que es importante anotar, en todo caso, es que, incluso cuando la participación de la comunidad es muy difusa o llanamente inviable en términos de implicación directa en el proceso restaurativo, la propia lógica restaurativa apela a una pedagogía social de respuesta al delito substancialmente diferente a la retributiva, especialmente en cuanto a la activación de responsabilidades socio-comunitarias relativas a la prevención, a la reinserción y a la desestigmatización de víctimas y victimarios.

Por supuesto, la aportación genuina de la perspectiva restaurativa no consiste meramente en "permitir" que víctima y victimario participen en un proceso de justicia, sino que implica una perspectiva normativa de qué debe entenderse por participación deseable o adecuada, más o menos reparadora. En este sentido, UMBREIT y LEWIS distinguen entre procesos de "bajo impacto" restaurativo –aquellos en los que el foco está más centrado en el ofensor y en conseguir un acuerdo, muchas veces con preponderancia de reparaciones económicas o patrimoniales, en los que la intervención del mediador es mayor y más directiva, en los que hay poco trabajo previo y/o paralelo a los encuentros– y procesos de "alto impacto" restaurativo –en los que el foco está más centrado en la víctima y sus necesidades, en las que se toleran más los silencios y las expresiones emocionales, en los que hay mayor margen para el diálogo y para la toma de decisiones autónomas, y en los que se da mucho más valor a las reparaciones emocionales, morales y simbólicas–.[49]

Como es sabido, el llamado "protagonismo de las víctimas" no está exento de controversia[50]. Más allá de cuestiones relativas a las garantías procesales[51], de las que no nos ocuparemos aquí, es cierto que una incontenida o descarnada participación de las víctimas puede no ser reparadora para ellas mismas. Por si fuera poco, el sufrimiento de las víctimas y su demanda de mayor participación pueden ser instrumentalizados bajo tendencias liberticidas y de endurecimiento de penas[52]. Por lo tanto, hay que decir que, del mismo modo que una participación más activa

49 UMBREIT, M. S. y LEWIS, T. (2015). *Victim Offender Mediation Training Manual. A Composite Collection of Training Resource Materials.* Center for Restorative Justice & Peacemaking. University of Minnesota. [Obtenido en: https://nicic.gov/weblink/dialogue-driven-victim-offender-mediation-training-manual-composite-collection-training; 24/5/24]

50 GIMÉNEZ-SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A. (2020). *Justícia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva y transformadora*, op. cit., p. 35

51 Ver SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., cap. 17

52 RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit., p. 27; SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 66

y humanizada de los victimarios no implica trivializar ni disculpar el daño cometido, tampoco la participación de las víctimas implica abrir la puerta al victimismo y a pulsiones vengativas. La perspectiva ética de la justicia restaurativa no debería entenderse como una solícita e incuestionada atención a los deseos y necesidades de las víctimas; todas ellas deberían ser escuchadas y acogidas, pero también encauzadas y acompañadas en aras del mayor efecto reparador.

4.1.2. Beneficios de la justicia restaurativa

Sobre lo que puede aportar este nuevo enfoque de la justicia a los participantes en procesos restaurativos nos podríamos también extender mucho. Como ya hemos apuntado, es muy dudoso que la justicia penal retributiva sea beneficiosa para los infractores, dado que su principio fundamental, legítimo o no, es la maleficencia (infringir dolor o sufrimiento como respuesta a la transgresión normativa). Es también discutible que aporte beneficios a la sociedad, incluso desde el punto de vista instrumentalista de la disuasión y la prevención. Y en poco o nada beneficia a las víctimas, si bien puede saciar el comprensible anhelo de venganza. En contraste, la justicia restaurativa, a través de la implicación activa de los afectados y por medio de metodologías y formas de apoyo diversas, parece poder aportar múltiples beneficios. En principio, y potencialmente, todos aquellos que, directa o indirectamente, contribuyan a una experiencia de reparación, de consuelo, de recuperación de autonomía, confianza y control sobre la propia vida.

Puede pensarse que los beneficios de un proceso restaurativo se cifran en lo que propiamente serían las reparaciones (acordadas o no) que el ofensor lleva a cabo en beneficio de las víctimas y/o de la comunidad. Este tipo de reparaciones pueden ser muy variadas, pueden ser materiales o simbólicas, directas o indirectas[53], y pueden quedar más o menos definidas y estipuladas en un acuerdo de reparación[54].

Sin minimizar la importancia de tales reparaciones, queremos limitarnos aquí a ciertos beneficios –que sin duda también pueden ser considerados "reparaciones"– específicamente definidos porque son intrínsecos al proceso restaurativo y, además, no se reducen a un momento o acto puntual, sino que se extienden a lo largo del mismo. Concretamente, dos: el hecho de que víctimas y victimarios puedan sentirse reconocidos, y el hecho de que puedan elaborar o reconstruir un relato.

---

53 Nos referimos a que las víctimas concretas de un delito pueden verse reparadas directa o indirectamente. Por ejemplo, según los testimonios recogidos, en delitos de tráfico es habitual que las víctimas, algunas de ellas habiendo rechazado todo contacto directo con el infractor, se sientan reparadas al saber que éste ha hecho cosas tales como participar en actividades de concienciación para otros conductores infractores, compartir su testimonio públicamente o iniciar tratamientos para deshabituarse del consumo de alcohol o drogas.

54 UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes,* op. cit., p. 5 y 62. A menudo estos acuerdos de reparación implican reparaciones que deben llevarse a cabo fuera y tras el proceso restaurativo, y que pueden (y deberían) ser objeto de seguimiento y control.

A. Reconocimiento

El reconocimiento de los actores implicados, en su singularidad y profundidad, es un elemento clave de la justicia restaurativa, ya muy diferencial con respecto a la justicia penal. Esta última implica, sin duda, un reconocimiento jurídico (como sujetos de derecho), pero poco más. Como se sabe, especialmente la dimensión afectiva, psicosocial, biográfica, y en buena medida también la moral, de las personas, quedan fuera de juego en un proceso penal. Los procesos restaurativos tratan de reconocer a todos los participantes, la variedad y complejidad de sus emociones, la legitimidad de sus expectativas y necesidades, así como su capacidad de contribuir a una resolución, pacificación o reparación del problema. En parte este tipo de reconocimiento es un punto de partida (sin el cual el proceso no puede ni siquiera empezar), pero en buena medida es también un horizonte. Llegar a reconocer al otro, a la víctima, al victimario, de forma plena o, al menos, profunda, es algo que sólo puede darse al final de un proceso[55]. Y esto porque, entre otras cosas, reconocer "plenamente" a la víctima significa reconocer que no se reduce a su condición victimizada –y lo mismo, *mutatis mutandis*, para reconocimiento "pleno" del victimario–; es decir, que el reconocimiento implica enriquecer, desplazar y transformar lo que inicialmente hizo "reconocibles" a las partes implicadas.

La falta de reconocimiento de las víctimas –en el caso que nos ocupa, de siniestros de tráfico– siempre es algo ambivalente: por un lado, es evidente que muy a menudo las víctimas no reciben la atención, los apoyos y los acompañamientos adecuados desde el mismo momento del siniestro[56], lo que merma su sentimiento de ser reconocidas. El proceso penal, que, si acaso, las convoca exclusivamente como testigos para el esclarecimiento de unos hechos, excluyendo toda otra consideración de índole emocional o personal, puede acabar de socavar ese sentimiento. En ocasiones, el fallo final (porque no concluye que haya responsabilidad penal o por considerar que la pena es demasiado baja) se vive como una ofensa o desprecio personal. A este respecto, es muy importante recordar que en delitos con víctimas mortales, la reivindicación, y por tanto, la fallas del reconocimiento, se extienden a las personas ausentes. Varias víctimas secundarias de delitos viales relatan la frialdad, la deshumanización y, a veces, incluso la desconsideración, con que los operadores judiciales pueden referirse a las víctimas fallecidas. Así, las víctimas no se sienten reconocidas también, y quizá fundamentalmente, porque sienten que no se reconocen las personas ausentes de cuya memoria y dignidad se sienten portadoras.

---

55 Recordemos que los principales enfoques filosóficos sobre el reconocimiento lo han considerado siempre como un proceso o un camino. Ver HEGEL, G.W.F., *La fenomenologia de l'esperit*, Ed. Laia, Barcelona, 1985; HONNETH, A., *La lutte pour la reconnaissance*, Gallimard, Paris, 2013; RICOEUR, P., *Caminos del reconocimiento*, Trotta, Madrid, 2005

56 Según Carme Guil, magistrada de la Audiencia Provincial y Presidenta de GEMME, el Estatuto de la Víctima de delito es una de las leyes menos aplicadas del ordenamiento actual [comunicación personal]. Remarquemos que esto incluye que en muy pocos casos las víctimas reciben información sobre la disponibilidad de vías restaurativas.

El testimonio de una víctima indirecta (que había perdida un hijo en un atropello) estaba surcado por el recuerdo doloroso de que "nadie [durante el proceso judicial] le dio importancia a lo sucedido". Para esta víctima todo el proceso judicial estuvo definido por la frivolidad, la indiferencia; había, pues, una demanda insatisfecha de que se les concediera a los hechos, y con ello, a las víctimas y a sus sentimientos, "el peso que merecían". Este es un ejemplo claro del tipo de reconocimiento que podría encontrarse en un espacio restaurativo, y que es quizá vano buscar en un espacio judicial.

Hay que puntualizar, además, que el reconocimiento no depende únicamente de lo que los agentes hacen o dejan de hacer, sino, por supuesto, del contexto, del "marco de actuación"[57]. Así, en casos de delitos de tráfico, se constata que es frecuente que en el juicio los infractores pidan disculpas, a veces dirigiéndose explícitamente a las víctimas. Del testimonio de varios infractores se desprende que, al margen de las instrucciones recibidas por parte de sus letrados, estas disculpas son muy a menudo sinceras. Sin embargo, es también frecuente, y harto comprensible, que tales muestras de arrepentimiento sean recibidas por parte de las víctimas como actos espurios, tácticos y, desde luego, insuficientes. Lo que falta a menudo, pues, no es la responsabilización, ni las intenciones honestas, ni los gestos o las palabras en sí, ni siquiera la voluntad o disponibilidad a perdonar por parte de las víctimas, sino simple y llanamente, el "marco", las condiciones indispensables de comunicación, y esto es precisamente lo que puede proveer un espacio restaurativo.

Si las víctimas no se sienten reconocidas, otro tanto, a su modo, padecen los victimarios. Un siniestro de tráfico puede deberse a conductas manifiestamente irresponsables, pero sin ninguna intencionalidad de causar víctimas; a veces, ni siquiera concurren temeridades graves, sino imprudencias o distracciones de fatales consecuencias. Nada de esto es evidente ni dirimible en los instantes posteriores al siniestro, pero algunos infractores relatan cómo la mirada, e incluso las palabras, de los agentes que intervienen (cuerpos policiales y a veces también sanitarios), los estigmatizan inmediatamente como "criminales" o "asesinos". La intervención de los abogados/as, sin duda necesaria, no solventa estos déficits, pues imbuye a los victimarios en la lógica táctica e instrumental "apropiada" al proceso penal. En definitiva, pues, las necesidades, emociones y expectativas morales de los victimarios tampoco se ven adecuadamente reconocidas[58]. De nuevo, un espacio restaurativo podría responder a este déficit de reconocimiento, teniendo bien presente que esto no implica ni dispensar ni desresponsabilizar a la persona infractora. Antes al contrario, el reconocimiento es de hecho, la condición de la responsabilización. La justicia penal solo implica reconocimiento a nivel de la adscripción (atribuir

57 En el sentido de GOFFMAN, E. *Frame analysis. Los marcos de la experiencia.* CIS y Siglo XXI, Madrid, 2006

58 Esto se ejemplifica, de forma simple, en la prohibición rotunda que los victimarios suelen recibir de sus letrados cuando expresan la necesidad de ponerse en contacto con las víctimas para pedirles disculpas. Sin duda, por honesta que sea esta necesidad, no siempre es emocional ni éticamente conveniente. Pero, sin duda también, no son estos los criterios que más pesan en los consejos que dan los abogados defensores.

acciones concretas a sujetos concretos, y por tanto, reconocerlos como capaces de acción, en el sentido lato de incidencia en el curso de los acontecimientos), y de la imputabilidad (reconocimiento de los sujetos como punibles, esto es, como responsables en el sentido lato de debiendo responder de la acción ilícita). Pero nada de esto implica necesariamente responsabilización en el sentido interior y moral del término. Para ello es necesario que el sujeto sea reconocido como capaz de comprender el mal causado, de tomarlo a cargo y de responder de él, así como de comprometerse en formas de reparación, algo a lo que no puede contribuir un proceso penal pero sí uno restaurativo[59].

Aunque no podamos ahondar en ello, es necesario anotar que la cuestión del reconocimiento se extiende también al tercer polo de un proceso restaurativo, la comunidad. Por un lado, la comunidad es un agente fundamental en la otorgación de reconocimiento a víctimas y a victimarios, como se ve claro en las prácticas restaurativas que implican la participación de círculos familiares, comunitarios o sociales más o menos amplios. Las víctimas, por ejemplo, que debido al suceso traumático llegan a sentirse aisladas, pueden sentir que su relato y sus demandas son acogidas por la comunidad, aun cando no lo sean por el victimario[60]. Por otro lado, en la perspectiva de la justicia restaurativa, es también fundamental reconocer el daño todo delito, directa o indirectamente, causa en la comunidad. En este sentido, son paradigmáticos los abordajes con metodologías restaurativas de los casos de delitos contra la seguridad vial sin víctimas. En un círculo restaurativo, por ejemplo, los infractores, frecuentemente con poca o nula responsabilización, pueden entrar en contacto con personas que, desde perspectivas y formas de intervención diversas en el espacio público y la movilidad, ayudan a concienciar sobre los efectos de tales conductas[61]. Ahora bien, para el tipo de delitos que nos ocupa, hay que añadir que la justicia restaurativa puede contribuir significativamente a que la comunidad sea reconocida, no sólo como "víctima" sino también como parte activa en la reparación y la prevención, y, hasta cierto punto, como responsable del contexto en que se dan muchos de estos delitos. En efecto, la justicia restaurativa, por su propia lógica, genera un espacio especialmente adecuado para que emerja la complejidad y la sobredeterminación sociocultural presente en la mayoría de los delitos. En el contexto vial, por ejemplo, junto con la "microhistoria" y los relatos de vida de las personas implicadas y afectadas, se dan condicionantes estructurales bastante recurrentes. Algunos parecen socialmente asumidos, aunque no por ello corregidos, como

59 Nótese que el acento está en el reconocimiento, no en la capacidad. Da igual si alguien es capaz de responsabilizarse (en cuanto a disposiciones, aptitudes e intenciones psicológicas y morales) si no se lo reconoce como tal. Para ello, ciertas condiciones de intersubjetividad son indispensables.

60 Esto es especialmente relevante en las formas de victimización que, paradójicamente, acostumbran a producir un sentimiento de vergüenza o de culpabilidad en la víctima, como por ejemplo la violencia sexual.

61 Hay un caso de este género relatado en OLALDE, A. J. (Dir.) *La praxi del Programa de justícia restaurativa a Catalunya: narratives, reflexions i aprenentatges des de la facilitació*, op. cit., cap. 11 (p. 291)

la indulgencia en relación a la conducción bajo los efectos del alcohol. Otros, no tanto, como el omnipresente factor de la velocidad; no el *exceso* de velocidad, sino la *naturalización de la velocidad* como condición inmanente a la exigencia de aceleración y productividad socioeconómica[62].

B. Relato

El ofrecimiento de un espacio en el que víctimas y victimarios puedan expresarse, narrarse, o hacer preguntas y pedir explicaciones; o sea, un espacio donde pueda no solo exponerse, sino construirse, un relato, es uno de los aportes esenciales de la justicia restaurativa, de nuevo en vivo contraste con lo que ocurre en un proceso penal. La dimensión del relato puede darse en modalidades diversas, en un arco que va desde el espacio participado exclusivamente por una de las partes, hasta los procesos que implican encuentro o inter-mediación víctima-victimario (cuyos relatos se encaran y se activan mutuamente, en una dinámica turbadora y a la vez productiva), pasando por prácticas que permiten compartir múltiples relatos pero sin llegar a confrontar las perspectivas de víctimas y victimarios.

Es evidente que la dimensión del relato que pone en juego la justicia restaurativa no se limita al esclarecimiento de los sucesos delictivos/traumáticos, aunque, si así fuera, ya supondría un cambio sustancial respecto del proceso penal. En este, como se sabe, se intenta determinar lo sucedido con la máxima objetividad y asepsia posibles, mientras que las personas implicadas, especialmente las víctimas, no pueden, o no quieren, deslindar los componentes emocionales, las reivindicaciones morales y la conexión de lo sucedido con otros aspectos de su vida. La justicia restaurativa da espacio para todo esto, y para un despliegue, en principio, no limitado, de las necesidades de narración e interpretación. Así, tanto o más importante que relatar lo sucedido en el momento del delito, es exponer el estado de sus vidas en el momento presente, contar lo vivido desde el suceso traumático hasta ahora, expresar lo padecido, lo perdido, los cambios y adaptaciones que han debido afrontarse, así como las expectativas y planes futuros, o, a menudo, la incapacidad para proyectarlos. Asimismo, suele ser muy importante elaborar una narración que reconecte con una historia de vida anterior al suceso delictivo/traumático, asociado a la doble necesidad de una rehabilitación moral (vindicando el reconocimiento de lo que se era o se tenía) y de una elaboración de las pérdidas irrecuperables. En efecto, ni el duelo ni la responsabilización pueden llevarse a cabo sin un trabajo narrativo que de algún modo integre la ruptura (el daño causado/padecido) en la continuidad de una vida "propia"[63]. En todo ello, lo que se pone de manifiesto es ante todo un "quién" y no un "qué".

---

62 Revelador, por ejemplo, el testimonio de un victimario de tráfico que, sin el menor atisbo de presentarlo como descargo, nos relató las condiciones de presión psíquica, de fatiga física y de inseguridad técnica en las que trabajaba como transportista. Sobre la velocidad como coacción social aceptada: ZAMORA, J. A., MAISO, J., MATES, R. (ed.) *Las víctimas como precio necesario*, op. cit., cap. 11; y ROSA, H. *Alienación y aceleración*, Katz ed., Madrid, 2016.

63 Se trata del hecho simple pero paradojal de que, incluso tras rupturas de vida tan profundas que obligan a decir "ya no soy la *misma* persona que antes", se dé la "conservación de sí" (*maintien de soi*) propia de una identidad narrativa. Sobre la disociación entre identidad-mismidad (ser-

La función del relato a la hora de tejer continuidades y, por consiguiente, reconstruir un sentimiento de identidad, es pues fundamental. Vinculado a esto, el relato aporta otra cosa esencial: sentido, y por tanto, orientación y sensación de control sobre un "mundo" que puede haberse tornado incierto, inhóspito, caótico o peligroso. En efecto, el relato es la herramienta clave para la integración y la comprensión de lo traumático, lo disruptivo o lo angustiante. Los participantes en un proceso restaurativo, mayormente las víctimas, suelen llegar cargadas de preguntas con las que llenar lagunas, calmar desasosiegos y otorgar significados[64].

Pero la dimensión del relato no depende únicamente de la obtención de explicaciones, sino también de la asunción y la gestión de sus límites. Algunas víctimas de siniestros tráfico, por ejemplo, explican que llega un punto en el que no desean indagar más. No todas las lagunas de saber pueden llenarse con respuestas claras y unívocas; y más importante: aunque lo fueran, no resolverían la necesidad de aceptación de lo ocurrido. Precisamente en el contexto vial, a menudo hay un margen para lo fortuito, lo irreflexivo, lo multi-factorial… hay conductas o reacciones que no tienen justificación en base a razones, y hay justificaciones que los infractores no son capaces de darse ni a sí mismos. En fin, a menudo se dice que las víctimas tienen preguntas que sólo los victimarios pueden responder, y que por ello les es necesario o beneficioso un proceso restaurativo. Sin duda es cierto, pero también lo es que, a veces, lo reparador es saber que el victimario no tiene las respuestas que uno desearía o necesitaría. Tanto en un caso como en otro, lo que es claro es que requiere disponer del espacio, del tiempo y de los apoyos para poder plantear las preguntas y digerir las respuestas o la falta de ellas.

Es interesante añadir que cuando el suceso delictivo/traumático se da entre personas desconocidas, como es a menudo el caso en siniestros de tráfico, el espacio restaurativo permite "poner rostro" a las personas, pero también desarrollar sus identidades narrativas hasta punto insospechados. Por un lado, es comprensible que las víctimas secundarias tengan interés en relatar, con rasgos vivos y sensibles, quién era la persona fallecida, más allá de la silueta abstracta de la víctima que aparece en un juicio penal. Por otro lado, tal como explican algunas facilitadoras entrevistadas, es muy habitual que las víctimas de un suceso traumático en el contexto vial tengan un imperioso deseo de saber quién les causó el daño. Esto permite movilizar prejuicios y clichés en torno a la figura socialmente construida del infractor de tráfico[65]. Otro elemento que suele ser esencial para las víc-

---

el-mismo) e identidad-ipseidad (mantener un sí-mismo), ver RICOEUR, P., *Soi-même comme un autre*, Ed. Seuil, Paris, 1990

64 Una anotación importante: en el contexto de los siniestros de tráfico con víctimas mortales, no es infrecuente que el infractor sea la última persona que ha visto y estado con la víctima antes de morir. Es a través del victimario que las víctimas secundarias pueden llegar a sentirse en contacto con los últimos instantes de vida de sus allegados. Esta paradójica "cercanía" con el victimario no es, por supuesto, fácil de gestionar. Esto, además, abre otra derivada que fue mencionada por un facilitador entrevistado: un proceso restaurativo puede servir también para dar respuesta a necesidades de saber y de agradecimiento dirigidas al personal de urgencias que atendió a las víctimas de un siniestro de tráfico.

65 No siempre para desvanecerlos. Por ejemplo, no es inverosímil que un infractor/victimario

timas es saber qué ha hecho o qué se propone hacer el infractor para modificar su conducta i no reincidir, especialmente cuando hay factores pertinaces como conducción temeraria o consumo. A menudo, la narración-de-sí del infractor en términos de planes y propósitos de vida, tiene por sí misma un aporte reparador clave. Aunque menos esperable, merece destacarse que un proceso restaurativo puede dar lugar a un franco interés por parte de las víctimas en profundizar en detalles de la vida y del carácter de los infractores (aficiones, gustos, creencias, valores, propósitos…)[66].

Así pues, un proceso restaurativo permite, no solo acoger relatos que no han podido expresarse en otros foros, sino, más fundamentalmente, activar la agencia relatadora de los participantes (que, a un lado, por el shock, al otro, por la culpabilidad, puede haber quedado bloqueada), así como modificar, ampliar, extender la comprensión de los hechos y de sí mismos, recomponiendo la memoria y abriendo horizontes de proyección[67].

4.1.3. Procesos con finalidad pero sin fin

La flexibilidad es el otro rasgo sobre el que queremos poner el acento. La diversidad de enfoques y metodologías restaurativas ya es indicativo de ello. Pero la maleabilidad de la justicia restaurativa va más allá de la variedad de prácticas que propone, y se puede resumir en tres aspectos. En primer lugar, se reconoce que la justicia restaurativa es eficaz para acometer una gran diversidad de situaciones de injusticia. No sólo un abanico de tipos delictivos, sino, más en general, un conjunto heterogéneo de conflictos, ofensas, agravios y pérdidas: desde conflictos sociales de alcance micro (familiar, local, comunitario…) hasta macroprocesos de justicia transicional en los que pueden darse enfoques y acciones que colindan o se solapan con prácticas de tipo restaurativo[68].

El segundo lugar, la justicia restaurativa es flexible en los modos de dar respuesta y, por tanto, de intentar "reparar" a los implicados. Un enfoque centrado en reparar agravios, daños y pérdidas –lo que incluye atender a las necesidades psicosociales y morales de todos los afectados–, tiene necesariamente que remitirse a un elenco de recursos amplio y flexible, más allá de una "economía" de las penas basada, fundamentalmente, en montos de dinero y tiempo.

---

de tráfico pueda cumplir con la imagen preconcebida de ser un varón joven que causa un siniestro volviendo de fiesta y habiendo consumido alcohol u otras sustancias. Sin embargo, el espacio restaurativo y los relatos de vida que promueve, permiten dar espesor y complejidad al prejuicio, poner rostro tras la máscara hierática del infractor-tipo.

66 Ver a este respecto el caso de trafico relatado en OLALDE, A. J. (Dir.) *La praxi del Programa de justícia restaurativa a Catalunya: narratives, reflexions i aprenentatges des de la facilitació*, op. cit., cap. 7

67 Para una problematización y profundización de la dimensión narrativa específica de la justicia restaurativa, puede consultarse VARONA, G. (Dir.) *Caminando restaurativamente. Pasos para diseñar proyectos transformadores alrededor de la justicia penal*, Dykinson, Madrid, 2020

68 Ver EVANS, M. (ed.) *Transitional and Transformative Justice. Critical and International Perspectives.* Routledge, New York, 2019

En tercer lugar, la flexibilidad tiene que ver con las posibilidades de encaje y articulación entre la justicia restaurativa y el sistema de justicia penal institucionalizada. En este punto, sin embargo, hay que decir que la flexibilidad se torna ambivalente. Pese a que muchos de los principios y valores de la justicia restaurativa nacen en oposición con los de la justicia retributiva hegemónica, en el ámbito penal se destaca como una virtud de la primera el que no se plantee como una alternativa, sino como una complementación a los procesos penales. La hibridación entre castigo y reparación da lugar a una justicia que atiende mejor a las diversas dimensiones del delito y a las necesidades de víctimas y ofensores. Además, los procesos restaurativos pueden activarse de varios modos y en distintas fases de los procesos penales, incluso mucho después de que estos hayan concluido y con relativa independencia de las instituciones de justicia, lo que permite una gran adaptabilidad a las situaciones personales de las partes implicadas[69]. Ahora bien, es igualmente cierto que, en la articulación entre justicia penal y justicia restaurativa, la diversidad de enfoques, métodos y prácticas, y hasta el elemento de innovación y creatividad inherente a la mirada restaurativa, pueden verse menoscabados frente a ciertas rigideces y automatismos propios de las instituciones de justicia. El recorte de lo restaurativo bajo el modelo de la mediación ofensor-víctima es ya, en parte, un aviso de este riesgo. Más grave es que los mismos objetivos y principios de la justicia restaurativa puedan verse ensombrecidos. Es habitual el debate sobre hasta qué punto los servicios de mediación penal y justicia restaurativa pueden verse instrumentalizados por el interés de los encausados en reducir o evitar penas mediante una más o menos fingida responsabilización y arrepentimiento[70]. Por otro lado, hay indicios de que en ocasiones lo intereses institucionales (administración de Justicia y entidades prestadoras de servicios) pueden llegar a prevalecer sobre los intereses de los afectados[71]. Esto último, a su vez, puede relacionarse con la constatación de desequilibrios significativos en la atención prestada a los ofensores en detrimento

69 SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 500; UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes,* op. cit., cap. 4

70 Este es un debate profundo que aquí solo atisbamos. Uno de los principios ineludibles de la justicia restaurativa es la voluntariedad de la participación, pero esto no quiere decir que los participantes no puedan estar movidos por intereses estratégicos y egocentrados. Algunos autores se muestran directamente contrarios a la imposición más o menos explícita de "criterios morales" para la participación en un proceso restaurativo (GIMÉNEZ-SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A. (2020). *Justícia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva y transformadora*, op. cit., p. 33), y recuerdan que "las expectativas con las que los protagonistas inician la mediación difieren mucho de las que aparecen al finalizar la misma" (RÍOS, J. C. et al. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008),* op. cit., p. 30). Lo más razonable (y frecuente) es suponer que los motivos para participar en un proceso restaurativos pueden ser muchos, intrincados y hasta contradictorios. Resulta excesivo, y hasta cierto punto injusto, esperar de los participantes actitudes morales claras, íntegras y puras ante el proceso. El arte de los facilitadores es dirimir cuando, incluso con cierta presencia de intereses espurios, un proceso restaurativo es viable, lo que no implica garantías de éxito, pero sí condiciones de seguridad para las víctimas.

71 Por ejemplo, sucede que los mismos operadores de justicia perciben la mediación penal bajo una lente preponderantemente funcional-burocrática, concretamente como un medio para acelerar procesos y aligerar cargas de trabajo (OLALDE, A. J. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, op. cit., p. 56)

de la que reciben las víctimas[72]. Lo que, en todo caso, es una experiencia común a muchos profesionales entrevistados es que hay un contraste muy relevante entre los procesos restaurativos en fase de instrucción y enjuiciamiento (estando, entonces, el trabajo restaurativo más presionado y encorsetado por los tiempos y exigencias del proceso penal), y los procesos desarrollados tras la sentencia, que gozan de más tiempo y libertad de acción.

Junto con la flexibilidad, queremos insistir en el carácter procesual y abierto de los procesos restaurativos. En determinados contextos –la mediación víctima-ofensor, por ejemplo– se corre el riesgo de concederle excesivo peso a la idea de resolución y de consecución de acuerdos. Sin duda, la integración de la justicia restaurativa en el sistema penal requiere de una formalización y estandarización de la primera. Sin embargo, la estructura *proceso-acuerdo-implementación* escamotea el carácter profundamente abierto, fluido y complejo de los procesos restaurativos. No todos acaban materializándose en un acuerdo formalizado, y, cuando lo hacen, no todo lo reparador tiene cabida en tal acuerdo; a menudo, lo más reparador está más allá, o más acá, del acuerdo entre las partes. Como hemos sugerido al hablar del reconocimiento y el relato, aspectos como la autoestima, el autorespeto, la reconstrucción de la propia identidad y de lazos sociales, la superación del duelo o el desbloqueo de horizontes de vida, pueden estar ligados a la misma participación en un proceso restaurativo, y no tanto a la obtención de determinadas reparaciones por parte del infractor. De hecho, la reparación, ni empieza con la celebración de los encuentros entre víctima y ofensor, ni termina con la consecución de un acuerdo. Un proceso restaurativo que ni siquiera llega a implementarse (por ejemplo, porque una de las partes se desdice antes de empezar) o que se ve truncado en sus primeros compases, puede tener efectos significativamente reparadores en alguna de las partes implicadas, debido al trabajo de reflexión, elaboración y transformación que implica el mero hecho de plantearse participar en tal proceso. Asimismo, es perfectamente concebible que alguien tenga una experiencia claramente insatisfactoria –esto es, que se sienta muy poco o nada reparado tras el proceso de mediación– y que, sólo tiempo después y por avatares diversos, tome conciencia retrospectiva de los beneficios del proceso.

El carácter procesual y abierto de la justicia restaurativa está ligado al hecho de que el "momento adecuado" para su implementación es muy relativo. Sin duda, la preparación y los acompañamientos son fundamentales, así como el conocimiento y una mínima capacidad de control sobre las condiciones en que se implementa un proceso restaurativo. Prevalece la voluntad de las partes involucradas y su autoconciencia de "sentirse dispuestas y preparadas", pero la variabilidad de tales condiciones entre personas y situaciones es muy amplia. La justicia restaurativa puede responder tanto al dolor vivo y reciente como a lo enterrado, anestesiado o carcomido. Con los recursos adecuados, es *prima facie* viable para quienes tienen las heridas en carne viva y están en un momento álgido del resentimiento (víctimas) o del autodesprecio (victimarios). Pero es igualmente viable cuando las partes, o

72 SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 36s

alguna de ellas, ha completado el "proceso de afrontar el mal" (padecido o infringido)[73]. Sin ninguna duda, esta variabilidad implica retos, dificultades, prácticas y formas de intervención muy diversas, pero la cuestión es que no se puede predecir de antemano en qué condiciones se cosecharán mayores réditos reparativos, entre otras cosas porque el "sentirse reparado" tiene un carácter irreductiblemente singular e intransferible.

4.2. Sobre las distintas prácticas de justicia restaurativa

Tal y como ya se ha señalado, la diversidad de prácticas restaurativas es muy amplia y no existe una estandarización homogénea. Además, están las prácticas que podríamos llamar fronterizas, bien porque bajo ciertos criterios se consideran "cuasi-restaurativas"[74], bien porque se sitúan en el límite entre la perspectiva de la justicia y una perspectiva más lábil de dinamización comunitaria o trabajo social. Sin exponer un catálogo completo de todas estas prácticas, parece que hay suficiente consenso en clasificar las metodologías restaurativas en tres grandes grupos: la mediación, las conferencias (familiares o comunitarias) y los círculos (sentencias circulares o círculos de paz).

Además de las diferencias en las metodologías y la organización de los procesos, el aspecto fundamental que distingue estas prácticas es la cantidad y el tipo de participantes. Así, mientras que la mediación implica principalmente a la víctima y al ofensor, con el apoyo de una figura facilitadora o mediadora, los círculos y las conferencias pueden convocar a muchos y más diversos participantes: miembros de las respectivas familias y/o comunidades, otras personas afectadas por el conflicto, colectivos de apoyo, agentes técnico-profesionales (que, en función del problema a tratar, pueden provenir del ámbito judicial, administrativo, policial, sanitario, social o político), y mayor cantidad de figuras facilitadoras del proceso. Esto da pie a diferenciaciones y complejidades en la configuración de los procesos: mientras que la mediación, en términos generales, se caracteriza por una más o menos larga serie de encuentros víctima-ofensor (es decir, por una cierta reiteración del formato, lo que implica que el foco de la facilitación está muy centrado en la dinámica y en la evolución interna de la relación bilateral), las conferencias y los círculos, en razón de la diversidad de agentes –y por tanto, de perspectivas y expectativas–, pueden requerir de recursos de organización y de dinamización del

73 En el sentido de HOLMGREN, M. *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal,* op. cit., p. 123s y 196s

74 Es ya común aceptar la distinción de WACHTEL entre prácticas plenamente (*fully*) restaurativas, mayoritariamente (*mostly*) restaurativas y "cuasi" o parcialmente (*partly*) restaurativas (WACHTEL, T. (2016). *Defining Restorative.* International Institute for Restorative Practices. https://www.iirp.edu/images/pdf/Defining-Restorative_Nov-2016.pdf). Sin embargo, el concepto es claramente equívoco. Sin duda, un proceso parcialmente restaurativo (porque participa la víctima pero no su victimario, o a la inversa) puede ser profundamente reparador para la persona implicada. "Profunda", pero no "totalmente", pues, desde el punto de vista de sus beneficios, debería decirse que un proceso restaurativo siempre es "parcialmente" reparador.

grupo más complejos, pero también implicar menor intensidad o implicación de las partes, cuando el formato no implica confrontación de víctimas y victimarios.

En principio, no hay razón para no aplicar esta diversidad de prácticas a los casos relacionados con la siniestralidad vial. Bajo los tipos delictivos de lesiones u homicidio imprudente, o contra la seguridad vial, se encuentran casuísticas y situaciones muy diversas. Es, por supuesto, labor de los equipos facilitadores evaluar las particularidades de cada situación y construir los procesos y espacios restaurativos más adecuados. Pese a que las experiencias reportadas son pocas, de las conversaciones mantenidas con diferentes servicios de justicia restaurativa se desprende que, en efecto, son varias las metodologías restaurativas implementadas con eficacia y éxito en situaciones derivadas de siniestros de tráfico. Algunas reflexiones relevantes sobre ello:

En la fase de cumplimiento de condena, y especialmente en el ámbito penitenciario, disponemos actualmente de programas y actuaciones que utilizan metodologías restaurativas de formato colectivo (por ejemplo, los círculos) para trabajar con infractores de tráfico. No se dispone de estudios de evaluación específicos y longitudinales, pero algunos de estos programas están relativamente consolidados y tienen experiencia contrastada en mejorar la responsabilización de los infractores. En los casos de tráfico con consecuencias penales se dan, de forma bastante recurrente, dos formas de des-responsabilización: por un lado, cuando se trata de delitos contra la seguridad vial sin víctimas (e incluso sin daños, por tratarse por ejemplo de condenas por conducción sin licencia), hay a menudo una férrea resistencia en asumir la responsabilidad por los riesgos y las imprudencias, escudándose precisamente en la ausencia de perjuicios a terceros; por el otro, la misma respuesta penal y el estigma de "delincuencia" o "criminalidad" que conlleva (especialmente cuando hay privación de libertad), provoca a veces una auto-victimización de los infractores que inhibe o desvía su responsabilización, aun habiendo causado víctimas y graves. En general se constata que las intervenciones de tipo restaurativo, especialmente cuando implican la participación de víctimas, producen cambios muy significativos en la actitud de los infractores. No obstante, en los casos en los que es posible implicar a alguna víctima, este tipo de intervenciones (en contexto penitenciario, con grupos de varios infractores, y a veces con diversidad de tipos delictivos) no se basan en el diálogo entre víctimas y victimarios directamente relacionados; las víctimas participantes son sustitutivas o vinculadas a algún tipo de representatividad civil o asociativa.

Más allá del contexto de cumplimiento de condena, se entiende que las prácticas colectivas como los círculos o las conferencias, son especialmente adecuadas para abordar los efectos comunitarios de ciertas conductas relacionadas con la circulación vial. De hecho, además de proponerse como como complemento a la justicia penal, estas prácticas restaurativas pueden implementarse en procesos que buscan una mejora de la convivencia, y no tanto, o no solo, una respuesta a conductas delictivas o normativamente transgresoras. Dado que los círculos y las conferencias no focalizan tanto la reparación bajo un paradigma individualizador de la responsabilidad y de la victimización, sino que se centran en la reparación del tejido comunitario, a menudo sus objetivos, más acá o más allá del hecho delictivo,

se enfocan a la prevención, a la resolución de problemáticas de convivencia o de conflictividad social en estado latente, o a la erradicación de formas de estigmatización o exclusión social[75]. En todo caso, haya o no una situación judicializada, el impacto comunitario de ciertas conductas viales no se limita a los costes y riesgos para los demás usuarios de la vía pública, sino al daño psicoemocional que puede producir en el entorno cercano del infractor. Debido a esto, en algunas circunstancias no solo es conveniente, e incluso imprescindible, contar con la participación del entorno familiar, sino que a él puede deberse la demanda o el impulso del mismo proceso restaurativo[76].

Por diversos motivos que ahora no podemos detallar, en general se reconoce que la implicación de las víctimas es más difícil de conseguir que la de los infractores[77], al menos en casos de tráfico y especialmente cuando ha habido victimización grave. No obstante, varios servicios de justicia restaurativa reportan experiencias interesantes y exitosas[78], no necesariamente de encuentro, pero sí de implicación

75 Como ilustración de esto, véase el proyecto "Road Sharing – A Restorative Approach", que, bajo el modelo de los círculos de paz, pretendía mejorar la convivencia entre distintos tipos de usuarios de la vía pública de la ciudad de Bristol (GAVRIELIDES, T. (Ed.), *Routledge International Handbook of Restorative Justice*, New York, Routledge, 1st ed., 2019, cap.16). Es un ejemplo interesante de justicia restaurativa aplicada a la seguridad vial, pero también ilustra la elasticidad de ciertos enfoques y metodologías. Se puede hablar en este caso de "justicia" (restaurativa), pues el proyecto pretende mitigar desigualdades y exclusiones en el acceso y uso del espacio público. Pero estamos lejos de la justicia como respuesta a ofensas, daños o perjuicios específicos, pues los participantes no eran reclutados por su condición de víctimas o victimarios de delitos de tráfico (ni siquiera como infractores), ni pretendía resolver problemas interpersonales concretos. En este sentido, como apuntábamos antes, se trata más bien del uso de metodologías restaurativas en un proyecto de dinamización o participación comunitaria.

76 De nuevo, remitimos al caso relatado en el cap. 11 de OLALDE, A. J. (Dir.) *La praxi del Programa de justícia restaurativa a Catalunya: narratives, reflexions i aprenentatges des de la facilitació*, op. cit. Dicho esto, hay que añadir una particularidad en cuanto a la implicación "comunitaria" en procesos relacionados con delitos de tráfico. El impacto comunitario tiende a estar polarizado: en un extremo, los siniestros tienen un impacto devastador en los círculos familiares-comunitarios más estrechos, tanto en el de las víctimas como en el de los victimarios. Mas, en otro extremo, los delitos y siniestros de tráfico conectan con una dimensión "comunitaria" tan amplia y difusa que hasta parece inadecuado usar este término. Muchas situaciones viales, en efecto, se dan en contextos puramente funcionales, de interacción atomizada y anónima, en los que hablar de "comunidad" puede ser simplemente un modo sociológicamente poco riguroso de hablar de la sociedad en su conjunto. En fin, la siniestralidad vial tiene, sin duda, una fundamental dimensión social (tanto en sus causas como en la gestión de sus consecuencias), pero no siempre un marco o arraigo comunitario evidente o fácil de delimitar. A la hora de plantear la participación de la comunidad en un proceso restaurativo es fácil, pues, que se tope con una dicotomía sin gradación intermedia entre el extremo del entorno cercano –en el cual la incidencia es personalísima, carnal, inmediata– y un entorno social de amplio espectro –en el cual la incidencia es despersonalizada, abstracta y mediatizada por múltiples instancias–.

77 Esto tiene el efecto perverso de reforzar la sesgada idea de que la justicia restaurativa sólo sirve a los ofensores.

78 De las que nosotros hayamos tenido conocimiento: servicios de justicia restaurativa de Cataluña, del País Vasco y de Castilla y León.

de víctimas y victimarios directos en un mismo proceso[79]. En relación con esto, podemos hacer mención de dos cuestiones:

Por un lado, el radio de participación de estos procesos. Es evidente que cuando un siniestro de tráfico tiene consecuencias muy graves o fatales, los efectos en el entorno más cercano (familia i amigos) son muy directos y profundos. Esto hace que sea complicado individualizar la elaboración de tales efectos y recortar el perímetro de participación en un eventual proceso restaurativo. Las metodologías más individualizadas (como las entrevistas restaurativas y la mediación víctima-victimario) quizá permiten una mayor personalización de los acompañamientos, así como una mejor atención a necesidades y demandas muy singularizadas. Pero, como explica una de las facilitadoras entrevistadas, los entornos, tanto de la víctima como del victimario, van a "participar de todos modos", pues los implicados "vuelven a casa" y comparten sus vivencias, recibiendo opiniones, valoraciones, apoyos o reproches de las personas de su confianza. Todo esto hace que, de entrada, sea importante valorar la conveniencia de plantear metodologías de tipo grupal, implicando a círculos familiares o de apoyo, por una de las partes o en ambas a la vez. Sin embargo, como puede suponerse, esto incrementa mucho la complejidad de los procesos, pues si bien el impacto victimizador de un siniestro de tráfico se extiende a un círculo amplio de personas, cada una de ellas lo vive, lo elabora y lleva a cabo el proceso de duelo de forma particular. Habrá, por tanto, diversidad, y hasta incertidumbre y volatilidad, tanto en la misma disponibilidad a participar, como en las formas de hacerlo, en las expectativas vertidas, en las demandas expresadas, en la reparación experimentada, etc., con los retos de dinamización y facilitación que eso conlleva.

Por otro lado, hay una cuestión de tiempo y de sincronización. Presumiblemente, cualquier proceso restaurativo que pretenda poner en interrelación, de un modo u otro, a las víctimas con sus victimarios, comportará dificultades de sincronización, esto es, lograr una mínima coincidencia en la voluntad y preparación de ambas partes. Los casos relacionados con siniestros de tráfico no son una excepción. Más bien al contrario: según varios testimonios, lo habitual es que las víctimas cierren la puerta a cualquier vía restaurativa durante la fase pre-sentencia del proceso penal, que, como se sabe, puede alargarse varios años. Pero, a su vez, el hecho de que suelan ser sucesos muy traumáticos pero puntuales en la historia de vida

79 Recordemos que la interacción víctima-victimario no tiene que ser necesariamente ni bilateral ni presencial (*face-to-face*). Se puede dar en el marco de encuentros grupales (tipo círculos o conferencias), intermediada por parte de los facilitadores (*shuttle mediation*), sincrónica pero a distancia (por ejemplo, videoconferencia), o asincrónica (por medio vídeos, grabaciones o cartas; ver CAPECCI, V. y DEL MORAL, G. (2021). "Cartas del perdón en el ámbito de la justicia restaurativa: percepción de expertos y expertas sobre la forma de hacer llegar las cartas, diferentes tipos de víctimas y beneficios". *Revista de Victimología*, 12(2021), 35-62. https://doi.org/10.12827/RVJV.12.02). También hay que mencionar la modalidad de víctima sustitutoria (*surrogate mediation*), lo que no implica excluir toda participación de la víctima real (aunque ésta no participe directamente en los encuentros, puede beneficiarse sensiblemente del proceso gracias a un trabajo por separado con la víctima que la sustituye (Ver GENCAT (2022) *Víctima substitutòria: Un agent de resiliència.* Departament de Justícia. https://hdl.handle.net/20.500.14226/620)

de las víctimas, sin vínculos con los victimarios y con desenlaces frustrantes en el campo judicial, probablemente favorece un "pasar página" que hace difícil iniciar procesos restaurativos tras el periplo judicial, sobre todo si en su momento no se dio (y raramente se da) una adecuada y cuidadosa información sobre la justicia restaurativa. Dicho lo cual, estos mismos factores, especialmente el hecho de que la victimización no se da en el marco de vínculos afectivos ni se debe a formas de agresión insidiosas y reiteradas, da lugar a particularidades en cuanto a los tiempos del proceso restaurativo: a despecho de las singularidades de cada caso, las situaciones relacionadas con tráfico pueden requerir un trabajo de preparación largo y costoso por ambas partes, pero fases o momentos de interacción víctima-victimario relativamente cortos, incluso puntuales. Evidentemente, tanto una como otro tienen mucho que elaborar a nivel emocional y moral, pero las demandas y expectativas vertidas en un encuentro o comunicación con la otra parte se concentran a menudo en formas de reparación simbólica fácilmente acotables (poner "rostro" a los implicados, pedir u ofrecer explicaciones sobre eventos y vivencias que se entiende que están relativamente circunscritos, pedir disculpas, comprometerse en acciones o conductas reparadoras).

En fin, reiterando lo dicho, no hay motivo para que, contando con las debidas precauciones y con buen hacer de los equipos facilitadores, las personas infractoras y afectadas por un siniestro de tráfico no puedan beneficiarse de la variedad de recursos y de prácticas que la justicia restaurativa ofrece.

4.3. Esbozo de la situación en España

Consideramos que lo que hemos desarrollado hasta aquí con el objetivo de defender la idoneidad de la justicia restaurativa frente a los delitos de tráfico, sería aplicable, grosso modo, a los países de nuestro entorno con prácticas restaurativas relativamente asentadas e integradas en sus sistemas de justicia penal. No obstante, para acabar, quisiéramos hacer algunos breves apuntes sobre el contexto español en particular.

En España las primeras experiencias en justicia restaurativa se dan en Valencia, desde finales de los ochenta, y luego en Barcelona, Vitoria-Gasteiz y la Rioja, entre 1998 y 2000. En el ámbito de la justicia juvenil los primeros proyectos se dan en la década de los noventa, en Barcelona y Euskadi[80].

Hay que tener en cuenta que estas iniciativas se dan en un contexto jurídico y normativo precario, o directamente inexistente, en cuanto al reconocimiento e institucionalización de las prácticas restaurativas. Es en el año 2000 que se aprueba la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la que por primera vez se definen conceptos como conciliación y reparación del daño causado (Ley 5/2000 de 12 enero, art. 19 y 51); y hay que pasar al 2015

80 Ver detalles de estos antecedentes en OLALDE, A. J. *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, op. cit., p. 152-160

para que se dé un salto normativo en el ámbito de adultos, con la aprobación del Estatuto de la víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril), la modificación del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo), y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. Este avance normativo está en buena medida impulsado por los progresos en la normativa europea, y supone un cambio de paradigma importante en cuanto al reconocimiento de derechos de las víctimas, en cuanto a su rol, garantías y apoyos en los procesos penales, y en cuanto a la institucionalización y promoción de los servicios de justicia restaurativa. Con todo, algunas expertas han señalado déficits en la normativa española, entre otras, por la velada identificación de la justicia restaurativa con la mediación y por las "previsiones (…) decepcionantes" y la ausencia de "imperatividad" en el RD 1109/2015[81]. Otras denuncian la escasa aplicación del Estatuto de la Víctima en el ámbito judicial, o la "saturación" de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

Se ha señalado en varias ocasiones que, antes de 2015, la única referencia a la mediación penal en el ordenamiento jurídico español (a parte de su reconocimiento en la justicia penal de menores) era de carácter negativo; esto es, para prohibirla en casos de violencia de género[82]. Esto entronca con el debate más general y recurrente en el ámbito de la justicia restaurativa de si hay delitos que por su naturaleza y gravedad (incluyendo el alto riesgo de revictimización) desaconsejan la implementación de procesos restaurativos[83]. Pese a que el debate pueda considerarse inconcluso, hay que señalar que por parte de los expertos en la materia parece haber un consenso suficientemente amplio sobre lo siguiente: *a*) *Prima facie*, la justicia restaurativa es adecuada para afrontar todo tipo de ofensas, delitos y conflictos, tanto leves como muy graves; *b*) lo que sí es del todo imprescindible es que los procesos restaurativos cuenten con las salvaguardas necesarias para garantizar la integridad física, psíquica y moral de los participantes; *c*) en razón de lo cual, los programas de justicia restaurativa deben estar dotados de los recursos técnicos y profesionales, así como del tiempo y los ritmos adecuados, para poder llevar a cabo las valoraciones y seguimientos necesarios con el fin de evitar cualquier forma de vulneración o re-traumatización; *d*) contando con estos recursos y apoyos, lo que debe prevalecer es la consideración de las singularidades de cada caso y la libertad de decisión de las personas implicadas, en lugar de exclusiones de corte

81 SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 130 y 424

82 La exclusión de la mediación se establece en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Con todo, esta "exclusión" es jurídicamente debatible y se han dado diversas interpretaciones de la norma (Ver SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 85)

83 Al afrontar este debate, en el contexto de España no puede evitarse la referencia a las experiencias restaurativas llevadas a cabo entre víctimas y ex miembros de ETA. Ver PASCUAL, E. (coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Bilbao, 2ª ed., 2013; y SAEZ, R. "Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas", op. cit.

paternalista y/o basadas en criterios genéricos sobre tipos delictivos, grados de victimización o colectivos sociales.

Todo esto hace que no sea tan sencillo juzgar el grado de implementación de las prácticas restaurativas en los casos de victimización grave. El hecho de que en España el uso de los servicios de justicia restaurativa en delitos graves sea relativamente bajo (*vid. infra.*) puede tener una explicación sencilla en la mayor dificultad de obtener el consentimiento y la adhesión al proceso, tanto por parte del victimario como de la víctima. Sin embargo, en opinión de varios expertos y profesionales facilitadores, el desconocimiento, cuando no directamente la reticencia o resistencia de los operadores de justicia, es un factor decisivo. Sin duda, y seguramente es así en la mayoría de los casos, estas reticencias pueden deberse a resistencias de tipo estratégico-procesal, a una falta de conocimiento preciso sobre en qué consiste y qué implica la justicia restaurativa, así como a prejuicios sobre su inadecuación en delitos graves. Pero no es excluible que en algunos casos esta reticencia responda a una razonable prudencia en contextos en los que se sabe o se teme que no se podrán llevar a cabo las valoraciones, apoyos y seguimientos necesarios en aras de la seguridad de los participantes. Como enseguida veremos, esto debe relacionarse con una implementación todavía muy desigual de la justicia restaurativa en el conjunto de España, tanto en términos de cobertura territorial como en términos de disponibilidad de recursos, profesionalización y garantías de calidad de los servicios.

En efecto, pese a los significativos avances en el amparo legal y en la institucionalización de los proyectos de justicia restaurativa, se constata un despliegue frágil y desigual de los mismos en el conjunto del Estado. Según se obtiene del estudio del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), la distribución territorial de los servicios de justicia restaurativa es heterogénea, y hay diferencias significativas en cuanto a los modos de organización, la disponibilidad y la continuidad de los recursos, generándose "incertidumbre" e "inestabilidad" en los proyectos. Algunos datos significativos: el 30% de los servicios declara no tener ningún tipo de financiación. El 95% del personal facilitador que trabaja en estos servicios compatibiliza este desempeño con otras profesiones, y cuando se pregunta por la remuneración que reciben, un 55% declara que se trata de una "colaboración altruista". Por lo que revela de asignatura pendiente en el despliegue de las normativas anteriormente referidas, nos parece también destacable que el 80% de los servicios afirme no tener ninguna relación (25%), o sólo una relación puntual (55%), con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas[84].

En cuanto al uso de los servicios de justicia restaurativa, aunque la unificación y explotación de los datos es compleja[85], se pueden apuntar algunas cosas: según los

84 GEMME (2023) *Mapa Preliminar de Justicia Restaurativa en España,* op. cit., p. 70s

85 Debido, entre otras, a la disparidad y disgregación de los datos (diversidad de agencias que ofrecen justicia restaurativa, diversidad de fuentes de datos, de vías de acceso y momentos procesales en los que se puede iniciar un proceso restaurativo, etc.), así como a la "falta de uniformidad en la materia" (por ejemplo, relación entre justicia restaurativa en general y mediación penal en particular, o cuestiones por el estilo) (Ver GIMÉNEZ-SALINAS, E. y

datos de mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial, en 2022 se derivaron 2.615 casos a mediación penal[86]. Si se compara con el total de delitos e infracciones penales de 2022 (452.248, entre delitos de adultos y menores), las derivaciones a mediación penal no alcanzan el 1%. Si nos fijamos en Catalunya, la comunidad con mayor número de derivaciones, el porcentaje solo asciende al 1'2%[87].

Los motivos por los cuales un proceso restaurativo no llega a iniciarse pueden ser varios, siendo los más destacados la negativa de alguna de las partes o directamente la imposibilidad de localizarlas[88]. Pero es evidente que las bajas cifras de uso se deben a causas más estructurales y, en muchos casos, previas a consideraciones sobre la viabilidad del proceso y la voluntariedad de las partes. Preguntados por el bajo o nulo uso de estos servicios, los encuestados por el grupo GEMME destacan como razones más importantes la "falta de implicación del sistema judicial" (72'7%) i el "desconocimiento de la ciudadanía" (68'2%)[89]. Esto coincide con lo expresado tanto por las víctimas como por los infractores cuyos testimonios se han recogido en el Grupo Focus de la Guía de Buenas Prácticas. Todos coinciden, o bien en no haber recibido información específica sobre mediación penal o justicia restaurativa por parte de ninguno de los agentes jurídico-administrativos que los atendieron, o bien en encontrarse con la prohibición expresa por parte de sus letrados de emprender cualquier vía de este tipo.

Por otro lado, el índice de procesos restaurativos cerrados con acuerdo es, en general, alto o muy alto[90], mientras que diversos estudios (dentro y fuera de España)

RODRÍGUEZ, A. (2020). *Justícia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva y transformadora*, op. cit., p. 31)

86 Sumando derivaciones de los juzgados de primera instancia, juzgados de instrucción y juzgados de lo penal (CGPJ (2023), Estadística Mediación Intrajudicial - Años 2009-2023. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/ [última consulta: 9/5/24]). Esto no refleja el total de derivaciones, pues a los servicios de justicia restaurativa se puede llegar por diversas vías. Lamentablemente, no existen datos agregados de todos los posibles canales de derivación.

87 Proporción de las derivaciones a mediación penal en Catalunya (928) respecto de los delitos penales de adultos y menores (74.697). En la memoria del Programa de Justicia Restaurativa de la Generalitat de Catalunya correspondiente al 2022, se declaran 2.088 solicitudes y 2.107 procesos finalizados (GENCAT, *Programa de justícia restaurativa. Memòria 2022*). Si en lugar de las derivaciones consignadas en las estadísticas del CGPJ, tomamos en cuenta estas cifras, la proporción de procesos restaurativos respecto del total de delitos (adultos y menores) en Catalunya se acerca al 3%. Esto significa que, si bien, como hemos indicado, las cifras del CGPJ no reflejan el total de accesos a servicios de justicia restaurativa, puede presumirse que de contabilizarse todas las vías de derivación, el porcentaje no aumentaría de forma relevante.

88 Así se constata, por ejemplo, en las memorias del año 2022 del servicio de justicia restaurativa de Catalunya y del de Castilla y León.

89 GEMME (2023) *Mapa Preliminar de Justicia Restaurativa en España,* op. cit., p. 67

90 91% de procesos cerrados con acuerdo en el servicio de justicia restaurativa de Castilla y León (Memoria de 2022); 74% en el servicio de justicia restaurativa de Euskadi (Memoria de 2022); 49% en el programa de justicia restaurativa de Catalunya (Memoria 2022); en el estudio GEMME (2023), la mayoría de los servicios se sitúa con porcentajes de acuerdo superiores al 61%

revelan altos niveles de satisfacción, dando muestras de que los participantes se sienten "más reparados" por vías restaurativas que retributivas[91].

Evaluar el uso de los servicios de justicia restaurativa para el caso particular de los delitos de tráfico y, todavía más específicamente, con víctimas, es más complicado y requeriría de un trabajo de campo que iba más allá de las posibilidades de este artículo. No obstante, asumiendo un sustrato empírico limitado y fragmentario, es posible bosquejar una imagen basándose en el mapa de recursos del GEMME (2023), en las memorias publicadas por algunos servicios de justicia restaurativa[92] y en informaciones recabadas mediante contacto directo con algunos de ellos[93]. De las dos primeras fuentes de información no es posible obtener datos específicos sobre delitos de tráfico (algunas memorias distinguen casos por la gravedad, y algunas por tipo delictivo, pero sin ofrecer el desglose que necesitaríamos), pero sí permiten concluir que los delitos leves prevalecen en los procesos restaurativos. Por otro lado, de la información recabada directamente en comunicación con algunos servicios de justicia restaurativa se obtiene un panorama complejo y desigual, pero que cabría resumir del siguiente modo: la mayoría de los servicios, o bien no han atendido casos relacionados con siniestralidad vial, o bien han tratado de iniciar procesos sin éxito (por falta de viabilidad o de voluntad de alguna de las partes). Los servicios que tienen experiencia en este tipo de casos trabajan mayoritariamente en la fase post-sentencia, exclusivamente con infractores/victimarios o en procesos iniciados a demanda de éstos. Muy pocos servicios, tan solo tres, reportan experiencias con procesos en los que se haya podido implicar tanto a víctimas como a victimarios de un siniestro de tráfico, si bien en todos los casos con resultados positivos.

De nuestra indagación preliminar no se deduce que haya razones específicas relativas a la siniestralidad vial que expliquen el bajo número de casos tratados; más bien se puede conjeturar que las razones son estructurales (escaso conocimiento y/o proactividad por parte de los operadores judiciales, saturación de las Oficinas de Atención a la Víctima de Delito, entre otros factores), junto con dificultades y resistencias comunes a análogas situaciones con fallecidos, víctimas graves y complejos procesos de duelo. En cualquier caso, y aun reconociendo la necesidad de llevar a cabo estudios más completos y precisos, lo que parece innegable es que hay mucho camino por recorrer en el fomento de las prácticas restaurativas para víctimas y victimarios de siniestros viales.

---

91 GIMÉNEZ-SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A. (2020). *Justícia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva y transformadora,* op. cit., p. 30; también SOLETO H. y CARRASCOSA, A. (Dir.) *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas,* op. cit., p. 33

92 Según constata el *Mapa Preliminar de Justicia Restaurativa en España* elaborado por el GEMME (2023), "no está generalizada la publicación memorias" en los diversos servicios.

93 Por vía escrita o por medio de entrevista directa, se ha obtenido información de 13 servicios de mediación penal o justicia restaurativa (respecto de un total de 30 servicios con los que se trató de establecer contacto a partir de los datos disponibles en el Consejo General del Poder Judicial: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Servicios-de-Mediacion-Intrajudicial/)

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos tratado de argumentar que la justicia restaurativa ofrece un enfoque adecuado para abordar delitos de tráfico que generan víctimas. Al no disponer de suficiente evidencia empírica sobre experiencias previas en este campo, nos hemos basado en consideraciones sobre los principios y las metodologías de la justicia restaurativa, atendiendo sobre todo al tipo de participación que promueve, tanto para víctimas como para victimarios, y a la flexibilidad y adaptabilidad de sus prácticas. Los testimonios recogidos de víctimas y de infractores de tráfico que no han tenido la posibilidad de experimentar un proceso restaurativo, sin duda refuerzan la conclusión de que esta es una vía muy prometedora para responder a algunas de sus necesidades y pesadumbres. Con ello, esperamos haber justificado la necesidad de promover una mayor y mejor articulación de los programas de justicia restaurativa con el sistema de justicia penal. Tal promoción es tanto más necesaria a la vista de las cifras actuales de derivación, uso y dotación de recursos de los servicios de justicia restaurativa en España.

6. BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN DE PREVENCIÓN DE ACCIDENTES DE TRÁFICO [APAT] (2011). Estudi pilot sobre l'impacte dels sinistres de trànsit en les víctimes i afectats. https://www.pat-apat.org/oldweb/archivos/noticias/2016/Estudio_Final_PAT_CAST.pdf [última consulta: 21/6/23]

BARONA, S. (2018). *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile

CAPECCI, V. y DEL MORAL, G. (2021). Cartas del perdón en el ámbito de la justicia restaurativa: percepción de expertos y expertas sobre la forma de hacer llegar las cartas, diferentes tipos de víctimas y beneficios. *Revista de Victimología*, 12(2021), 35-62. https://doi.org/10.12827/RVJV.12.02

CARNELUTTI, F. (2017). *Las miserias del proceso penal*, Olejnik Ediciones, Madrid.

CONEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [CGPJ] (2016). *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/MEDIACI%C3%93N/FICHERO/20161108%20GU%C3%8DA%20PARA%20LA%20PR%C3%81CTICA%20DE%20LA%20MEDIACI%C3%93N%20INTRAJUDICIAL..pdf

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [CGPJ] (2022). Estadística Condenados Adultos - Delitos - Año 2022 [Hoja de cálculo - explotación estadística del Registro Central de Penados]. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Condenados--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Penados-/ [última consulta: 8/5/24]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL [CGPJ] (2023). Estadística Mediación Intrajudicial - Años 2009-2023 [Hoja de cáculo - Medios alternativos

de resolución de conflictos]. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/ [última consulta: 9/5/24]

DHAMI, M. (2015). Apology in victim–offender mediation. *Contemporary Justice Review* 19(1):1-12. https://doi.org/10.1080/10282580.2015.1101686

DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO [DGT] (2023). *Balance de las cifras de siniestralidad vial 2022*. https://www.dgt.es/menusecundario/dgt-en-cifras/dgt-en-cifras-resultados/dgt-en-cifras-detalle/?id=00872

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32012L0029

ELBERS, N., AKKERMANS, A., CUIJPERS, J. y BRUINVELS, D. (2013). Procedural justice and quality of life in compensation processes. *Injury, Int. J. Care Injured*, 44 (2013) 1431–1436. https://doi.org/10.1016/j.injury.2012.08.034

EUROPEAN COMMISSION [EC] (2023a). *Road Safety Thematic Report – Consequences of crashes*, European Road Safety Observatory, Brussels, European Commission, Directorate General for Transport. https://road-safety.transport.ec.europa.eu/document/download/17bc47f7-04bd-491e-b67d-9566b9eeea17_en?filename=Road_Safety_Thematic_Report_Consequences_of_crashes_2023.pdf

EUROPEAN COMMISSION [EC] (2023b). *Road Safety Thematic Report – Post-impact care*. European Road Safety Observatory, Brussels, European Commission, Directorate General for Transport. https://road-safety.transport.ec.europa.eu/document/download/2976be95-90f3-4a5c-8045-d9893b5f75a2_en?filename=Road_Safety_Thematic_Report_Post_impact_care_2023.pdf

EUROPEAN TRANSPORT SAFETY COUNCIL [ETSC] (2007). *Social and economic consequences of road traffic injury in Europe*. https://etsc.eu/wp-content/uploads/Social-and-economic-consequences-of-road-traffic-injury-in-Europe.pdf

EVANS, M. (ed.) (2019). *Transitional and Transformative Justice. Critical and International Perspectives*, Routledge, New York

FEDERATION EUROPEENNE DES VICTIMES DE LA ROUTE [FEVR] (1995). *Impacto de la muerte y las lesionas en carretera. Estudio de las causas principales de la disminución de la calidad y en nivel de vida en las víctimas de accidentas de tráfico y sus familias* [copia PDF por cortesía de la Asociación para la Prevención de Accidentes de Tráfico, APAT]

GAVRIELIDES, T. (ed.) (2019). *Routledge International Handbook of Restorative Justice*, Routledge, New York

GENERALITAT DE CATALUNYA [GENCAT] (2022a). *Víctima substitutòria: Un agent de resiliència*. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya. https://hdl.handle.net/20.500.14226/620

GENERALITAT DE CATALUNYA [GENCAT] (2022b). *Programa de justícia restaurativa. Memòria 2022*. Departament de Justícia, Drets i Memòria. Generalitat de Catalunya. https://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/mesures_penals_alternativ/memoria-justicia-restaurativa-2022.pdf

GIMÉNEZ-SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A. (2020). *Justícia restaurativa. Una resposta al conflicte més humana, inclusiva y transformadora*. Dossier Catalunya Social. Taula d'Entitats del Tercer Sector Social de Catalunya. https://dixit.gencat.cat/ca/detalls/Article/justicia_restaurativa_resposta_conflicte_humana

GOBIERNO VASCO (2022). *Servicio de justicia restaurativa (penal). Memoria 2022*. Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales del Gobierno Vasco y Universidad del País Vasco. https://www.justizia.eus/contenidos/documentacion/20240111_inter_mem_jus_res_pen/es_def/adjuntos/20240213-memoria-definitiva-servicio-justicia-restaurativa-penal-2022.pdf

GOFFMAN, E. (2006). *Frame analysis. Los marcos de la experiencia*. CIS y Siglo XXI, Madrid.

GRUPO EUROPEO DE MAGISTRADOS POR LA MEDIACIÓN SECCIÓN ESPAÑOLA [GEMME] (2023). *Mapa Preliminar de Justicia Restaurativa en España*. https://mediacionesjusticia.com/wp-content/uploads/2023/04/Mapa-JR-GEMME.pdf

HEGEL, G.W.F. (1985). *La fenomenologia de l'esperit*. Ed. Laia, Barcelona

HOLMGREN, M. (2014). *¿Perdonar o castigar? Cómo responder al mal*, Avarigani Editores, Madrid

HONNETH, A. (2013). *La lutte pour la reconnaissance*. Gallimard, París

JANKÉLÉVITCH, V. (2011). *L'irréversible et la nostalgie*, Flammarion, París

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/12/5/con

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1

MESNED, N. y ABDULRAHMAN, M. (2019). The psychosocial consequences of road traffic accidents: a review article. *International Journal of Medicine in Developing Countries*, 3(12):1104–1109. https://doi.org/10.24911/IJMDC.51-1570622250

OLALDE, A.J. (2017). *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*, Dykinson, Madrid

OLALDE, A. J. (Dir.) (2023) *La praxi del Programa de justícia restaurativa a Catalunya: narratives, reflexions i aprenentatges des de la facilitació*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)

OLLERO, J. E. (2021). *Penalismo mágico: Cómo transformar la creencia de que el castigo solucionará todos nuestros problemas sociales y políticos*. Aconcagua Libros, Sevilla

PASCUAL, E. (coord.) (2013). *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Bilbao

Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. https://www.boe.es/eli/es/rd/2015/12/11/1109

Recomendación CM/Rec(2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre justicia restaurativa en materia penal. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808e35f3

RICOEUR, P. (1990). *Soi-même comme un autre*, Seuil, París

RICOEUR, P. (2005). *Caminos del reconocimiento*, Trotta, Madrid

RÍOS, J. C., MARTÍNEZ, M., SEGOVIA, J. L., GALLEGO, M., CABRERA, P., JIMÉNEZ, M. (2008). *Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)*. Archivo del Consejo General del Poder Judicial. https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/Investigaci%C3%B3n%20del%20CGPJ%202008%202b%20(2)_1.0.0.pdf

RODRÍGUEZ, A. C. (2021). *La justícia restaurativa: una transformació ètica de la justícia penal tradicional* [Tesis doctoral]. Universidad Ramon Llull

ROSA, H. (2016). *Alienación y aceleración: hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*. Katz editores, Madrid

SAEZ, R. (2011). Mediación penal. Reconciliación, perdón y delitos muy graves. La emergencia de las víctimas. *Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 8: Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*. Universidad de Deusto

SOCIEDAD CIENTÍFICA DE JUSTICIA RESTAURATIVA y AMEPAX (2022). Memoria del Servicio de Justicia Restaurativa de Castilla y León. https://justiciarestaurativa.es/wp-content/uploads/2022/01/memoria-202116639.pdf

SOLETO, H. y CARRASCOSA, A. (dir.) (2019). *Justicia restaurativa: Una justicia para las víctimas*. Tirant lo blanch, València

SUZUKI, M. y JENKINS, T. (2022). Apology-Forgiveness Cycle in Restorative Justice But How? *International Review of Victimology* 29(1). https://doi.org/10.1177/02697580221079994

UMBREIT, M. S. y LEWIS, T. (2015). *Victim Offender Mediation Training Manual. A Composite Collection of Training Resource Materials*. Center for Restorative Justice & Peacemaking. University of Minnesota. [Obtenido en: https://nicic.gov/weblink/dialogue-driven-victim-offender-mediation-training-manual-composite-collection-training; 24/5/24]

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME [UNODC] (2020). *Handbook on Restorative Justice Programmes* (2n ed.). https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf

VARONA, G, (Dir.) (2020). *Caminando restaurativamente. Pasos para diseñar proyectos transformadores alrededor de la justicia penal*, Dykinson, Madrid

VERA, L. (2022). *Mediación y justicia restaurativa*, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México DF

WACHTEL, T. (2016). *Defining Restorative*. International Institute for Restorative Practices. https://www.iirp.edu/images/pdf/Defining-Restorative_Nov-2016.pdf

WORLD HEALTH ORGANIZATION [WHO] (2018). *Global Status Report on Road Safety 2018*. https://www.who.int/publications/i/item/9789241565684

ZAMORA, J. A., MAISO, J., MATES, R. (ed.) (2016). *Las víctimas como precio necesario,* Trotta, Madrid

ZEHR, H. (2012). *Cambiando de lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia* (3a ed.), Herald Press, Waterloo, Ontario

El delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo a través de la Sentencia 75/2024, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional español

The offence of harassment in relation to the voluntary termination of pregnancy through Ruling 75/2024 of 8 may of the Spanish Constitutional Court

CRISTIAN SÁNCHEZ BENÍTEZ

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Jaén (España)

csbenite@ujaen.es

https://orcid.org/0000-0001-6725-1320

Resumen: En este trabajo se analizará el delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo (artículo 172 quater del Código penal) mediante el análisis de la Sentencia 75/2024, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional, que declaró su constitucionalidad. Para ello, primero se observarán las razones político-criminales que promovieron la introducción del delito, su ubicación sistemática y sus elementos típicos. Tras esto, se examinarán los fundamentos jurídicos sobre los que versó el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por cincuenta y un diputados del Grupo Parlamentario Vox antes de proceder al estudio de los aspectos más destacados de la resolución objeto de análisis. Por último, culminará el trabajo con un conjunto de reflexiones finales en las que se incluirá una propuesta alternativa al controvertido delito.

Abstract: *This paper will analyse the offence of harassment in relation to the voluntary termination of pregnancy (article 172 quater of the Spanish Criminal Code) through the analysis of the Constitutional Court's Ruling 75/2024 of 8 May, which declared its constitutionality. To do so, we will first analyse the political-criminal reasons that promoted the introduction of the offence, its systematic location and its elements. This will be followed by an examination of the legal basis on which the Appeal of Unconstitutionality was based, presented by fifty-one Members of the Vox Parliamentary Group, before proceeding to a study of the most important aspects of the resolution under analysis. Finally, the work will culminate with a set of final reflections in which an alternative proposal to the controversial offence will be included.*

Palabras clave: aborto, interrupción voluntaria del embarazo, acoso, coacción, Tribunal Constitucional.

Recepción: 30/07/2024 Aceptación: 16/12/2024

Cómo citar este trabajo: SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian "El delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo a través de la Sentencia 75/2024, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional español", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 55-82, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.03

Keywords: *abortion, voluntary termination of pregnancy, harassment, coercion, Constitutional Court.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARTÍCULO 172 *QUATER* DEL CÓDIGO PENAL. 2.1. Motivación político-criminal. 2.2. Bien jurídico tutelado y ubicación sistemática. 2.3. Estructura típica. 3. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMERO 5041/2022. 4. EL ESCRITO DE ALEGACIONES DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO. 5. LA SENTENCIA 75/2024, DE 8 DE MAYO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5.1. Fundamentación jurídica y fallo de la mayoría. 5.2. Los votos particulares. 6. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA SENTENCIA. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[1], se incrementaron notablemente las concentraciones que habían venido produciéndose desde 1985 en las inmediaciones de las clínicas autorizadas por el Estado para la realización de dicha práctica por parte de grupos contrarios al derecho al aborto[2].

En estos actos los participantes han llegado a repartir fetos de juguete y folletos que muestran imágenes de aquellos o de recién nacidos y que contienen mensajes que indican que abortar provoca enfermedades como cáncer de mama o depresión; a exhibir carteles con lemas como "abortar es asesinar" o "rezamos por ti y por tu bebé"; a realizar *performances*; a colocar pequeños altares y rezar colectivamente de rodillas y con rosario en mano; a procesionar una virgen; a poner a disposición de las mujeres que acuden a las clínicas una ambulancia (*Ambulancia Vida*) a fin de que realizarles ecografías con imagen y sonido; a lanzar huevos y derramar pintura roja contra las fachadas de los centros e incluso en alguna ocasión han llegado a increpar a las mujeres que acudían a aquellos y a los trabajadores de los mismos y a acceder a su interior.

Para hacer frente dichas prácticas, algunas de las cuales indudablemente alteran el derecho a la libertad y al sosiego de quienes ejercen un derecho reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y una profesión autorizada por el Estado, el 12 de mayo de 2021, el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados presentó una Proposición de Ley para crear un nuevo artículo (el 172 *quater*) a ser

1 Una Ley que ha sido modificada en dos ocasiones. La primera en 2015, con la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, y la segunda en 2023, con la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

2 Sobre estos grupos, véase AGUILAR FERNÁNDEZ, S., "El movimiento antiabortista en la España del Siglo XXI: el protagonismo de los grupos laicos cristianos y su alianza de facto con la Iglesia Católica", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 154, 2011, pp. 11-39.

introducido en el Código penal con el propósito de que castigase estos comportamientos, por entender que son atentatorios del bien jurídico libertad[3].

La proposición, que fue objeto de importantes modificaciones durante su tramitación parlamentaria, fue aprobada por el Congreso de los Diputados el 3 de febrero de 2022, con el voto favorable de 204 diputados frente a 144 votos en contra y en el Senado el 6 de abril de ese mismo año, con 154 votos a favor y 104 en contra.

El 14 de abril de 2022 entró en vigor la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo, que contiene un único artículo con la redacción del nuevo delito contenido en el artículo 172 *quater* de nuestro texto punitivo.

Sin embargo, el 11 de julio de 2022 se interpuso por parte de cincuenta y un diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados un Recurso de Inconstitucionalidad contra dicho artículo único, el cual fue desestimado íntegramente por el Tribunal Constitucional casi dos años después, en la Sentencia 75/2024, de 8 de mayo.

De este modo, el objeto de este trabajo no es tanto realizar un análisis exhaustivo de los elementos del tipo, puesto que esto ya se hizo en otro estudio[4], sino fundamentalmente el sometimiento a examen de la referida resolución.

2. EL ARTÍCULO 172 *QUATER* DEL CÓDIGO PENAL

2.1. Motivación político-criminal

La Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, entró en vigor al día siguiente de su publicación, práctica rechazable en tanto que difícilmente compatible con el fin preventivo-general que se persigue especialmente en la fase de conminación legal, pues adolece de legitimidad la sanción frente a quien no ha podido conocer con suficiente antelación lo proscrito y prever así las consecuencias de su realización.

En cualquier caso, el objetivo de la norma era claro, acabar con los actos de hostigamiento ejercidos por parte de grupos antiabortistas convocados por organizaciones ultracatólicas en los alrededores de las clínicas habilitadas para llevar a

3 Critica CUERVO NIETO que el hecho de que la reforma se articulase no como Proyecto de Ley sino como Proposición resultó "un mero atajo dirigido fundamentalmente a eludir informes –que no por no vinculantes son menos significativos– de órganos consultivos en la materia tales como el Consejo de Estado o el CGPJ" (CUERVO NIETO, C., "Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, número 10, p. 208).

4 SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Tratamiento jurídico penal del acoso en España. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022 de 12 de abril y 10/2022 de 6 de septiembre*, BOE, Madrid, 2023, pp. 65-87.

cabo la interrupción del embarazo y que han venido padeciendo tanto el personal que presta sus servicios en estos centros como las mujeres que acuden a aquellos a realizar dicha interrupción.

Así se indica en el Preámbulo de la norma cuando se afirma que "se considera imprescindible garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo de forma que quede garantizada la intimidad de las mujeres, su libertad y seguridad física y moral, así como su derecho a la libre circulación y de este modo garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres".

Para garantizar dicha zona de seguridad el legislador optó por la creación de un nuevo delito, lo cual había sido planteado por la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI) en sus demandas a los poderes públicos para que adoptaran medidas contra las prácticas que se han descrito supra[5]. Sin embargo, entre las propuestas para garantizar el ejercicio del derecho al aborto y en concreto para poner fin a estos comportamientos de acoso, lo que principalmente se planteó fue el establecimiento de perímetros de seguridad en torno a las clínicas, a fin de evitar la concurrencia de estos grupos de hostigadores en sus inmediaciones. Esto es, prohibir concentraciones de personas alrededor de los centros, prohibición cuyo acatamiento puede garantizarse mediante la potestad sancionadora de la Administración, sin necesidad de involucrar al Derecho penal[6]. De ello se discutirá luego.

---

5 *Percepciones de las mujeres que interrumpen su embarazo frente al hostigamiento de los grupos anti derechos/anti elección en las puertas de los centros acreditados para la IVE*, de octubre 2018, disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 11 de julio de 2024): https://acortar.link/jpCDUb

6 Como proponen CUERVO NIETO, C., "Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]", op. cit., p, 20; GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", *Revista Penal*, número 53, 2024, pp. 11-12 y ARIZA UGALDE, Eduardo, "Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo", *Actas del III Congreso Internacional de la FICP*, Alcalá de Henares, Madrid (España), septiembre de 2022, pp. 354-355, quien sostiene que "la mejor solución al conflicto de derechos pasaría por regular las manifestaciones de modo que estas se hicieran en franjas horarias en que las manifestaciones guardaran una separación física o se adscribiera a determinadas franjas horarias". Para el autor, la presencia de un mínimo de agentes policiales o dispositivos de videovigilancia en las inmediaciones de las clínicas de interrupción del embarazo bastaría para sancionar a algunas conductas de incumplidores". Especialmente crítico se muestra LASCURAÍN SÁNCHEZ cuando indica que "la protección de las mujeres que van a interrumpir legalmente su embarazo no puede pasar ni por el cercenamiento de derechos fundamentales ni por reprimir el exceso no violento en el ejercicio de estos con la porra de la cárcel", sino que debería hacerse "con medidas policiales de prudente alejamiento o con sanciones administrativas". Añade el autor que "entre el ejercicio del derecho y el delito podrán darse comportamientos intermedios que podrán ser objeto de modulación o sanción administrativas, pero no penales, por el efecto disuasorio" que generan (LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Acoso antiabortista y libertad de expresión", *Almacén de Derecho*, agosto de 2022 (sin numeración). Disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 12 de julio de 2024): https://acortar.link/X405Px).

En cualquier caso, la apuesta criminalizadora del legislador parece que no ha generado el efecto que se esperaba, pues no se conocen condenas aún por la comisión de este delito[7] y como apuntan los medios de comunicación, estos grupos de personas continúan concentrándose en las inmediaciones de las principales clínicas[8], si bien también hay que admitir que desde la entrada en vigor del delito estos han suavizado sus prácticas a fin de evitar ser objeto de sanción penal[9]. Como explica Sílvia Aldavert, coordinadora de l'Associació de Drets Sexuals i Reproductius, a *El Salto*, "estos grupos ultra se han adaptado a la nueva normativa y tienen muy medido cómo actuar para no traspasar los límites: nunca son muchas personas, tienen mucho cuidado de no utilizar ni desgastar mobiliario urbano y hasta reciben instrucciones de cómo actuar si acuden los *Mossos*"[10].

2.2. Bien jurídico tutelado y ubicación sistemática

El precepto analizado fue ubicado entre los delitos contra la libertad, tras los delitos de coacciones, de matrimonio forzado y de acoso predatorio y como estos, protege principalmente la libertad de obrar, esto es, la libertad de realizar un com-

7 Al respecto, CUGAT MAURI teme que "el nuevo delito pueda llegar a tener la misma suerte que el de ofensa a los sentimientos religiosos del art. 525 CP que, en la etapa postconstitucional, solo ha conseguido el sospechoso logro de ser aplicado en una única sentencia de conformidad, pues por lo general, las denuncias o querellas por este delito, cuando se admiten a trámite que no es siempre, suelen terminar en sobreseimiento o absolución, sea en instancia o en apelación" (CUGAT MAURI, M., "La tipificación del acoso a abortistas como antiejemplo de técnica jurídica", en MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; GARCÍA PÉREZ, O.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. & GARCÍA ESPAÑA, E. (coords.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 1330). Para MUÑOZ CONDE, la creación del delito no parece la solución más adecuada para poner fin a las concentraciones frente a las inmediaciones de las clínicas, al menos en su redacción vigente (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial (25ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 174). Se trataría de una nueva muestra de Derecho penal simbólico, como denuncia CARPIO BRIZ, D., "Coacciones, matrimonio forzado y stalking (arts. 172-172 quáter)", en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 165.

8 Sobre ello, consúltese la siguiente información de Patricia Reguero Ríos en *El Salto*, titulada "El acoso a centros que practican IVE continúa pese a que lo prohíbe la ley y ante la indiferencia de Interior", disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 29 de junio de 2024): https://acortar.link/IrA0sM. También la información de Jessica Martín en RTVE, titulada: "Rezos, fetos de plástico y un 'refugio provida': las clínicas abortivas denuncian que continúa el "acoso" a mujeres", disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 29 de junio de 2024): https://acortar.link/tKszJC.

9 Sobre ello, consúltese la siguiente información de Pau Alemany en *El País*, titulada "Por qué rezar delante de las clínicas de aborto aún no se considera delito ni acoso contra las mujeres", disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 29 de junio de 2024): https://acortar.link/dFHWXU. También la información de Lydia Payo en la web de la *Cadena Ser*, titulada "Rezar frente a las clínicas de aborto no es delito: "Mientras esto solo afecte a las mujeres, las administraciones van a mirar a otra parte"", disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 28 de junio de 2024): https://acortar.link/pZKDdz.

10 Sobre ello, consúltese el enlace a la información de *El Salto* que se citó supra, disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 29 de junio de 2024): https://acortar.link/IrA0sM

portamiento que el autor en su fuero interno ya ha resuelto, bien sea activo bien de tipo omisivo, sin intromisiones de terceros. La libertad de ejecutar la voluntad formada. Así, el comportamiento (la voluntad formada) que en su caso resultaría compelido u obstaculizado por este delito sería la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, bien por la mujer gestante, bien por el personal de los centros habilitados para llevarla a cabo[11]. El uso en el tipo objetivo de los vocablos *molestos*, *ofensivos*, *intimidatorios* y *coactivos* y de la expresión *que menoscaben su libertad* refuerzan dicha interpretación[12].

Atendiendo a la dinámica comisiva del delito, a sus elementos típicos y a la casuística, parece correcta la elección de la ubicación sistemática entre los delitos contra la libertad[13]. Sin embargo, dicha opción genera cierto inconveniente en relación con los delitos de amenazas y coacciones, pues ambos protegen idéntico bien jurídico, fundamentalmente con el último, pues el delito de acoso sería una suerte de delito especial de coacciones[14], si bien como se abordará infra, la relación concursal entre ambos parece resolverse no a través del concurso de normas sino mediante el concurso real de delitos, de acuerdo con la cláusula concursal incluida en el apartado cuarto del artículo analizado.

2.3. Estructura típica

El artículo objeto de estudio quedó redactado en los siguientes términos:

"Artículo 172 quater.

1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.

---

11 En el mismo sentido, GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 4.

12 Adviértase que el texto de la Proposición inicial aludía también a la intimidad de la mujer en la fórmula "causando un menoscabo en la libertad o intimidad de esta".

13 Para ARIZA UGALDE, "las conductas típicas del art. 172 quater CP no se desentienden por completo de la intimidad", si bien considera que "protegen primordialmente la integridad moral" (ARIZA UGALDE, E., "Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo", op. cit., p. 343).

14 GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 5 y COLINA RAMÍREZ, E.I., "Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código penal", *Cuadernos de Política Criminal*, número 37 (II época), 2022, p. 156.

3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal".

La conducta típica contenida en los apartados primero y segundo consiste en acosar, verbo que de acuerdo con la primera acepción del diccionario de la Real Academia Española[15] significa "perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona" y conforme a la tercera "apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos". El diccionario provee varios sinónimos que permiten completar la definición del verbo típico: "perseguir, asediar, hostigar, acorralar, presionar, apremiar, insistir, importunar, molestar, incordiar, fatigar".

En cualquier caso, el verbo acosar parece exigir cierta continuidad temporal que, de acuerdo con la casuística a la que el legislador penal de 2022 pretende enfrentarse con la creación del delito, no debiera exigirse aquí. Esto es, a diferencia de otros delitos de acoso como el acoso predatorio del artículo 172 *ter* del Código penal o el acoso laboral del artículo 173, aquí no ha de requerirse un patrón sistemático de conducta que englobe varios comportamientos individuales sostenidos en el tiempo[16].

Bastará por tanto con que la conducta acosadora, que igualmente habrá de estar conformada por varios actos (molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos) se prolongue durante el tiempo que irá desde que los acosadores aborden a la víctima en las inmediaciones de la clínica hasta que cesen en su comportamiento, bastando unos minutos e incluso segundos de hostigamiento por tanto para poder entender que hay consumación.

Por otra parte, cabe invocar el delito en supuestos de ciberacoso cuando se persiga el mismo fin o en supuestos en los que el comportamiento acosador no se desarrolle en los alrededores de los centros[17]. El ámbito espacial del tipo es abierto, pese a que en el Preámbulo de la Ley Orgánica que lo introdujo se indique que el objetivo sea "garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo". Por tanto, se podrá aplicar el precepto también al sujeto que hostigue a una mujer embarazada (apartado primero) a fin de

15 Edición 23 (23.8 en línea).

16 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial (25ª edición)*, op. cit., p. 174.

17 Recuerda ARIZA UGALDE que "en España aún no ha alcanzado su apogeo el acoso digital que ya vemos en Estados Unidos, donde los grupos provida toman los datos de las pacientes a quienes se hapracticado un aborto y empiezan una campaña de hostigamiento contra ellas en las redes sociales" (ARIZA UGALDE, E., "Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo", op. cit., pp. 347-348).

que no interrumpa su embarazo en su lugar de trabajo, en su vivienda… o a través de medios telemáticos y lo mismo cuando el sujeto pasivo sea personal que trabaja en las clínicas de interrupción del embarazo (apartado segundo).

Asimismo, ese acoso, tanto en los supuestos del apartado primero como en los del segundo[18], habrá de realizarse mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos, conceptos jurídicamente indeterminados (fundamentalmente los dos primeros) y que por ende otorgan al juez un amplio margen de discrecionalidad. Respecto del uso del plural "actos" y tomando en consideración el significado del verbo acosar, tendrán que concurrir una pluralidad de aquellos que, tomados en consideración en conjunto, permitan entender que hay hostigamiento. No bastará por tanto con un solo acto molesto, ofensivo, intimidatorio o coactivo, sin que se exija por ello que para consumar el delito sea necesaria la concurrencia de un acto molesto, otro ofensivo, otro intimidatorio y otro coactivo. El uso de la conjunción disyuntiva "o" entre *intimidatorio* y *coactivo* refuerza esta interpretación.

De otro lado y como se ha advertido en otro trabajo, a priori, el uso del vocablos *molestos* y *ofensivos* dificulta la adecuación del tipo a los principios limitadores del ius puniendi como el de legalidad, el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de intervención mínima[19,20]. Estos contienen una carga notable de subjetividad

---

18 Pues se añade en dicho apartado la expresión "en la forma descrita en el apartado anterior".

19 ACALE SÁNCHEZ, M. & SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., "Lección 5. Delitos contra la libertad", en ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial (volumen I)*, 3ª edición, Iustel, Madrid, p. 151 & ARREGUI MONTOYA, R., "El nuevo delito de acoso hacia las clínicas de interrupción del embarazo y su relación con el delito de coacciones y con el principio non bis in idem", en FILLOL MAZO, A. y PÉREZ CALLE, R.D. (coords.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, p. 999.

20 Para CUERVO NIETO, "actos molestos" es un concepto muy vago que roza la irrelevancia, lo que convierte a tipo en "excesivamente abierto, provocando con ello lógicos problemas interpretativos" (CUERVO NIETO, C., "Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]", op. cit., p, 207). Por su parte, CUGAT MAURI alude a "una discutible carga de antijuridicidad material de una conducta que puede limitarse a la realización de actos meramente "molestos" que, en la práctica, no han demostrado tener la idoneidad suficiente para hacer cambiar la decisión de ninguna de las mujeres entrevistadas en el Informe ACAI y pueden quedar amparados por la libertad de expresión" (CUGAT MAURI, M., "La tipificación del acoso a abortistas como antiejemplo de técnica jurídica", op. cit., p. 1338). GARCÍA ARROYO indica que "los actos que más nos preocupan y no alcanzamos a entender como el legislador penal ha encontrado justificado castigarlos por primera vez ex novo son los actos molestos y ofensivos, por su escasa lesividad al bien jurídico pero porque además la conducta es desmesuradamente amplia y prácticamente cualquier conducta a una persona en esa situación le resultaría molesta y objetivizar qué son precisamente las conductas molestas u ofensivas sería lo más correcto pero es altamente complicado hacerlo sin tener en cuenta la opinión y los sentimientos de las víctimas lo que conlleva graves riesgos para otros Derechos fundamentales" (GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 10). MARTÍNEZ SANROMÀ sostiene que "las variadas manifestaciones en las que puede proyectarse la conducta típica (actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos) y su tendencia a la inconcreción (principalmente, con respecto a los actos molestos u ofensivos)

que podría dificultar un tratamiento igualitario en distintos supuestos[21]. Es por ello que el juzgador habrá de valorar también desde un prisma objetivo el carácter molesto y ofensivo del acto[22]. Respecto de los vocablos *intimidatorios* y *coactivos*, podría entenderse que el primero consiste en amenazar, de manera explícita o implícita al sujeto pasivo, conducta que podría reconducirse sin complicación alguna al delito de amenazas. Lo mismo cabe señalar respecto del carácter coactivo del acto, en el sentido de que es posible aplicar el delito de coacciones[23]. Además, ambos

permiten dibujar prima facie un ámbito de tipicidad, si no exorbitado, carente de fronteras lúcidamente delimitadas" (MARTÍNEZ SANROMÀ, O., "El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 quater CP", *Diario La Ley, número 10272, 2023, p. 2). Por último, LASCURAÍN SÁNCHEZ considera que "es preocupante que ahora se amenace con pena de prisión la realización de conductas que no son violentas, ni de hostigamiento, ni intromisivas en lo sexual. Y que tampoco consiguen la modificación deseada de la conducta ajena. Basta con "actos molestos u ofensivos" y basta con que su resultado sea el "menoscabo" de la libertad ajena" (*LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Acoso antiabortista y libertad de expresión", op. cit., (sin numeración)).

21 Como afirma GARCÍA ARROYO, "lo molesto entra en la esfera de lo subjetivo para cada persona que recibe ese acto" (GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 6). COLINA RAMÍREZ recuerda que "en muchas de las ocasiones la molestia se encuentra en la mente del sujeto pasivo, y no así en el acto que se realiza" (COLINA RAMÍREZ, E.I., "Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código penal", op. cit., p. 157).

22 En el mismo sentido se pronunció MAGRO SERVET en 2022 cuando afirmó que "el carácter del acto molesto, u ofensivo, no puede ser visto desde el punto de vista subjetivo de la denunciante, sino desde un prisma objetivable, como se hizo constar en la sentencia del Tribunal Supremo 599/2021 de 7 Jul. 2021, Rec. 3852/2019 para el delito del art. 172 ter CP de stalking". Para el magistrado, "habrá que evaluar lo ocurrido en un plano o prisma objetivo para evitar que meras «recomendaciones o sugerencias» de que no aborte una mujer se entiendan como actos típicos de acoso del art. 172 quater CP" (MAGRO SERVET, V., "Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 quater por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril", *Diario La Ley, 10059*, 2022, p. 7). ARIZA UGALDE sostiene que "como ocurre en otros delitos, como el hate speech o la apología del terrorismo, la valoración del obstáculo psíquico ha de formularse en términos intersubjetivos, por tanto, desde un parámetro objetivo, ajeno al fuero interno de la concreta víctima", pues de lo contrario, "la consumación del delito dependería de la mayor o menor susceptibilidad de la persona ofendida, en lugar de la gravedad de la conducta esgrimida por el autor" (ARIZA UGALDE, E., "Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo", op. cit., p. 345). También GARCÍA ARROYO indica que "precisamente el apartado quinto del artículo 172 quater establece la perseguibilidad sin previa denuncia de la persona agraviada, por lo que cobra más sentido la necesidad de que esos actos deben ser interpretados por cualquiera de forma que no tuviéramos que acudir al sentimiento de la víctima para aceptar o no su tipicidad, lo que es algo verdaderamente abstracto y complejo" (GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 7). CUERDA ARNAU por su parte entiende que "por imperativo del principio constitucional de prohibición de exceso, habrá que exigir que tales actos menoscaben realmente la liberad de la mujer a la hora de ejercer su derecho o el ejercicio de la profesión u oficio de dicho personal" (CUERDA ARNAU, M.L., "Delitos contra la libertad (y II); amenazas. Coacciones", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial (8ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 202).

23 Como sostienen LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Acoso antiabortista y libertad de expresión", op. cit., (sin numeración) y COLINA RAMÍREZ, E.I., "Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código penal", op. cit., p. 156.

delitos, el de amenazas y coacciones, contemplan un tipo atenuado para cuando la amenaza o la coacción tengan un carácter leve, aunque para su persecución se exige denuncia de la víctima[24].

Por otra parte, continúa el tipo con la expresión "que menoscaben su libertad", la cual no alude a un resultado material, sino que como ocurre en el delito de trato degradante con la cláusula "menoscabando gravemente su integridad moral", se refiere al resultado jurídico, presente en todo delito, con independencia de que sea de mera actividad o de resultado material, pues todos los tipos penales han de afectar negativamente a un bien jurídico, bien sea en forma de lesión, bien sea en forma de peligro. El delito, como se indicará infra, se estructura como un delito de resultado cortado.

El tipo se configura como un delito común, en la medida en que no se exige ninguna cualidad o condición específica en el sujeto activo. Respecto del sujeto pasivo, en el apartado primero se alude únicamente "a una mujer", sin que se especifique que aquella haya de ser la mujer embarazada. No obstante, conforme a una interpretación teleológica del precepto, éste se estaría refiriendo la mujer embarazada que acude a interrumpir su embarazo[25]. Sus eventuales acompañantes (pareja, familiar o amigo) por tanto no podrán ser sujetos pasivos de este delito, sin perjuicio de que lo puedan ser de otros como el de amenazas o el de coacciones. El apartado segundo por su parte determina que los sujetos pasivos serán "los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo".

En cuanto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, que habrá de ser directo, único compatible con la concurrencia de los específicos elementos subjetivos "para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo" del apartado primero y "con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su

---

24 Para ARIZA UGALDE, "cuando se emplee violencia para impedir a pacientes o personal sanitario el acceso a las clínicas de interrupción del embarazo, la tipicidad se traslada a las coacciones básicas del art. 172.1 CP", a lo que añade que "el obstáculo abarcaría cualquierretraso, impedimento menor o dificultad impuesta a la víctima que no involucre violencia" (ARIZA UGALDE, E., "Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo", op. cit., p. 344). No obstante, atendiendo a que en el concepto de violencia que se emplea en el delito de coacciones cabe incluso la intimidación o *vis compulsiva* y la fuerza en las cosas o *vis in rebus*, no parece un criterio muy adecuado para resolver el problema concursal que se da entre ambos delitos.

25 Así lo entienden también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial (25ª edición)*, op. cit., p. 174; ARREGUI MONTOYA, R., "El nuevo delito de acoso hacia las clínicas de interrupción del embarazo y su relación con el delito de coacciones y con el principio non bis in idem", op. cit., p. 997; CUERVO NIETO, C., "Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]", op. cit., p, 206 y GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 9.

profesión o cargo" en el segundo[26]. De esta manera, es un tipo de consumación anticipada, en concreto, un delito de resultado cortado, puesto que no será necesario producir la efectiva obstaculización del ejercicio del derecho al aborto ni de la profesión o cargo del trabajador sanitario de estos centros, sino que bastará con que el autor realice la conducta acosadora con dicha intención[27].

Con respecto a la penalidad, es un delito menos grave, en tanto que castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o alternativamente con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, las cuales, de acuerdo con las letras a) y l) del artículo 33.3 del Código penal, son penas menos graves. De igual modo, se incluye en el apartado 3 del precepto la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años, que la impondrá el juez de manera potestativa, atendiendo a la gravedad de los hechos, a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho. El contenido especialmente disuasorio de esta pena encaja bien con el objetivo perseguido por el legislador con la introducción del delito, pues con esta se evita (o se intenta) que quienes hayan sido condenados por acosar a mujeres y a trabajadores de los centros habilitados para practicar abortos sigan concentrándose en sus inmediaciones, minimizando así el riesgo de reiteración, de manera que ha de valorarse positivamente.

El apartado cuatro del precepto incluye una problemática cláusula concursal al disponer que las penas previstas en el artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. El problema de la cláusula deriva de que el acoso habrá de consistir en actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos y que los dos últimos vocablos expresan comportamientos que perfectamente pueden ser reconducidos a los delitos de amenazas y coacciones respectivamente, pues un acto intimidatorio puede llegar a constituir una amenaza y un acto coactivo no es sino una coacción.

La práctica judicial debiera evitar aplicar este tipo de cláusulas, cada vez más frecuentes en nuestro Código penal y que indudablemente presentan un marcado carácter punitivista[28], cuando concurran delitos que comparten bien jurídico, como en el caso de que esos actos intimidatorios y coactivos en que consista el acoso puedan calificarse jurídicamente como amenazas o coacciones. Y ello porque imponen el concurso de delitos en supuestos en los que han de aplicarse las reglas

26 Como recuerda MARTÍNEZ SANROMÀ, "«obstaculizar» no significa «imposibilitar», por lo que a priori será suficiente que los actos de acoso dificulten el acceso a la clínica por parte de la mujer o la práctica del aborto por parte de los profesionales, sin que se precise de la constatación de una inviabilidad efectiva al respecto" (MARTÍNEZ SANROMÀ, O., "El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 quater CP", op. cit., p. 4).

27 Para CUGAT MAURI, dicho elemento subjetivo "introduce una peligrosa fuente de discriminación en función de las intenciones del sujeto, tratando de modo distinto la interrupción de la IVE que una cirugía transexual o una eutanasia" (CUGAT MAURI, M., "La tipificación del acoso a abortistas como antiejemplo de técnica jurídica", op. cit., p. 1338).

28 En el mismo sentido se pronuncia CARPIO BRIZ, D., "Coacciones, matrimonio forzado y stalking (arts. 172-172 quáter)", op. cit., p. 166.

del concurso de leyes, lo cual implica una vulneración del principio non bis in ídem, al coexistir en ambas sanciones (la sanción por el delito de amenazas o coacciones y la sanción por el delito de acoso analizado) identidad de hecho, sujeto y fundamento[29].

El último apartado, el quinto, configura el delito como público, al disponer que no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representante legal. De esta forma, se podrá iniciar el procedimiento a instancias de cualquiera que tenga conocimiento de la realización de las conductas acosadoras. En este sentido, la cláusula otorga un importante rol a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la persecución de estos actos, pues son sus miembros quienes normalmente acuden a los lugares en los que se producen concentraciones de personas e identifican a sus promotores y a los participantes al objeto de garantizar el orden público y el desarrollo pacífico de la protesta.

Sin embargo, en los casos en los que el procedimiento no se inicie por la denuncia de la víctima y esta sea una mujer (apartado primero), se corre el riesgo de que sea revictimizada, pues aquella, como cualquier testigo, tiene el deber de declarar y de decir la verdad y buena parte de las mujeres que acuden a interrumpir su embarazo no quieren rememorar una experiencia que por lo general será desagradable y en algunos casos muy traumática y menos aún en un ámbito tan formalizado como un proceso penal, el cual además puede generar un menoscabo en su intimidad.

Igualmente, atendiendo a la estructura típica del delito, su testimonio resultará clave para obtener un fallo condenatorio, porque difícilmente puede entenderse que un acto sea molesto, ofensivo, intimidatorio o coactivo (términos que como se indicó, presentan una notable carga subjetiva) si la víctima no se pronuncia al respecto.

Por todo ello, quizá habría sido recomendable establecer alguna condición de procedibilidad para los supuestos del apartado primero (cuando el sujeto pasivo fuera una mujer), si bien dicho añadido podría provocar que un elevado número de casos de acoso quedasen sin sanción.

---

29 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial (25ª edición)*, op. cit., p. 174. En cualquier caso, como recuerda MARTÍNEZ SANROMÀ, de resolverse la relación entre estos delitos a través del principio de especialidad del concurso de normas, el delito del artículo 172 *quater* "sorprendentemente, es una especie de subtipo privilegiado", pues "quien coaccione a una mujer para obstaculizar su ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo recibirá, de forma contradictoria a las intenciones del legislador, un tratamiento penológico privilegiado mucho más benigno (pena de prisión de 3 meses a 1 año) del que recibiría de subsumirse su conducta en el tipo básico de coacciones (pena de prisión de 6 meses a 3 años)" (MARTÍNEZ SANROMÀ, O., "El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 quater CP", op. cit., p. 6). También GARCÍA ARROYO se muestra muy crítica al sostener que "no se puede llegar a comprender como se tipifica un delito de forma especial, pero se privilegia su pena" (GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", op. cit., p. 5).

3. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚMERO 5041/2022

El Recurso de Inconstitucionalidad presentado por los cincuenta y un diputados se basó en la vulneración del principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, la libertad ideológica proclamada por el artículo 16 de la Constitución y la de expresión, recogida en el artículo 20, así como los derechos de reunión y manifestación garantizados por el artículo 21 y el derecho a la igualdad, del artículo 14, la libertad religiosa en su dimensión externa, contenida en el artículo 16, y el derecho a la intimidad de las víctimas del delito, reconocido en el artículo 18.

Para los recurrentes, el artículo infringe el principio de legalidad penal por falta de taxatividad, garantía material que conecta con la exigencia de seguridad jurídica y que requiere certeza, concreción y precisión en la descripción del tipo penal a fin de que los ciudadanos conozcan la prohibición y prevean por tanto las consecuencias de su realización.

Esta denuncia se articula en torno a dos ideas. La primera, la incongruencia entre el fin declarado en el preámbulo de la Ley Orgánica impugnada y el propio delito 172 *quater* introducido, y ello porque en el Preámbulo se indica que el objetivo de la norma es "garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo" y que, sin embargo, el tipo, como se indicó supra, no restringe el ámbito de aplicación espacial a conductas acosadoras que se realicen en las inmediaciones de la clínicas.

La segunda consiste en que la norma impugnada se construye sobre conceptos jurídicamente indeterminados. En concreto, las expresiones *actos molestos* y *ofensivos*. Para los recurrentes, la indefinición del delito permite que encaje en él cualquier manifestación contraria a la interrupción voluntaria del embarazo cuando se consideren molestas para una mujer embarazada o para un trabajador de una clínica en la que se practiquen dichas interrupciones.

Por otra parte, destacan los recurrentes que el tipo sanciona comportamientos que constituyen expresión del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, de reunión o manifestación o la libertad ideológica y religiosa. Con el nuevo delito, el legislador penal estaría criminalizando creencias, ideas y opiniones expresadas pacífica y respetuosamente, lo que en su opinión también vulneraría el principio de proporcionalidad y generaría un efecto disuasorio en personas que quisieran participar en actos contra la interrupción voluntaria del embarazo pero que se retraerían por temor a ser sancionados, pues el tipo es tan amplio que abarca cualquier comportamiento capaz de molestar o desagradar a las personas afectadas y además, al no exigir el precepto denuncia de la persona agraviada, cualquiera podría interponer una denuncia contra aquellas. Los recurrentes entienden que se sanciona una concreta ideología o religión, pues si se produjera el mismo comportamiento en favor de la interrupción voluntaria del embarazo no habría consecuencia penal.

De otro lado, la dimensión externa del derecho a la libertad religiosa, que se definiría como la posibilidad de ejercer sin intromisiones de terceros y de los poderes públicos las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenó-

meno religioso, entre las que se incluirían la de reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y la de asociarse para desarrollar sus actividades de manera comunitaria. Con el nuevo delito, para los recurrentes, se sancionan actos de oración por resultar molestos o incómodos en tanto que entrañan un rechazo a la interrupción voluntaria del embarazo, lo que implica coaccionar a quienes expresan dicho sentimiento religioso.

Por último, los recurrentes plantean la vulneración del derecho a la intimidad en lo que respecta a las víctimas del delito, en la medida en que afirman que la persecución de oficio prescinde de la voluntad de las víctimas, las cuales podrían preferir conservar su anonimato.

4. EL ESCRITO DE ALEGACIONES DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

El 3 de noviembre de 2022, la Abogacía del Estado, personada en nombre del Gobierno de la Nación mediante escrito registrado el 21 de octubre de ese año, presentó un escrito de alegaciones al Recurso, si bien propuso limitar el objeto del pronunciamiento a los apartados primero y segundo del artículo 172 *quater*.

Para el órgano, el precepto no vulnera la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad penal, por varios motivos. Primeramente, el empleo del verbo acosar dotaría de concreción al tipo, pues se trata de un verbo utilizado también en otros delitos del Código penal y tiene un significado claro. De esta manera, acosar implica realizar actos hostiles, que hostigan, importunan, humillan o intimidan, con cierta insistencia, y que producen o tienen la intención de producir un resultado determinado.

Sostiene la Abogacía en su escrito que en el artículo se precisa el alcance del comportamiento típico no solo con el empleo del verbo acosar, sino también por cuatro vías más. Así, (1) se exige que el acoso se realice mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos (2), que estos actos menoscaben la libertad de la víctima, (3) la cual solo podrá ser una mujer o personal que trabaje en los centros y, por último, (4) se requiere el propósito de obstaculizar la interrupción voluntaria del embarazo. Entiende además el órgano que los elementos que definen la conducta típica son objetivos y que por tanto no dependen únicamente de la percepción subjetiva de la víctima.

Asimismo, afirma la Abogacía que el hecho de que la norma no limite el ámbito de su aplicación a comportamientos realizados en el entorno de las clínicas acreditadas para la interrupción voluntaria del embarazo no permite entender que la conducta típica no sea precisa, pues otros muchos delitos no establecen un lugar concreto de comisión. Lo que se pretende evitar con el precepto es que se realicen conductas tendentes a obstaculizar el ejercicio de un derecho y de una actividad profesional y estas se pueden realizar en cualquier lugar, también telemáticamente.

Por otra parte, para el órgano tampoco se violan las libertades ideológica y religiosa y de expresión ni los derechos de reunión y manifestación y a la igualdad, pues el mero acto de proferir una opinión no da lugar a la comisión del delito, salvo que

de ese modo se acose y menoscabe la libertad de las personas. El delito no discrimina entre quienes se manifiestan a favor y en contra de la interrupción voluntaria del embarazo, sino que penaliza a quienes realizan una conducta acosadora con el propósito de obstaculizar el ejercicio de un derecho.

Por último, para la Abogacía del Estado la opción legislativa de condicionar la perseguibilidad del delito a la voluntad de la víctima es plenamente legítima y el debate sobre su constitucionalidad no procedería. La persecución de oficio se justificaría porque la interrupción voluntaria del embarazo está sujeta a un vivo debate público, de manera que muchas mujeres no denunciarían a sus acosadores por miedo a exponer su intimidad y en estos casos, el Estado puede, o bien, configurar el delito como privado, lo que podría favorecer la impunidad, o bien articularlo como público (norma general en Derecho penal), a fin de garantizar el libre ejercicio del derecho al aborto. Entiende la Abogacía que existe un interés público en la persecución de estos delitos, pues subyace en aquella un fin preventivo-general, de manera que los medios de protección de la intimidad de las víctimas que los poderes públicos adopten habrán de ser otros.

5. LA SENTENCIA 75/2024, DE 8 DE MAYO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 8 de mayo de 2024 el Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el presidente Cándido Conde-Pumpido Tourón y por los magistrados Inmaculada Montalbán Huertas, Ricardo Enríquez Sancho, María Luisa Balaguer Callejón, Ramón Sáez Valcárcel, Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera, María Luisa Segoviano Astaburuaga, César Tolosa Tribiño, Juan Carlos Campo Moreno y Laura Díez Bueso, desestimó íntegramente el Recurso de Inconstitucionalidad en su Sentencia 75/2024. La Sentencia cuenta con tres votos particulares que serán analizados en la segunda parte de este epígrafe.

5.1. Fundamentación jurídica y fallo de la mayoría

El Tribunal considera que el Recurso impugna la totalidad del artículo 172 *quater* y no únicamente los apartados primero y segundo, tal y como alegaba la Abogacía del Estado. Para los magistrados, la constitucionalidad de las normas accesorias (como los apartados tercero a quinto) se asocia a la de las disposiciones principales (apartados primero y segundo). Carecería de sentido en un caso de declaración de inconstitucionalidad de los apartados primero y segundo y mantener la vigencia de los restantes, pues devendrían inaplicables en tanto que el tipo que actúa como presupuesto de su aplicación habría desaparecido, de manera que entienden que deben pronunciarse sobre el artículo objeto de recurso al completo.

Recuerda el Tribunal en el Fundamento Jurídico cuarto que el mandato de *lex certa* o de taxatividad "se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" y que se considera "una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica", la cual

recae en el legislador en tanto que debe articular las disposiciones sancionadoras de manera "concreta, precisa, clara e inteligible", inadmitiéndose "formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador". No obstante, recuerda que el órgano ha venido admitiendo el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o el uso de un "lenguaje relativamente vago y versátil" en los tipos penales.

Igualmente, para el Tribunal, los preámbulos o exposiciones normativas pueden contener elementos interpretativos que incidan en la norma, pero carecen de valor normativo, razón por la que no pueden ser objeto directo de un Recurso de Inconstitucionalidad. Que el tipo vaya más allá de lo expresado en el Preámbulo de la norma en cuanto al ámbito geográfico en el que se realice el comportamiento acosador no vulnera el principio de taxatividad.

Por otra parte, el órgano sostiene que la precisión del precepto deriva del empleo del verbo acosar, que "aparece de manera profusa en distintos ilícitos del Código penal" y "ha generado una numerosa jurisprudencia respecto de su ámbito de comprensión", de que este acoso se haya de concretar a través de cuatro medios comisivos (actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos) y del resultado, por cuanto estos menoscaben la libertad del sujeto pasivo, así como de que dicho comportamiento debe realizarse con el fin de obstaculizar el derecho a la interrupción del embarazo o el ejercicio de la profesión o cargo del personal que presta sus servicios en las clínicas habilitadas para llevar a cabo dicha práctica.

Para el Tribunal, ni en abstracto ni en el contexto del precepto penal en el que se incorporan, los términos *molestos* y *ofensivos* carecen de la precisión que exige el principio de taxatividad, ni tampoco imponen una interpretación únicamente subjetiva. En cuanto al carácter molesto, recurre el órgano a la segunda acepción contenida en el diccionario de la Real Academia Española, por cuanto dispone que es "impedir u obstaculizar algo", lo que conecta con la finalidad del acoso contenida en el precepto impugnado. Con respecto al carácter ofensivo, recuerda que hay otros tipos penales que castigan conductas consistentes en la ofensa, como el delito contra los sentimientos religiosos o el delito de ofensas y ultrajes a España y a sus símbolos, de manera que no puede alegarse que su comprensión pudiese resultar imprevisible en el contexto del artículo 172 *quater*.

Además, estos actos molestos y ofensivos se integran como medios comisivos junto a los actos intimidatorios y coactivos y se acompañan del requerimiento de que menoscaben la libertad de la víctima. Por tanto, esa contextualización, unida al propósito típico (el resultado cortado), permiten entender la prohibición de manera adecuada por parte de los destinatarios de la norma.

En definitiva, el Tribunal mantiene que el precepto supera el filtro de constitucionalidad en lo que respecta a su adecuación al mandato de *lex certa* y, por tanto, no infringe el artículo 25.1 de la Constitución.

En cuanto a la vulneración de las libertades ideológica, religiosa y de expresión y a los derechos de reunión y manifestación y a la igualdad, advierte el Tribunal en el Fundamento Jurídico quinto que un tipo y una pena solo pueden ser legítimos

constitucionalmente si no producen por su severidad un sacrificio desproporcionado o innecesario en la libertad que limita o desalienta el ejercicio de derechos fundamentales.

Respecto del tipo impugnado, admite el Tribunal que puede limitar acciones de protesta frente al ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo o la expresión de ideas contrarias a dicha práctica, pero no constata conexión con la persecución de ideas o de actos de culto o de manifestaciones públicas de sentimientos religiosos, pues lo que sanciona el precepto son comportamientos de acoso y que por ello atentan a la libertad de terceros, pero no una posición personal o su expresión fundamentada en motivos ideológicos o religiosos sobre la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Por ello, el órgano adelanta en ese punto que no se pronunciará específicamente sobre las libertades ideológica y religiosa.

Asimismo, rehúsa el Tribunal pronunciarse específicamente sobre la infracción del derecho a la igualdad por entender que se invoca por los recurrentes de manera instrumental de los derechos a la libertad de expresión y de reunión.

Respecto de estos derechos, sostiene que son libertades políticas básicas en nuestro orden político, pues se vinculan con el pluralismo político y con la propia idea de democracia directa y representativa. Su contenido, recuerda el Tribunal, puede ser modulado por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado colisione con otros valores constitucionales, si bien la limitación deberá ser necesaria para conseguir el fin buscado.

De este modo, el análisis de constitucionalidad del precepto radicará en identificar si el mismo viola el principio de proporcionalidad, esto es, que implique un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que garantiza nuestro texto constitucional, bien porque resulte innecesario invocar el Derecho penal, bien por resultar excesiva la cuantía o duración de la pena en relación con la gravedad del delito. De lo que se trata, insiste el Tribunal, es de verificar que el tipo "no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma".

Para ello, lo primero que ha de hacerse es indagar si el bien jurídico tutelado por la norma impugnada es suficientemente relevante para la sociedad, luego, si la medida resulta idónea y necesaria para proteger dicho bien jurídico y, por último, si existe desproporción entre la entidad del delito y la de la pena.

Al respecto, sostiene el Tribunal que el artículo 172 *quater* persigue garantizar la libertad de las mujeres para interrumpir voluntariamente su embarazo, de manera que se trata de "un interés con cobertura constitucional suficiente". Para el órgano constitucional, dicha garantía no solo se puede alcanzar desde la puesta en marcha de un modelo de despenalización más o menos extenso de la interrupción voluntaria del embarazo, sino también con la criminalización de conductas que limiten la libre decisión de la mujer de ejercer ese derecho.

También advierte el Tribunal que los límites máximos de los marcos penales de las penas previstas resultan aún muy alejados de los máximos que pueden alcanzar las penas menos graves conforme al artículo 33.3 del Código penal. Al respecto, recuerda que la ejecución de la pena de prisión puede ser suspendida de acuerdo con el artículo 80 del mismo texto y que la pena de prohibición de acudir a determinados lugares contenida en el apartado tercero del precepto impugnado no es de imposición preceptiva.

Por otra parte, sostiene que también es posible modular o incluso prescindir de la pena mediante el juego de las eximentes completa o incompleta del ejercicio de un derecho y de la atenuante analógica.

En definitiva, para el Tribunal el artículo 172 *quater* no resulta inconstitucional en lo concerniente al ejercicio de los derechos de reunión y expresión porque la previsión contenida en relación con la conducta típica y la pena aparejada no produce por su severidad "un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad de expresión o del derecho de manifestación".

Por último, en el Fundamento Jurídico sexto el Tribunal recuerda que el derecho a la intimidad personal no es absoluto, por cuanto puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre y cuando se base en una previsión legal que tenga justificación constitucional y sea necesaria para alcanzar un fin legítimo, proporcionada y respetuosa con el contenido esencial del derecho. Entre esos fines legítimos constitucionalmente se encuentra "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal".

El sacrificio en el derecho a la intimidad de la víctima del delito se justificaría pues "por el interés público propio de la investigación del delito" y "porque el libre ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no tiene una dimensión estrictamente privada sino también una proyección general relacionada con la garantía (…) al igual disfrute, entre hombres y mujeres, del derecho a la salud sexual y reproductiva, en un contexto social en el que el ejercicio de este derecho por las mujeres aún experimenta dificultades estructurales".

De este modo, para el órgano que se haya configurado como un delito público en tanto que perseguible de oficio resulta idóneo y necesario para evitar una "desprotección del interés público en la persecución y sanción de este tipo de conductas, no resultando evidente la existencia de medidas menos restrictivas del derecho a la intimidad personal para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador". Al respecto, menciona que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito impone a todos los intervinientes en un proceso penal que adopten las medidas necesarias para proteger la intimidad de la víctima y de sus familiares.

Por todo ello, entiende el Tribunal que el contenido del apartado quinto no resulta inconstitucional por no suponer una "restricción desproporcionada del derecho a la intimidad personal o familiar de una persona".

5.2. Los votos particulares

El primero de los tres votos particulares a la resolución lo formula el magistrado Ricardo Enríquez Sancho, si bien para poner de manifiesto su discrepancia con la fundamentación jurídica de la sentencia, pero no con el fallo desestimatorio, el cual comparte.

Para el magistrado, que la sentencia reconozca expresamente que el recurso no ofrece argumentos sobre la inconstitucionalidad de los apartados tercero y cuarto "obligaba a desestimar directamente el recurso contra ellos", con independencia de que la eventual inconstitucionalidad del delito del apartado primero suponga la de su pena de alejamiento del apartado tercero y la de la regla concursal del apartado cuarto.

Por otra parte, critica el magistrado que la constitucionalidad del artículo se haga depender de su carácter idóneo y necesario para la protección del "derecho fundamental" de la mujer a decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Entiende que no existe tal derecho fundamental, sino que la decisión despenalizadora de la práctica en determinados supuestos (plazos) es una opción permitida por la Constitución, pero no impuesta por ella. Sostiene que no es necesario encontrar un derecho fundamental para declarar constitucional el precepto impugnado, pues el Derecho penal no se circunscribe a la protección de derechos fundamentales. Para el magistrado, el tipo no contraviene los derechos de libertad de expresión y de manifestación sencillamente porque no castiga la discrepancia y los casos límite podrán resolverse con los mecanismos ordinarios de interpretación jurídica.

Por último, en cuanto al carácter público del delito, el Tribunal, en opinión del magistrado, podría haberse limitado a indicar que esta opción del legislador es constitucionalmente válida, pues éste puede otorgar preferencia al interés público en perseguir estos delitos por razones de oportunidad legítimas que el Tribunal no debe entrar a enjuiciar y, sin embargo, la sentencia "se afana en demostrar el acierto y bondad de la nueva regulación". Entiende que en ella no solo han declarado constitucional ese carácter público del delito, con lo que el magistrado está de acuerdo, sino que también implícitamente declara inconstitucional su alternativa: un eventual carácter privado o semiprivado del delito. Estas valoraciones, y no le falta razón al magistrado, corresponden al legislador, exceden de la labor del Tribunal y suponen un peligro, pues convierten al Tribunal en cierto modo en colegislador.

El segundo de los votos particulares, más extenso, lo formulan los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, con el que manifiestan la discrepancia con la decisión de desestimar el Recurso.

Parten del entendimiento de que el delito impugnado resulta una "meridiana expresión" del principio de "intervención máxima o expansionismo desbordante del Derecho penal" y critican que el Preámbulo se limite a constatar peticiones e informes de una asociación privada que proporcionan los datos que provocan la respuesta penal y a concluir que es necesario establecer "zonas de exclusión".

También afirman que el Código penal no recoge una definición de acoso en abstracto independiente de las concretas formas de comisión tipificadas. Esto es, el acoso se define en cada tipo (artículos 172 *ter*, 173.1 y 184 del Código penal) a partir de la descripción de unas conductas concretas que delimitan el significado del término y sin embargo el artículo 172 *quater*, aunque responde a ese esquema, lo hace "sin la riqueza de matices y elementos que configuran el resto de las conductas comparadas y que contribuyen a su debida objetivación".

En cuanto a la expresión "actos molestos", critican que la Sentencia se remita a la acepción "impedir u obstaculizar algo", pues coincide con el delito de coacciones y no parece razonable interpretar la expresión por remisión a una conducta coactiva, que por otra parte ya se incluye como otra forma comisiva del delito con el vocablo *coactivos*.

Por otra parte, la contextualización de la conducta no permite superar las dificultades interpretativas en torno a la expresión "actos molestos". La finalidad y el resultado no son suficientes para definir dicha expresión, pues el acto puede ser molesto o no con independencia del resultado producido o de la finalidad buscada.

Señalan los magistrados que en el apartado segundo del artículo no se exige que los actos menoscaben la libertad de la víctima y que por tanto la definición del acto molesto no puede ser contextualizada en función de ese resultado por cuanto no se requiere. Obvian estos que el uso de la expresión "en la forma descrita en el apartado anterior" obliga a entender que el acoso respecto de los trabajadores de las clínicas ha de producirse igualmente mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que efectivamente menoscaben la libertad de la víctima[30]. En cualquier caso, como se señaló en el epígrafe 3 de este trabajo, la cláusula "menoscaben su libertad" ha de interpretarse como resultado jurídico, que no material.

Vuelven a invocar el principio de intervención mínima para denunciar el carácter poco lesivo atribuible a la molestia, pues imponer una pena a una conducta molesta no se adecua al principio de lesividad, ya que difícilmente puede provocar un resultado consistente en menoscabar la libertad de alguien y ni siquiera resulta apta para poner en peligro dicho bien jurídico. Consideran que la sentencia no puede descartar que el tipo penal, al ser "sumamente abierto", abarque conductas que se sitúan en un nivel intermedio, que no sean meros comentarios ni tampoco actos intimidatorios o coactivos, lo que implicaría un riesgo de criminalización de acciones objetivamente inocuas pero delictivas en función de un criterio subjetivo: la eventual molestia que puedan generar en la víctima.

Por esta razón entienden que la sentencia debería haber estimado el recurso en ese punto, declarando la inconstitucionalidad de las expresiones "molestos y ofensivos", por ser contrarias a la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad penal. Igualmente, admiten que la sentencia podría haber declarado la constitucionalidad del tipo siempre que fuese interpretado en el sentido de que

30 Tal y como afirma MAGRO SERVET, V., "Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 quater por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril", op. cit., p. 8.

cualquiera de los medios comisivos deba presentar una intensidad lesiva "semejante entre sí" en relación con el efectivo menoscabo del derecho a la libertad mediante la obstaculización del ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo.

En cuanto a la limitación de los derechos a las libertades ideológica y religiosa y de expresión y de los derechos de reunión y manifestación, critican que el Tribunal omita la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tales derechos y manifiestan que la norma "constituye un claro supuesto de reacción penal excesiva que puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio de los derechos fundamentales". Consideran por tanto que el recurso al Derecho penal implica un sacrificio desproporcionado e innecesario sobre dichos derechos, un "ejemplo de patente derroche de coacción".

Critican, al igual que en el voto particular que le precede, que el Tribunal Constitucional haya creado un "pseudoderecho fundamental de la mujer a la autodeterminación para la interrupción del embarazo", lo que consideran un exceso en sus competencias, pues dicha tarea corresponde al poder constituyente.

De otro lado, se oponen, con razón, a que la sentencia, cuando avala la proporcionalidad entre el delito y sus penas, obvie que la cláusula concursal impone el concurso real con otros delitos con los que concurra y sostienen que la desproporción es evidente en la medida en que se prevé una pena de prisión frente a unos actos que podrían ser molestos u ofensivos.

En definitiva, entienden que la protección de las mujeres y del personal que presta sus servicios en los centros habilitados para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo "no puede pasar por el cercenamiento de los derechos fundamentales y las libertades públicas de quienes protestan públicamente contra el aborto de manera pacífica", incluso cuando sus actuaciones puedan considerarse "molestas" u "ofensivas" por quienes las soporten, "ni por reprimir el posible exceso, no violento, en el ejercicio de esos derechos y libertades con la amenaza de la imposición de penas privativas de libertad".

Por ello, consideran que el precepto también debió ser declarado inconstitucional, por implicar una limitación de las libertades y derechos mencionados excesiva y desproporcionada, porque provoca un efecto disuasorio claro en el ejercicio de tales derechos al recurrir al Derecho penal y porque supone un "patente derroche inútil de coacción" que convierte a la norma en "arbitraria" y que "socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho".

El último de los votos particulares lo formula el magistrado César Tolosa Tribiño, si bien en el sentido único de comunicar su adhesión al voto particular formulado por el magistrado Ricardo Enríquez Sancho.

6. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional resuelve adecuadamente el recurso en un fallo cuyo sentido se comparte. Los controvertidos términos *molestos* y *ofensivos*, que habrían

debido ser excluidos en la redacción del artículo, constituyen únicamente dos de los cuatro medios comisivos mediante los que el acoso ha de producirse, acoso que como recuerda la Abogacía del Estado, ha de implicar un menoscabo en la libertad de la víctima y, además, ha de concurrir en el autor junto al dolo el ánimo de obstaculizar el ejercicio del derecho al aborto o de una profesión relacionada con dicha práctica. Se trata por tanto de elementos que contribuyen a precisar el ámbito de lo prohibido.

De esta forma, aunque los vocablos *molestos* y *ofensivos* individualmente tomados en consideración confrontan con la exigencia de taxatividad, una interpretación sistemática –en tanto que contextualice el empleo de dichos adjetivos– y teleológica –en la medida en que se oriente al propósito perseguido por el tipo– del precepto permite entender que aquella no resulta vulnerada.

Tampoco se infringen las libertades ideológica, religiosa y de expresión y los derechos de reunión y manifestación y a la igualdad. Respecto de las dos primeras, lo que el delito censura son comportamientos acosadores, pero ningún tipo de expresión religiosa o ideológica. No se castiga por tanto profesar una determinada religión o ideología ni la realización de acciones que se integren en el ejercicio de dichas libertades. Rezar no es delito[31], sino acosar a una persona con actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos entre los que puede encontrarse en algún caso el acto de rezar, pero siempre que aquel se realice en un contexto acosador, a fin de obstaculizar el ejercicio del derecho al aborto y al ejercicio de una profesión y, por ende, menoscabe la libertad de la mujer que acude a un centro a interrumpir su embarazo o la del profesional que trabaja en las clínicas habilitadas para llevar a cabo dicha práctica. No obstante, resulta criticable que el Tribunal afirme que no se pronunciará específicamente sobre dichas libertades en su fundamentación.

Como se indicó, tampoco se pronuncia concretamente el Tribunal sobre la posible vulneración del derecho a la igualdad. En cualquier caso, no tienen razón los recurrentes cuando alegan que con el precepto se persigue castigar a quienes se oponen a la práctica del aborto. Como sostiene la Abogacía del Estado, el tipo no discrimina entre partidarios y detractores del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, ya que se limita a sancionar conductas acosadoras sobre quienes ejercitan un derecho o una profesión reconocidos por el Estado.

De otro lado, a partir de un juicio de proporcionalidad, que es el que se realiza por parte del Tribunal Constitucional, cabe cuestionar si el precepto analizado es innecesario porque implique un derroche excesivo de coacción que conculque el ejercicio efectivo de las libertades de expresión y manifestación. El bien jurídico protegido por el tipo indudablemente es relevante para la sociedad, pero el empleo del Derecho penal, en concreto, de este delito, resulta innecesario e inidóneo, pues como se avanzó y como se detallará en el epígrafe conclusivo, la prohi-

31 *Rezar no es delito* es uno de los eslóganes que estos grupos de personas que se concentran en torno a las clínicas de interrupción del embarazo han venido empleando para protestar contra la introducción del delito objeto de análisis.

bición administrativa de concentrarse en las inmediaciones de las clínicas habría bastado y resultaría más efectiva para lograr el propósito buscado con la creación de este discutible tipo penal[32]. Además, la penalidad asociada al delito dista de ser proporcionada. Es cierto que la pena de prisión se establece de manera alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad y que no es elevada, pudiendo por ello ser suspendida con base en los artículos 80 y siguientes del Código penal. Asimismo, la pena de prohibición de acudir a determinados lugares se articula como potestativa. Pero como se advierte en el segundo de los votos particulares, es posible condenar a prisión a una persona por acosar a otra con actos molestos, lo que implica una notoria desproporción, la cual será aún más evidente cuando se aplique la cláusula concursal que obliga a imponer el concurso real de delitos en supuestos que verdaderamente deben ser resueltos mediante el concurso de leyes.

Por ello, el delito analizado tiene el potencial de desalentar el ejercicio de las libertades de expresión y manifestación de quienes se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo, que es lo que denuncian los recurrentes. No obstante, también hay que advertir que en la práctica la existencia de este delito de ninguna manera ha provocado, como se indicó al inicio de este trabajo, el efecto que el legislador esperaba con su creación, pues se siguen produciendo concentraciones en las inmediaciones de las clínicas.

En cualquier caso, el juicio de proporcionalidad desarrollado en la resolución no permite salvar la constitucionalidad del precepto en lo que respecta a su compatibilidad con las libertades de expresión y manifestación. Habría sido más sencillo tirar de un argumento que no se encuentra en la sentencia analizada pero que ha sido empleado por Muñoz Conde. Para el autor, y para quien escribe estas líneas, el delito no pone en peligro el ejercicio de estas libertades, porque el elemento subjetivo que requiere el tipo es incompatible con aquellas. Es decir, las conductas que el tipo recoge, al acompañarse del propósito obstaculizador del ejercicio del derecho al aborto o de una actividad profesional respectivamente (el resultado cortado), no son manifestaciones legítimas de las libertades de expresión y manifestación[33], de manera que no cabe entender que el delito conculque tales libertades.

Así, el delito resulta compatible con la Constitución en lo que respecta a las libertades de expresión y manifestación sencillamente porque quien acosa mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos a una mujer embarazada o al personal facultativo de las clínicas mencionadas, menoscabando así su libertad, con el objetivo de obstaculizar su derecho a la interrupción voluntaria del embara-

---

32 El Tribunal Constitucional entendió que "el reconocimiento, por parte del legislador, de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar de forma autónoma "y sin coerción de ningún tipo" la decisión de ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o de no hacerlo (…) se puede alcanzar no solo desde el desarrollo de un modelo de despenalización, más o menos amplio, de la interrupción voluntaria del embarazo, sino también desde la tipificación de conductas limitativas de la libre decisión de ejercer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, supuesto este en el que se encuadraría el tipo penal sometido en el presente proceso a juicio de constitucionalidad".

33 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial (25ª edición)*, op. cit., p. 174.

zo o el ejercicio de una profesión vinculada a dicho derecho no resulta amparado por aquellas[34].

Por último, la ausencia de un requisito de procedibilidad en el delito puede generar un efecto indeseable en la víctima que en algunos casos puede llegar a implicar una nueva victimización, pues el proceso penal que se inicie de oficio indudablemente involucrará a la víctima de los comportamientos acosadores, quiera o no quiera participar en aquel. Sin embargo, llama poderosamente la atención y resulta muy criticable que sean precisamente los recurrentes, los cincuenta y un diputados de Vox (partido político que niega que la interrupción voluntaria del embarazo sea un derecho), quienes aleguen esta circunstancia a fin de lograr la inconstitucionalidad del delito, y ello porque supone un ejercicio de cinismo oportunista muy rechazable.

En cualquier caso, tiene razón el Tribunal cuando señala que el hecho de que el delito se configure como público no es sino una opción legítima del legislador que el órgano no ha de valorar. Todo proceso penal genera o puede generar procesos de victimización secundaria e incidencias sobre la intimidad de la víctima. Que el legislador haya optado por no exigir la denuncia de la víctima para iniciar un proceso penal no ha de ser objeto de un juicio de constitucionalidad, pues responde a razones de oportunidad, con independencia de que se aconseje, como se detallará infra, dicha denuncia cuando la víctima sea la mujer embarazada (en el supuesto primero). Por tanto, no cabe admitir la conculcación del derecho a la intimidad alegada por los recurrentes.

No obstante, resulta criticable, como se denuncia en el primero de los votos particulares a la resolución, que se indique por el Tribunal que esta opción resulta necesaria e idónea para garantizar el interés público en perseguir los delitos, esto es, para evitar la impunidad de los acosadores, pues con ello parece que se esté declarando implícitamente la inconstitucionalidad de una eventual configuración del delito como privado o semiprivado.

En definitiva, la resolución atina en cuanto al carácter desestimatorio del fallo, con independencia de que algunos de los fundamentos empleados resulten menos acertados y que por ello no se comparten, como se ha expresado en los párrafos anteriores. El delito supera el juicio de constitucionalidad, sin perjuicio de que se reconozcan los déficits y problemas que presenta y por los que se aconsejan modificaciones en su estructura típica o directamente su derogación y su sustitución por otras vías más efectivas para poner fin a las concentraciones en las inmediaciones de las clínicas autorizadas para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, las cuales evidentemente constriñen los derechos a la libertad, a la intimidad y a la tranquilidad tanto de las mujeres que acuden a interrumpir su embarazo como del personal que ejerce su profesión en ellas.

---

34 Como se señala en el primero de los votos particulares, no hay vulneración de tales libertades "porque no castiga la discrepancia. Los casos límite en que "actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos" que bajo determinadas condiciones castiga el nuevo tipo penal pudieran considerarse amparados en el ejercicio de esos u otros derechos fundamentales podrán resolverse con los mecanismos ordinarios de interpretación jurídica. Bastaba con este sencillo razonamiento para desestimar. Es todo más simple de lo que quiere hacer ver la mayoría".

7. CONCLUSIONES

Como se acaba de indicar, que se comparta el sentido desestimatorio del fallo y en consecuencia la declaración de constitucionalidad del delito no obsta para la realización de una fundada crítica sobre el precepto, principalmente por resultar innecesario y técnicamente defectuoso.

Innecesario por dos motivos. Primeramente, porque como se indicó supra, los actos intimidatorios y coactivos ya encuentran acomodo en los delitos de amenazas y coacciones, por lo que no era necesario introducir un nuevo delito que castigase de manera privilegiada (lo que resulta muy criticable) una suerte de amenazas y coacciones específicas.

En segundo lugar, porque existen instrumentos ajenos al Derecho penal[35] que podrían resultar más efectivos que aquel. De hecho, parece que la prohibición penal no ha resultado efectiva, pues como se señaló anteriormente, las concentraciones de los grupos antiabortistas en las inmediaciones de las clínicas no han cesado tras la introducción del delito objeto de estudio.

En este sentido, el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo se puede hacer sin necesidad de recurrir al instrumento más lesivo del que dispone el Estado, esto es, a través del establecimiento de perímetros de exclusión de concentraciones y manifestaciones en torno a las clínicas acreditadas para la realización de la interrupción del embarazo, como se ha hecho en otros países (por ejemplo, en algunas zonas de Reino Unido y de Canadá)[36], imponiendo infracciones administrativas.

En un trabajo anterior se sostuvo que ello podría introducirse en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana[37]. Además, ya hay alguna Comunidad autónoma (Cataluña)[38] que ha venido aplicando prohibiciones en este sentido.

Por otra parte, el artículo integra varios elementos típicos que habrían de ser suprimidos. En primer lugar, los vocablos *molestos* y *ofensivos*, pues son términos que individualmente considerados, como se indicó, contienen una carga subjetiva im-

35 Recuérdese que el Derecho penal ha de emplearse lo menos posible (principio de intervención mínima), esto es, como último recurso (principio de última ratio) y solo frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes (principio de fragmentariedad).

36 En Alemania, un Proyecto de Ley que se está tramitando en la actualidad pretende establecer un perímetro de seguridad de 100 metros en torno a las clínicas de interrupción del embarazo, de acuerdo con la información de Gemma Casadevall en *El Periódico*, titulada "Alemania prohibirá el acoso a las mujeres que quieren abortar", disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 26 de julio de 2024): https://acortar.link/ZWz2VO

37 SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Tratamiento jurídico penal del acoso en España. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022 de 12 de abril y 10/2022 de 6 de septiembre*, op. cit., pp. 82-83.

38 Sobre ello, consúltense las informaciones publicadas por *El Diario* y por *El Periódico*, tituladas respectivamente "Catalunya prohíbe a los antiabortistas concentrarse en los centros médicos" y "La Generalitat prohíbe a grupos antiabortistas concentrarse en puertas de centros médicos", disponibles en los siguientes enlaces (última consulta: el 26 de julio de 2024): https://acortar.link/XAFS8l y https://acortar.link/hX4ETD

portante y que se caracterizan por ser muy abiertos y, por ende, poco precisos, lo que en algunos casos puede implicar dificultades interpretativas que den lugar a condenas de comportamientos que no lleguen a lesionar o ni siquiera a poner en peligro el bien jurídico tutelado, pese a que una interpretación contextualizada que tenga en cuenta el resto de los elementos típicos pueda salvar la constitucionalidad del precepto, en tanto que lo dote de la necesaria precisión.

En segundo lugar, también debiera ser suprimido el apartado cuarto del artículo, por los problemas ya mencionados de non bis in ídem que puede acarrear, por cuanto impone el concurso real de delitos en todo caso, al no contemplar ninguna exclusión de su aplicación para cuando los otros delitos con los que concurra el precepto atenten contra el bien jurídico libertad, supuestos en los que habría de aplicarse el concurso aparente de normas.

Las normas concursales contenidas en los artículos 8 (concurso de normas) y 73 y siguientes (concursos de delitos) del Código penal bastan para resolver los eventuales problemas concursales que se originen en la práctica, sin necesidad de recurrir a reglas específicas como la mencionada que, además de resultar problemáticas, se han venido configurado meramente con un propósito endurecedor de la respuesta punitiva.

Por último, el apartado quinto podría ser modificado en el sentido de añadir un requisito de perseguibilidad para cuando el sujeto pasivo fuese una mujer (referido al apartado primero del artículo), pues con su persecución de oficio, aunque se dispuso con el loable propósito de dificultar la impunidad de los acosadores, se corre el riesgo de que muchas mujeres experimenten procesos de victimización secundaria.

Con las modificaciones propuestas, el artículo quedaría redactado en los siguientes términos:

"Artículo 172 quater.

1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.

3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

4. En la persecución de los hechos descritos en el apartado primero de este artículo será necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representación legal".

En cualquier caso y para concluir, lo más recomendable sería derogar el delito contenido en el artículo 172 *quater* del Código penal y que fuera sustituido por

prohibiciones administrativas de concentraciones y manifestaciones en los alrededores de las clínicas de interrupción del embarazo, pero no por resultar un precepto contrario a la Constitución, sino por resultar innecesario y técnicamente muy mejorable[39].

8. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. & SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., "Lección 5. Delitos contra la libertad", en ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial (volumen I)*, 3ª edición, Iustel, Madrid, pp. 115-156.

AGUILAR FERNÁNDEZ, S., "El movimiento antiabortista en la España del Siglo XXI: el protagonismo de los grupos laicos cristianos y su alianza de facto con la Iglesia Católica", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 154, 2011, pp. 11-39.

ARIZA UGALDE, E., "Acerca de la nueva Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo", *Actas del III Congreso Internacional de la FICP*, Alcalá de Henares, Madrid (España), septiembre de 2022, pp. 331-356.

ARREGUI MONTOYA, R., "El nuevo delito de acoso hacia las clínicas de interrupción del embarazo y su relación con el delito de coacciones y con el principio non bis in idem", en FILLOL MAZO, A. & PÉREZ CALLE, R.D. (coords.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, pp. 995-1007.

CARPIO BRIZ, D., "Coacciones, matrimonio forzado y stalking (arts. 172-172 quáter)", en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 147-166.

COLINA RAMÍREZ, E.I., "Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código penal", *Cuadernos de Política Criminal*, número 37 (II época), 2022, pp. 139-160.

CUERDA ARNAU, M.L., "Delitos contra la libertad (y II); amenazas. Coacciones", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial (8ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 175-202.

CUGAT MAURI, M., "La tipificación del acoso a abortistas como antiejemplo de técnica jurídica", en MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan; GARCÍA PÉREZ, O.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. & GARCÍA ESPAÑA, E. (coords.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1329-1339.

39 Recuérdese que el juicio de constitucionalidad no guarda relación con el juicio de idoneidad de la introducción de un tipo penal, pues como la jurisprudencia constitucional ha reiterado, el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de seleccionar los comportamientos que han de ser penalmente sancionados.

CUERVO NIETO, C., "Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2022-6044]", *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, número 10, pp. 205-208.

GARCÍA ARROYO, C., "El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico", *Revista Penal*, número 53, 2024, pp. 1-16.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "Acoso antiabortista y libertad de expresión", Almacén de Derecho, agosto de 2022 (sin numeración). Disponible en el siguiente enlace (última consulta: el 12 de julio de 2024): https://acortar.link/X405Px

MAGRO SERVET, V., "Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 quater por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril", *Diario La Ley, 10059*, 2022, pp. 1-10.

MARTÍNEZ SANROMÀ, O., "El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 quater CP", *Diario La Ley*, número 10272, 2023, pp. 1-14.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial (25ª edición)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, C., *Tratamiento jurídico penal del acoso en España. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 4/2022 de 12 de abril y 10/2022 de 6 de septiembre*, BOE, Madrid, 2023.

Esquizofrenia y expectativa delictiva: disyuntivas en la aplicación de políticas preventivas[1]

Schizophrenia and criminal expectation: disjunctions in the implementation of preventive policies

ROCÍO ARREGUI MONTOYA

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Penal

Universidad de Murcia (España)

rocioarregui@um.es

https://orcid.org/0000-0003-1664-038X

Resumen: El presente trabajo aborda desde un punto de vista jurídico la complejidad de la esquizofrenia, una enfermedad mental grave que afecta a la percepción, al pensamiento y al comportamiento de los individuos, su comorbilidad[2] y si existe o no relación entre esta patología mental y la peligrosidad delictiva, explorando cómo las políticas preventivas podrían mitigar riesgos potenciales y cuáles serían los límites que el Derecho Penal, la ética y los derechos y la autonomía de los pacientes imponen a tales medidas, así como qué alternativas existirían ante la realización de conductas antisociales que denotasen e incluso predijesen una futura

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "La incidencia de la esquizofrenia en la comisión de delitos y su proyección en la imputabilidad (22125/PI/22)", Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

2 A lo largo del trabajo se hará referencia al término "comorbilidad" tal y como está definido por la Real Academia Española de la Lengua, esto es, "coexistencia, en una misma persona, de una o varias enfermedades o trastornos asociados a una enfermedad primaria", y se utilizará dicho concepto, como se verá, por la concepción de la adicción a drogas, alcohol o tabaco como un trastorno o patología en sí mismos y por ser el término ampliamente utilizado por la comunidad científica para explicar la concurrencia de distintas patologías en dicho paciente de esquizofrenia.

Recepción: 15/10/2024 Aceptación: 23/12/2024

Cómo citar este trabajo: ARREGUI MONTOYA, Rocío, "Esquizofrenia y expectativa delictiva: disyuntivas en la aplicación de políticas preventivas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 83-124, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.04

peligrosidad de los enfermos y un riesgo para sí mismos y para la sociedad en la que deben integrarse.

Abstract: *This paper addresses from a legal point of view the complexity of schizophrenia, a serious mental illness that affects the perception, thinking and behaviour of individuals, its comorbidity and whether or not there is a relationship between this mental pathology and criminal dangerousness, exploring how preventive policies could mitigate potential risks and what would be the limits that criminal law, ethics and the rights and autonomy of patients impose on such measures, as well as what alternatives would exist in the face of antisocial behaviour that would denounce and even predict future dangerousness of the patients and what alternatives would exist in the face of antisocial behaviour, ethics and the rights and autonomy of patients impose on such measures, as well as what alternatives would exist in the face of antisocial behaviour that would denote and even predict future dangerousness of the patients and a risk to themselves and to the society in which they should be integrated.*

Palabras clave: Esquizofrenia; imputabilidad; violencia; enfermedad mental; trastorno mental; medidas de seguridad.

Keywords: *Schizophrenia; imputability; violence; mental illness; mental disorder; security measures.*

Sumario: 1. LA ESQUIZOFRENIA COMO PATOLOGÍA MENTAL. 1.1. Sintomatología y fases. 1.2. Origen, tratamientos y efectos secundarios. 1.3. Comorbilidad, peligrosidad y estigma. 2. LA ESQUIZOFRENIA EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. 3. PLANTEAMIENTOS PREVENTIVOS EN ESQUIZOFRENIA, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LÍMITES LEGALES. 4. OTROS PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS COADYUVANTES; PROPUESTAS DE INTERVENCIÓN Y DE *LEGE FERENDA*. 4.1. Rehabilitación a través de videojuegos, propuesta de reforma del internamiento civil involuntario e implantación de la figura del "tutor amigo". 4.2. Medida de tratamiento ambulatorio involuntario y toma de decisiones compartidas. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA ESQUIZOFRENIA COMO PATOLOGÍA MENTAL

El presente trabajo pretende analizar el abordaje de la esquizofrenia desde un punto de vista jurídico y asistencial, considerando tanto la influencia biológica y médica en el sujeto como la proyección de dicho diagnóstico en el enfermo como parte actuante en sociedad. Se examinará, pues, el enfoque de la enfermedad, los distintos puntos a acometer para su tratamiento y las consecuencias que puede tener en otros sujetos que le rodean, poniendo asimismo de manifiesto las carencias legislativas que entorpecen la implementación de posibles medidas y aportando sugerencias de mejora del actual sistema.

El punto de partida debe de ser la definición de la enfermedad en sí, por lo que, atendiendo a un concepto sencillo de la patología, y según autores como RUIZ IRIONDO, SALABERRIA y ECHEBURÚA, cabe indicar que la esquizofrenia es un trastorno mental grave que implica alteración de percepción, pensamiento, afectos y conducta, combinando síntomas positivos y/o negativos, que puede cla-

sificarse en diversos subtipos y que se considera enfermedad crónica y de curso deteriorante[3], siendo necesario distinguir entre las distintas fases y las posibilidades de recuperación, que variarán en función del devenir de la enfermedad y de las actuaciones que se lleven a cabo. Desde un punto de vista facultativo, según el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, en su versión 5 (en adelante, manual DSM-5, aunque también se encontrará en literatura especializada como DSM-V)[4], la esquizofrenia se encuentra dentro de los trastornos psicóticos, siendo estos clasificados en esquizofrenia, otros trastornos psicóticos y el trastorno esquizotípico de la personalidad, definiéndose por "anomalías en uno o más de los siguientes cinco dominios: delirios, alucinaciones, pensamiento (discurso) desorganizado, comportamiento motor muy desorganizado o anómalo (incluida la catatonía) y síntomas negativos"[5], y tendrá una prevalencia aproximadamente del 0,3 al 0,7%, sin distinción en cuando a raza u origen, aunque esto sí determinará ciertas variaciones[6]. En base a ello, el manual indica las características clave que definen los trastornos psicóticos (delirios, alucinaciones) y analiza distintas patologías relacionadas, de manera que será el diagnóstico diferencial el que delimite una patología de otra y permita perfilar mejor la estrategia a adoptar. Así, se consideran criterios diagnósticos elementos sintomáticos y también temporales[7], pero incidiendo en la prolija serie de síntomas diferentes

---

3 RUIZ IRIONDO, M., SALABERRIA, K, ECHEBURÚA, E. "Análisis y tratamiento psicológico de la esquizofrenia en función de los estadios clínicos", *Actas Españolas de Psiquiatría,* 41 (1), 2013, página 53.

4 Por sus siglas, en inglés, Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, en su versión 5, siendo éste un manual de uso y clasificación de enfermedades mentales con consenso mundial. Se ha contrastado para este trabajo su última versión. ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 5º Edición, 2018.

5 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op.cit. página 87.

6 Aportan datos contrarios GONZÁLEZ HIDALGO, JIMÉNEZ SUÁREZ, MOURIÑO y TUR, que afirmaban que "la esquizofrenia es un síndrome universal, se da en todos los ámbitos geográficos y en todas las razas y culturas, aunque con ligeras variaciones en las tasas de incidencia (de 0,7 a 1,4 por 10.000 de incidencia anual para todas las edades). Incidencia anual en la población general: 1 por 10.000 (entre el 0,1 y el 0,2 por 1.000). España: 0,8 por 10.000 (Vázquez-Barquero, 1995). El riesgo de padecer esquizofrenia antes de los 55 años se ha establecido en un 1%, aproximadamente, para la población general, con ligero predominio en el sexo masculino. Prevalencia puntual: 4 por 1.000 (muy superior a la incidencia al tratarse de una enfermedad crónica). La prevalencia es más alta entre solteros y en grupos de bajo nivel socioeconómico (prevalencia en personas sin hogar: 100 por 1.000). Las tasas de prevalencia entre mujeres y varones son similares. La edad de presentación se sitúa entre los 15 y 35 años (un 50% por debajo de los 25 años), siendo infrecuente después de los 40 años. Es más temprana en los varones (18-25 años) en comparación con las mujeres (23-35 años)." GONZÁLEZ HIDALGO, M., JIMÉNEZ SUÁREZ, O., MOURIÑO, C. y TUR, N., "La esquizofrenia en atención primaria. Identificación y tratamiento", *Revista de la SEMERGEN (Sociedad Española de Médicos de Atención Primaria)*, 26, 2000, página 350.

7 El manual explicita los criterios diagnósticos:
"A Dos (o más) de los síntomas siguientes, cada uno de ellos presente durante una parte significativa de tiempo durante un período de un mes (o menos si se trató con éxito). Al menos uno de ellos ha de ser (1), (2) o (3): 1. Delirios. 2. Alucinaciones. 3. Discurso desorganizado

que pueden darse, sin ser específica e inequívocamente atribuibles desde un primer momento a la esquizofrenia[8].

1.1. Sintomatología y fases

Es importante, por ello, analizar de forma breve los síntomas y las distintas fases, pues arrojarán, como se verá, un posible foco de actuación preventiva[9] que cumpla todos los requerimientos legales hoy vigentes. Así, la mayor parte de los síntomas de la esquizofrenia se clasificarán en positivos y negativos, existiendo hoy día cierto consenso y siendo, según ROMERO ÁLVAREZ y MOLINA MARTÍN, los siguientes:

a) Síntomas positivos, entendidos como "un exceso o una distorsión de las funciones normales que se añaden al estado mental previo a la psicosis". Dentro de

(p. ej., disgregación o incoherencia frecuente). 4. Comportamiento muy desorganizado o catatónico. 5. Síntomas negativos (es decir, expresión emotiva disminuida o abulia).
B. Durante una parte significativa del tiempo desde el inicio del trastorno, el nivel de funcionamiento en uno o más ámbitos principales, como el trabajo, las relaciones interpersonales o el cuidado personal, está muy por debajo del nivel alcanzado antes del inicio (o cuando comienza en la infancia o la adolescencia, fracasa la consecución del nivel esperado de funcionamiento interpersonal, académico o laboral).
C. Los signos continuos del trastorno persisten durante un mínimo de seis meses. Este período de seis meses ha de incluir al menos un mes de síntomas (o menos si se trató con éxito) que cumplan el Criterio A (es decir, síntomas de fase activa) y puede incluir períodos de síntomas prodrómicos o residuales. Durante estos períodos prodrómicos o residuales, los signos del trastorno se pueden manifestar únicamente por síntomas negativos o por dos o más síntomas enumerados en el Criterio A presentes de forma atenuada (p. ej., creencias extrañas, experiencias perceptivas inhabituales).
D. Se han descartado el trastorno esquizoafectivo y el trastorno depresivo o bipolar con características psicóticas porque 1) no se han producido episodios maníacos o depresivos mayores de forma concurrente con los síntomas de fase activa, o 2) si se han producido episodios del estado de ánimo durante los síntomas de fase activa, han estado presentes sólo durante una mínima parte de la duración total de los períodos activo y residual de la enfermedad.
E. El trastorno no se puede atribuir a los efectos fisiológicos de una sustancia (p. ej., una droga o medicamento) o a otra afección médica.
F. Si existen antecedentes de un trastorno del espectro autista o de un trastorno de la comunicación de inicio en la infancia, el diagnóstico adicional de esquizofrenia sólo se hace si los delirios o alucinaciones notables, además de los otros síntomas requeridos para la esquizofrenia, también están presentes durante un mínimo de un mes (o menos si se trató con éxito)." ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op.cit. página 99.

8 Se indica al respecto que "los síntomas característicos de la esquizofrenia comprenden todo un abanico de disfunciones cognitivas, conductuales y emocionales, aunque ningún síntoma concreto es patognomónico del trastorno. El diagnóstico conlleva la identificación de una constelación de signos y síntomas asociados con un deterioro del funcionamiento laboral o social. Los sujetos con este trastorno variarán de manera sustancial en la mayoría de las características, ya que la esquizofrenia es un síndrome clínico heterogéneo." ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op.cit. página 100.

9 De hecho, SOTO NIETO sostiene que "se trata de la psicosis menos unitaria de toda la psiquiatría. Ni en su sintomatología, ni en su esencia y etiología, ni en su curso, hay nada unívoco." SOTO NIETO, F. "Esquizofrenia. Caracterización y consecuencias en el orden penal.", *La Ley digital,* nº 6283, Sección Columna. Ref. La Ley 3458/2005, 2005, página 2.

estos encontraríamos las ideas delirantes, definidas como "una interpretación errónea de la realidad, que provoca que se tengan como verdaderas ideas falsas, con una intensa convicción subjetiva" Se clasificarán a su vez en primarias o secundarias, si tienen carácter endógeno o interior del sujeto o si surgen por procesos psíquicos o consumo e intoxicaciones, teniendo mejor pronóstico éstas últimas porque no se cronifican y pueden ser más fácilmente corregibles. Esto será clave, pues, según la cronicidad e intensidad el paciente gestionará su vida en función de tales creencias falsas que definen como "muchas veces incorregibles e ininfluenciables". Entre dichos delirios se encontrarían los delirios de persecución, perjuicio, influencia, autorreferenciales, celos, grandeza, ruina, religiosos, pleitista e hipocondriacos, de culpa o negación. Los referidos autores apuntan a que los de persecución y los de celos, e incluso los pleitistas, pueden dar lugar a conductas violentas, cuestión que será relevante a efectos de valorar la peligrosidad del sujeto y que diferenciará, a su vez, la conducta predecible con otro tipo de delirios. También habrá alucinaciones de distintos tipos (de cualquier de los cinco sentidos), siendo las auditivas las más frecuentes y que pueden entrañar un pronóstico aún más complicado puesto que el paciente puede oír voces "amenazantes o peyorativas, que conversan entre ellas o comentan continuamente el comportamiento y las acciones del sujeto" y que, si son imperativas, hará que éste se vea "impulsado a cumplir con las órdenes, haciéndolo muchas veces de manera automática, irreflexiva y brutal".

b) Síntomas negativos, esto es, un déficit de facultades normales, entendiendo normales como aquellas previas a la psicosis. Se encontraría: aplanamiento afectivo ("marcada disminución de la expresividad emocional, como inmovilidad de las expresiones faciales, escaso contacto visual y reducción del lenguaje corporal", ligado a su vez a la anhedonia o dificultad de sentir placer), alogia (descenso de fluidez del habla y, consecuentemente, aumento de su pobreza), abulia (falta de motivación para cualquier actividad) y apatía (desinterés por actividades cotidianas).

c) Síntomas desorganizados: síntomas no incluibles en los anteriores pero, según los referidos autores, de "frecuente presencia": Se encontraría el lenguaje desorganizado "(pérdida de asociaciones –perder el hilo–, tangencialidad –respuestas con poca o ninguna relación con el tema de la conversación– o incoherencia –el lenguaje puede llegar a ser incomprensible–", comportamiento desorganizado ("falta de higiene, vestimenta extravagante, desorden o comportamiento inadecuado", muchas veces con origen en las antedichas ideas delirantes) catatonía (puede ser variada: "falta de reactividad y atención al entorno –estupor catatónico–, rigidez y resistencia en la postura –rigidez catatónica–, resistencia activa a las órdenes e intentos de ser movido –negativismo catatónico–, asumir posturas inapropiadas o extrañas –posturas catatónicas– o una actividad motora excesiva sin propósito ni estímulo que la provoque –agitación catatónica–"), ecolalia (pensamiento repetitivo) y ecopraxia (repetición de palabras imitando a otra persona) [10].

10 ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J. d D., "Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018", *Revista Internacional Jurídica y Empresarial*, nº 2, 2019, páginas 83-85.

Este elenco de síntomas variables a su vez no surgirá de forma homogénea y constante, sino que la propia enfermedad podrá presentarse en distintas fases, siendo clave actuar según la fase en que se encuentre el paciente, pues de ello dependerá no solo la medicación a dispensar sino también el pronóstico, las medidas psicosociales y la posibilidad de prevención de conductas antisociales. Atendiendo a la clasificación del referido DSM-5 y a RUIZ IRIONDO, SALABERRÍA y ECHEBURÚA, podríamos clasificar las fases en las siguientes:

a) Fase prodrómica: el paciente puede presentar síntomas inespecíficos, quizá tener un historial familiar de esquizofrenia y observar un descenso a nivel funcional, pero que no se cumplan los criterios diagnósticos de esquizofrenia. Se indica que puede durar sin tratar entre uno y dos años, y se plantea por los referidos autores adelantarse a la transición a la psicosis y evitarla a través de la administración de antipsicóticos en dosis bajas y terapia psicológica[11]. Como se verá, se indica que ésta servirá "para aumentar la conciencia de enfermedad y las estrategias de afrontamiento, reducir el estrés y el riesgo de inicio de otras comorbilidades y aumentar la autoestima", cuestión que será relevante para el abordaje preventivo. Al respecto, el DSM-5 plantea que el inicio puede ser "brusco o insidioso", pero en la mayoría de los pacientes será gradual y lento, siendo la edad de inicio la que determine un peor pronóstico. A su vez, comenzará al inicio de la veintena en varones y a final de ésta en mujeres[12]. Otros autores como GONZÁLEZ HIDALGO, JIMÉNEZ SUÁREZ, MOURIÑO y TUR apuntan a este comienzo como "insidioso", afirmando que es imposible fechar el comienzo al no ser súbito, que en meses o años será evidente la sintomatología y que es la forma más frecuente en países desarrollados, estando asociada a su vez a un peor pronóstico[13].

b) Fase aguda: Aparecen síntomas positivos, de forma "florida" y desorganizados ya de forma grave, indicándose que, a partir de ese momento, los pacientes tienen su primer contacto con los servicios de salud mental, intentando la adherencia al tratamiento, la administración de dosis mínimas y "óptimas" y reducir los efectos adversos (que, como se indicará, son clave en el abandono del tratamiento y las recaídas), incidiendo en añadir "terapias que ayuden al enfermo a aumentar su conciencia de enfermedad y a lidiar con las alucinaciones y delirios"[14].

---

11 RUIZ IRIONDO, M., SALABERRIA, K, ECHEBURÚA, E. "Análisis y tratamiento psicológico de la esquizofrenia en función de los estadios clínicos", op. cit. páginas 55-57.

12 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op. cit. página 102.

13 GONZÁLEZ HIDALGO, M., JIMÉNEZ SUÁREZ, O., MOURIÑO, C. y TUR, N., "La esquizofrenia en atención primaria. Identificación y tratamiento", op. cit. página 351.

14 Al respecto, los referidos autores citan los programas COPE (*Cognitively-oriented psychotherapy for early psychosis*) para mejorar el conocimiento de la enfermedad y la adaptación del paciente, el programa STOPP (*Sistematic Treatment of Persistent Psychosis*) para los delirios, la terapia cognitivo-conductual para la psicosis de Fowler y la terapia de afrontamiento para alucinaciones y delirios de Yusupoff. RUIZ IRIONDO, M., SALABERRIA, K, ECHEBURÚA, E. "Análisis y tratamiento psicológico de la esquizofrenia en función de los estadios clínicos", op. cit. página 56.

c) Fase crítica: pueden darse síntomas positivos entre moderados y graves, síntomas negativos moderados, deterioro cognitivo y aislamiento social, y dicho empeoramiento es lo que impide el retorno a la fase primera o prodrómica. Por ello, se indica que el objetivo será "el cumplimiento del tratamiento para evitar nuevos síntomas y la readaptación social y laboral, evitando recaídas, abandonos y suicidios", siendo la incidencia muy alta en esta etapa. Se complementa con terapias psicológicas orientadas a los síntomas psicóticos como las descritas en la anterior fase, y el resultado puede variar entre la remisión, el mantenimiento o la cronicidad.

d) Fase subcrónica: habrá "numerosas recaídas con presencia de síntomas psicóticos atenuados", y se hará "evidente el deterioro físico y psicológico"[15], por lo que se mantiene el interés de la recuperación ya manifestado, que puede dar lugar a recaídas o a cronicidad, intentando frenar el deterioro, que ya se indica que afecta a todas las esferas del paciente y que puede dar lugar, como también se verá, a recaídas, suicidios, marginación, estigmatización, estrés, rechazo…cuestiones que, sin duda, afectarán a la relación enfermo-sociedad y a sus consecuencias.

e) Fase crónica: diagnosticada tras al menos cinco años desde el inicio de la enfermedad, si se han sucedido varias recaídas, hay una mala evolución general y dificultades para retomar las actividades cotidianas, con presencia de síntomas negativos graves. Los objetivos serían la mejora de la calidad de vida y la consecución de cierto grado de independencia.

1.2. Origen, tratamientos y efectos secundarios

En cuanto al origen e incidencia, cabe indicar que no se conoce con total certeza su causa, que puede ser multicausal, pero ciertos estudios apuntarán al origen genético y ambiental[16] que podría derivar en una cierta alteración en el desarrollo

15 VAN DER TORRE MARTÍNEZ sostiene que "tanto el deterioro cognitivo grave como la anosognosia están bastantes relacionados con una mayor probabilidad de agresividad, peor curso, altos porcentajes de recaídas y disfunciones sociales. Por su parte la agresividad no parece ser muy común; se da con mayor frecuencia en los varones y en aquellos con antecedentes de violencia, impulsividad, consumo de sustancias y negativa o incumplimiento del programa terapéutico. La forma de agresividad puede denotar una alta impulsividad surgida a causa de las alteraciones perceptivas y ser del todo incompresible sin conocer la línea del pensamiento del enfermo." VAN DER TORRE MARTÍNEZ, I., "Propuesta de modelo dual preventivo, basado en un estudio fenomenológico crimino-delictivo y su comparativa, en función de la correspondencia genética de cinco trastonos mentales", *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 259, 2019. página 79, (https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/revista-de-estudios-penitenciarios/Revista_de_estudios_penitenciarios_259_2016_126150491.pdf, consulta:08/10/2024).

16 OBIOLS y VICENS-VILANOVA apuntan primeramente a un importante factor genético, pero indicando que por sí solo no explicaría la incidencia y que se debe hacer referencia a su vez a un factor ambiental. Entre ellos, se apunta a algunos como el mes de nacimiento, partiendo de un incremento en los nacimientos a finales de invierno y primavera, asociando la incidencia a un factor intrauterino, pero desconociendo cuál. (infecciones virales, tratamiento para dichas infecciones, incluso hábitos de apareamiento de los individuos portadores de los genes de

cerebral, así como a determinadas cuestiones relacionadas con nacer a finales del invierno o inicio de la primavera, siendo posible su detección no solo mediante los síntomas antes indicados sino también a través de huellas dactilares o dermatoglifos y a través de la constatación de alteraciones neuroanatómicas[17].

Ante dicho diagnóstico, el tratamiento será vital no solo por la parte estrictamente médica para paliar los síntomas y evitar el pase a otra fase más crítica, sino por sus efectos secundarios que, como se ha indicado, pueden implicar abandono del tratamiento y recaídas, y por la necesidad de complementarlo con tratamiento psicológico y decisiones en el ámbito personal y social de la persona. El tratamiento más extendido es mediante antipsicóticos "típicos" como la clorpromazina o el haloperidol, que mejorarían los síntomas positivos como las alucinaciones o los delirios, pero empeorarían los negativos, o mediante antipsicóticos "atípicos" como la clozapina o la risperidona, que mejorarían, además de los síntomas positivos, los negativos, y reduciría la aparición de determinados síndromes. La administración puede ser en preparaciones llamadas "de depósito", de larga duración, que libera-

riesgo). También se refieren como posibles causas a la "urbanicidad" y a la malnutrición maternal, refiriendo incluso un experimento tras la Segunda Guerra Mundial en el que se siguió a los individuos que habían sido gestados durante un periodo de hambruna, a alteraciones en los dermatoglifos neuropsicológicas o motoras. OBIOLS, J.E. y VICENS-VILANOVA, J., "Etiología y signos de riesgo en la esquizofrenia", *International Journal of Psychology and Psychological Therapy,* vol. 3, nº 2, 2003, páginas 236-243.

Resulta llamativo, a la hora de analizar el nivel de investigación alcanzado y la imprevisibilidad de las distintas variables que confluyen, lo expresado por LAVERDE-SUDUPE y GIRALDO SERNA: "La etiología de la esquizofrenia no está totalmente dilucidada. Se conocen más de 100 diferentes loci de genes relacionados con esquizofrenia, la mayoría de los cuales codifican moléculas asociados a los sistemas de neurotransmisores o al neurodesarrollo. Las primeras abarcan receptores de los neurotransmisores como dopamina, GABA o glutamato y de otros neurotransmisores con menor relación, como la serotonina y la acetilcolina. También están implicadas diversas enzimas relacionadas con el metabolismo, cotrans- portadores y algunas proteínas intracelulares involucradas en la degradación o síntesis de dichos neurotransmisores. Entre las moléculas que intervienen en el neurodesarrollo están los factores neurotróficos (BDNF, DISC1, NRG1) y las proteínas del complemento C3 y C4, que median la respuesta inflamatoria y la poda sináptica durante el desarrollo temprano. Los productos de la producción genética involucrados en la etiología de la esquizofrenia aportan a la vulnerabilidad selectiva o al proceso de lesión que se instaura o progresa en el paciente, por tanto, su estudio es de relevancia para la comprensión de los fenómenos clínicos propios de la enfermedad." LAVERDE-SUDUPE, N., GIRALDO- SERNA, A.L. y BECERRA, L.V. "Mecanismos moleculares de la esquizofrenia.", *Revista de la Escuela de Ciencias de la salud de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medicina UPB),* 42(2), 2023, página 44.

17 Si bien no tienen suficiente valor diagnóstico, se han constatado en resonancias magnéticas y tomografías ciertas anomalías estructurales (dilatación de ventrículos cerebrales, ensanchamiento de surcos y cisuras, hipoplasia cerebral, sobre todo frontal, anomalías en las conexiones y circuitos neuronales entre los lóbulos frontotemporales...entre otras). Los mismos autores hablan de posible factores ambientales (factores infecciosos o complicaciones obstétricas), factores psicológicos (alteración de procesamiento de información, personalidad premórbida), vulnerabilidad psicológica (déficit en capacidad neuropsicológica para tratar el estrés, déficit en procesamiento de información, insuficiencia cognitiva del sistema atencional supervisor) y factores psicosociales (acontecimientos vitales estresantes, papel de la familia en el desencadenamiento y evolución de la enfermedad). GONZÁLEZ HIDALGO, M., JIMÉNEZ SUÁREZ, O., MOURIÑO, C. y TUR, N., "La esquizofrenia en atención primaria. Identificación y tratamiento", op. cit. página 351.

rían progresivamente el principio activo, facilitando más control de cumplimiento terapéutico, aspecto importante dada a veces la escasa conciencia de enfermedad, y una mayor integración social del paciente al reducir las visitas[18] o incluso estancias en centro psiquiátrico[19].

No obstante, los severos efectos secundarios adversos de esta medicación deben de ser tenidos en consideración, tales como, en los antipsicóticos de primera generación, aumento de peso, impotencia, taquicardias, diversos problemas en la vista, parkinsonismo, distonía, acatisia y discinesia tardía en grado variable e incremento de la concentración de prolactina sérica[20] y, en los de segunda generación, ganancia de peso, dislipemia, hiperglucemia, diabetes mellitus, alargamiento del intervalo QTc y posibles complicaciones cardiovasculares secundarias y síndrome metabólico, cuestiones que se han asociado con mayor tasa de abandono del tratamiento y, a su vez, con mayor probabilidad de recaídas en forma de brotes.

1.3. Comorbilidad[21], peligrosidad y estigma

Otras cuestiones de suma importancia en relación con la enfermedad y su abordaje global son la comorbilidad (presencia de dos o más enfermedades asociadas e incluso interactuantes) y la peligrosidad asociada al diagnóstico: en cuanto a la primera, resulta muy frecuente el consumo de tóxicos, siendo el tabaco el más frecuente y dando lugar a la llamada "esquizofrenia dual". El citado DSM-5, al respecto, indica que "más de la mitad de los individuos con esquizofrenia tiene un trastorno por consumo de tabaco y fuman cigarrillos de manera habitual. Cada vez se reconoce más la comorbilidad con los trastornos de ansiedad en la esquizofrenia. Las tasas de trastorno obsesivo-compulsivo y de trastorno de pánico son elevadas en los individuos con esquizofrenia en comparación con la población

18 ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J. d D., "Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018" op. cit. página 90.

19 Asimismo, la Guía Práctica Clínica para el tratamiento de la esquizofrenia en centros de salud mental plantea como recomendaciones: tratar el primer episodio esquizofrénico con la mayor precocidad posible, observar y documentar detalladamente los signos, síntomas y la evolución para tratar de diferenciarlos de otros trastornos (esquizoafectivo, esquizofreniforme, bipolar...), pautar como primera elección los fármacos antipsicóticos atípicos como amisulpride, quetiapina, risperidona y olanzapina, aripiprazol y ziprasidona para los primeros episodios de esquizofrenia. (NICE), siendo dicha pauta en la dosis mínima eficaz, y continuar mínimo un año de tratamiento de dicha medicación para los pacientes en remisión completa de un primer episodio. En todo caso, dicho documento pautará distintas recomendaciones en otras fases que tendrán como objetivos, entre otros, "reducir al mínimo el estrés sufrido por el paciente" y evitar la llamada neuroleptización rápida. SERVICIO MURCIANO DE SALUD, SUBDIRECCIÓN DE SALUD MENTAL, *Guía Práctica Clínica para el tratamiento de la esquizofrenia en centros de salud mental.*, Murcia, 2009, páginas 16-17.

20 TAJIMA, K, FERNÁNDEZ, H., LÓPEZ-IBOR, J.J., CARRASCO, J.L., DÍAZ-MARSÁ, M. "Tratamientos para la esquizofrenia. Revisión crítica sobre la farmacología y mecanismos de acción de los antipsicóticos", *Revista Actas Españolas de Psiquiatría,* 37 (6), 2009, páginas 331 y 334.

21 Véase nota al pie 2.

general. El trastorno de la personalidad esquizotípica o paranoide a veces puede preceder al inicio de una esquizofrenia" [22]. Asimismo, los citados efectos adversos, unidos a la falta de concienciación y motivación del paciente, podrían originar la comorbilidad médica general de estos pacientes: "el escaso compromiso para realizar conductas dirigidas a mantener la salud (p. ej., cribado para el cáncer, ejercicio físico) aumenta el riesgo de presentar enfermedades crónicas, pero también pueden intervenir otros factores asociados al trastorno, como la medicación, el estilo de vida, fumar cigarrillos y la dieta. Podría haber una vulnerabilidad compartida para la psicosis y los trastornos médicos que explicaría parte de la comorbilidad médica de la esquizofrenia"[23].

No solo serán estas las patologías concurrentes más frecuentes, puesto que muchos individuos también son diagnosticados de otros trastornos mentales[24], pero una problemática frecuente es la del consumo de drogas, siendo esto altamente peligroso por la capacidad de la propia droga de precipitar determinados cuadros psicóticos y de dificultar el diagnóstico diferencial entre los síntomas propios de la esquizofrenia y los causados por la propia droga[25].Así, si bien los datos no son unánimes ni estáticos, se plantea una comorbilidad de la esquizofrenia con distintas patologías:

---

22 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op.cit. página 105.

23 *Ibidem*

24 Como trastorno de ansiedad, trastorno depresivo. (ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op.cit. página 110.)

25 GONZÁLEZ HIDALGO, M., JIMÉNEZ SUÁREZ, O., MOURIÑO, C. y TUR, N. sostienen que "el principal problema con el abuso de sustancias es su alta prevalencia entre pacientes esquizofrénicos, quienes consumen alcohol o drogas hasta tres veces más que otros jóvenes de la misma edad. Esta alta comorbilidad se ha tratado de explicar tanto por la capacidad de estas drogas de precipitar el cuadro psicótico (hipótesis de la vulnerabilidad) como por su capacidad de compensar ciertos síntomas de la enfermedad y de los efectos secundarios de los psicofármacos (hipótesis de la automedicación). En cualquier caso, las sustancias psicoactivas más comunes en primeros episodios de esquizofrenia son alcohol, cannabis, estimulantes (cocaína y anfetaminas) y drogas sintéticas diversas, las cuales pueden provocar, tanto durante su consumo como durante su abstinencia, la mayor parte de los síntomas psicóticos, tanto positivos como negativos, lo que dificulta enormemente el diagnóstico diferencial". GONZÁLEZ HIDALGO, M., JIMÉNEZ SUÁREZ, O., MOURIÑO, C. y TUR, N., "La esquizofrenia en atención primaria. Identificación y tratamiento", op. cit. página 353.
Según ROMERO ÁLVAREZ y MOLINA MARTÍN, la coexistencia entre la esquizofrenia y el abuso de sustancias oscila entre el 25 y el 58%, consumiendo principalmente tabaco, frente al que presentan dependencia intensa, cannabis y cocaína. Esta alta tasa de comorbilidad se ha pretendido explicar ateniendo a modelos comunes (factores de riesgo o vulnerabilidades compartidas por la esquizofrenia y la adicción a sustancias) o a modelos de adicción secundaria, existiendo tres teorías: el modelo de automedicación (el paciente no consume sustancias al azar, sino las que mejor le alivian los síntomas del trastorno mental), modelo de alivio de la disforia (los pacientes esquizofrénicos serían propensos a sufrir experiencias disfóricas y también al consumo de sustancias psicoactivas, siendo el consumo un intento por aliviar las primeras) y modelo de múltiples factores de riesgo (tales como aislamiento social, fracaso escolar, pobreza, falta de actividades, habilidades interpersonales y cognitivas pobres, entre otros). ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J.d D., "Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018" op. cit. página 92.

Tabla 1. Elaboración propia.

Diagnóstico	Prevalencia
Trastorno de Pánico	15%
Trastorno de estrés postraumático	29%
Trastorno obsesivo-compulsivo	23%
Trastorno depresivo	50%
Uso de sustancias	47%

Fuente: Rosel Vales, M[26]

La segunda cuestión, qué duda cabe que de gran relevancia para el Derecho penal, sería la peligrosidad de los pacientes, planteándose, en consecuencia, si el propio diagnóstico es predictivo de violencia o, por el contrario, el paciente puede sustraerse de la misma y controlar su comportamiento: al respecto, la literatura científica confirma dificultades en la modulación del comportamiento, entre otras[27], y constata cierta peligrosidad, pero no hay unanimidad: el DSM-5 más actualizado manifiesta que "la hostilidad y la agresión pueden asociarse a la esquizofrenia, aunque las agresiones espontáneas o inesperadas son poco comunes. La agresión es más frecuente en los varones jóvenes y en los individuos con antecedentes de violencia, falta de cumplimiento terapéutico, abuso de sustancias e impulsividad. Debe señalarse que la gran mayoría de las personas con esquizofrenia no son agresivas y son víctimas con más frecuencia que los individuos de la población general", planteando un perfil no de agresor sino incluso de víctima, fruto de su vulnerabilidad psicológica[28].

---

26 No hay unanimidad en las comorbilidades de la esquizofrenia y otros factores, pero los datos parecen arrojar cierto consenso en el cuadro expuesto. ROSEL VALES, M., "Comorbilidades en la esquizofrenia", *Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Múñiz.* (https://infopsicosis.org/comorbilidad-con-otros-trastornos-psiquiatricos/ consulta 09/10/2024).
Otros, como GONZÁLEZ PABLOS apuntan sin especificar porcentaje de incidencia a "abuso de sustancias, depresión, trastornos de ansiedad, síntomas obsesivo-compulsivos, agresión y violencia, trastornos de personalidad esquizotípicos, esquizoides o paranoides al inicio, en algunos casos". GONZÁLEZ PABLOS, E., "Comorbilidad en la esquizofrenia", *Informaciones psiquiátricas,* tercer trimestre 2009, nº 197. (https://www.researchgate.net/publication/321197412_COMORBILIDAD_EN_ESQUIZOFRENIA#fullTextFileContent consulta 09/10/2024)
RONCERO, MATALÍ y YELMO indican que "más del 75% de los esquizofrénicos fuman tabaco, el 30-50% cumplen criterios de abuso/dependencia de alcohol, el 15-25% consumen cannabis y el 5-10% cocaína". RONCERO, C., MATALÍ, J. y YELMO, S., "Paciente psicótico y consumo de sustancias: patología dual", *Trastornos adictivos,* 8 (1), 2006 (https://www.elsevier.es/es-revista-trastornos-adictivos-182-pdf-13087266 consulta 09/10/2024).

27 HERLYN habla de "dificultad en la representación y mantenimiento de objetivos, dificultades atencionales, en focalizar y mantener la atención, en evaluación de funciones, en monitorización de tareas, en priorización, en modulación del comportamiento, en resolución de problemas, entre otros." HERLYN, S. *Tratamiento de la esquizofrenia.* Facultad de psicología de Universidad de Buenos Aires. (https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/616_psicofarmacologia/material/tratamiento_farmaco_esquizofrenia.pdf, consulta: 08/10/2024).

28 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*…op. cit. página 101.

En la misma línea, ESBEC y ECHEBURÚA afirman que, si bien deben efectuarse más estudios al respecto, las conductas violentas en el DSM-5 estarán más asociadas a emocionalidades negativas y menos a esquizotipias, encontrándose una mayor prevalencia en trastornos límite, trastornos antisociales y abusos de drogas[29]. En concordancia con ello, afirman que "los esquizoides no son violentos, pero pueden tener graves explosiones de cólera si se les invade su espacio personal o se les molesta" y que "con frecuencia hay una ausencia de precipitantes externos claros, por lo que las agresiones, al responder al mundo imaginario del sujeto, son inesperadas y, en consecuencia, no predecibles. Se trata de individuos con muy baja autoestima y con graves dificultades en las relaciones interpersonales. Al estar resentidos con la sociedad, presentan emociones negativas de ira o venganza. Su aislamiento y ausencia de habilidades sociales generan rechazo, lo que precipita el acto violento, que puede ser aislado, en serie o en masa", planteando los autores que, al carecer de planificación, es difícilmente predecible, y que las víctimas son frecuentemente personas conocidas por el propio enfermo. No obstante, su conclusión es que "solo una pequeña parte de la violencia es enfermos mentales que, más que actores, tienden a ser víctimas de la violencia en función de su grado de indefensión. Los verdaderos protagonistas de las conductas destructivas no son producto de la locura, sino consecuencia de la marginación y de la maldad", apuntando al abuso de alcohol y drogas como "cóctel explosivo con los trastornos de personalidad y parafilias"[30]. También ROMERO MARTÍNEZ considera que habrá un mayor riesgo de sufrir un brote violento o un estado de agitación en caso de paciente esquizofrénico, pero que no debe equipararse a una relación directa con la violencia y en particular con el homicidio, puesto que otros trastornos mentales, como los de personalidad (trastorno antisocial, trastorno límite, trastorno narcisista, entre ellos) o los del estado de ánimo (la depresión y trastorno bipolar, entre otros) cursan con un incremento del riesgo de cometer actos violentos[31], y

---

29 DUMAIS, POTVIN, JOYAL y otros encuentran en su estudio una correlación, en ciertos subgrupos de trastornos del espectro esquizofrénico, entre trastorno por consumo de sustancias y violencia grave y entre encarcelamiento, esquizofrenia y violencia grave. DUMAIS, A., POTVIN, S., JOYAL, C. et al, "Esquizofrenia y violencia grave. Un análisis del perfil clínico que incorpora la impulsividad y los trastornos de consumo de sustancias" *Psiquiatría biológica: publicación oficial de la Sociedad Española de Psiquiatría Biológica.*Vol. 19, nº 3, 2012. Páginas 65-68. Cabe destacar también el metaanálisis efectuado por RUND, que vincula sólidamente abuso de sustancias, esquizofrenia y violencia, sin obviar factores como la impulsividad, psicopatía, velocidad motora y cognición. RUND, B.R., "A review of factors associated with severe violence in schizophrenia", *Nordic Journal of Psychiatry,* vol. 72, 2018.

30 ESBEC, E. y ECHEBURÚA, E. "Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses", *Actas Españolas de Psiquiatría*, 38 (5), 2010, páginas 252-253 y 259.
En este sentido, y desde una perspectiva profana de la materia, me atrevería a plantear la problemática de que la violencia por consumo y la provocada por esquizofrenia se equiparan, dada la comorbilidad existente, y esa falta de delimitación provoca aún mayor prejuicio y estigma con el enfermo y mayores dificultades a la hora de pautar tratamientos y medidas eficaces.

31 ROMERO MARTÍNEZ, A. "¿Existe una relación entre la esquizofrenia y la violencia y los homicidios?", *Ars Medica, revista de ciencias médicas*. Vol 47, nº 1, 2022, cit. pág. 60.
De hecho, destaca en este sentido MONAHAN y otros, que afirman que los factores que más se podían relacionar con la violencia eran, entre otros, haber sufrido maltrato físico durante la infancia, abuso de sustancias, alucinaciones auditivas de pérdida de control interno…siendo

FULLAM y DOLAN constatan una correlación entre la comisión de delitos violentos y los rasgos psicopáticos comórbidos en pacientes de esquizofrenia, afirmando asimismo que, puesto que la psicopatía estaba asociada a puntuaciones más altas de grandiosidad y hostilidad, podría trabajarse sobre la hipótesis de que algunos síntomas atribuidos a la esquizofrenia tendrían realmente sus raíces en la patología de la personalidad y no en la esquizofrenia *per se*[32].

En un sentido similar se expresan ARBACH y PUEYO, quienes afirman que la creencia de peligrosidad como sinónimo de enfermedad mental sería una simplificación teórica y fruto más bien del aumento de la conciencia e información y no del incremento de la violencia en sí misma, apuntando incluso a una "enorme difusión mediática" que reflejaría "la excepcionalidad", considerando que "es más frecuente que los enfermos mentales sean víctimas de la violencia que autores de la misma (Stuart, 2003) realidad ésta poco recogida en los medios de información"[33].

---

los predictores más robustos el diagnóstico de trastorno de la personalidad antisocial, el abuso de alcohol o drogas y altas tasas de ira. MONAHAN, J., STEADMAN, H. J., SILVER E., ET AL "Rethinking Risk Assessment: the MacArthur Study of Mental Disorder and Violence." New York: Oxford University Press, 2001.

32 FULLAM, R. y DOLAN, M. "The criminal and personality profile of patients with schizophrenia and comorbid psychopathic traits." *Personality and Individual Differences, 40*(8)l, 2006. 1591–1602. https://doi.org/10.1016/j.paid.2006.01.003

33 Afirman que "La creencia de que el trastorno mental es la base de la peligrosidad de ciertos delincuentes y la razón de muchos actos violentos (por ejemplo, de agresiones sexuales, de violencia doméstica o de pareja) está muy extendida en la opinión pública y aparece como un justificante causal de numerosos delitos violentos. Sin embargo, el uso del factor enfermedad mental como concepto clarificador y explicativo de una conducta tan compleja como es la acción violenta no deja de ser una simplificación teóricamente arriesgada, aún más si el argumento sirve para guiar la acción profesional. Según Mullen, Burgess, Wallace, Palmer y Ruschena (2000) la creciente atención sobre las conductas delictivas y violentas de las personas con esquizofrenia y otros trastornos mentales severos tiene más que ver con una mayor conciencia de estos fenómenos que con un incremento objetivo de tales conductas, es decir que esta atención no se fundamenta en un incremento de la conducta violenta en los enfermos mentales. La esquizofrenia, especialmente la de tipo paranoide, fue el único trastorno mental asociado con un riesgo incrementado de conducta violenta en ambos sexos (Brennan, Mednick y Hodgins, 2000). Aunque este hallazgo puede sugerir que los síntomas paranoides juegan un rol en el riesgo de violencia, es importante notar que la bibliografía sobre el tema no es totalmente concluyente (Brennan y Alden, 2006)." Asimismo, afirmaban que "la prevalencia de violencia en quienes cumplían criterios para esquizofrenia, depresión mayor o trastorno bipolar era notablemente similar (entre el 11 y el 12.7%) y finalmente, la prevalencia en aquellos con un diagnóstico de alcoholismo o abuso de drogas era entre 12 y 16 veces mayor que en las personas sin diagnóstico. Ser hombre, joven, de clase social baja, con trastorno mental grave y abuso de sustancias fueron los mejores predictores demográficos y clínicos de la violencia." Esto es, se evidencia un riesgo mayor de violencia, pero debe ser reconsiderado, pues no se aprecia que sea significativamente mayor por tratarse de trastornos mentales, sino que "comparado con la magnitud del riesgo de violencia asociado a los trastornos por abuso de sustancias o a los trastornos de personalidad, el riesgo asociado con los trastornos mentales severos es moderado y comparable a factores sociodemográficos tales como ser joven, de sexo masculino y el bajo nivel educativo, y además parece estar ligado a constelaciones sintomáticas particulares." ARBACH, K y PUEYO, A.A., "Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20/ *Violence Risk Assessment in Mental Disorders with the HCR-20*", *Papeles del Psicólogo,* vol. 28(3), 2007, páginas 178-179.

Igualmente, PUEYO y REDONDO ILLESCAS, refiriendo el "falso positivo" consistente en identificar la peligrosidad de un sujeto que no volverá a comportarse violentamente en el futuro[34], y ESBEC, valorando la existencia de violencia, pero en menor grado de lo que parece expresar el estigma o los medios de comunicación y, según dicho autor, previsible a través de las señales de alerta, que permiten tomar medidas (apuntando como tal al internamiento civil involuntario)[35]. En el mismo sentido, VÁSQUEZ ROCCA, por entender que, por la cobertura de los medios de comunicación "esta psiquiatrización del crimen ha dado origen al mito del paciente mental peligroso" y que "aunque no hay ninguna evidencia de que los llamados pacientes psiquiátricos son más peligrosos que los normales (la situación actual apunta más bien a todo lo contrario), el mito del paciente mental peligroso se resiste a morir", incidiendo, como se verá, en posibles medidas a adoptar y en que este enfoque es una "cortina de humo para toda una serie de problemas económicos, existenciales, morales y políticos que, estrictamente hablando, no requieren terapias médicas sino alternativas económicas, existenciales, morales y políticas"[36].

---

34 Manifiestan que "la creencia de que la "peligrosidad" es la causa de la conducta violenta ha mantenido entre los profesionales una cierta quimera según la cual, si se "acertaba" en la identificación de este atributo, se garantizaba la seguridad y la prevención de la reincidencia violenta. En ciertos casos así ha sido, pero en muchos otros casos se han cometido errores y estos son de dos tipos. El más grave, se llama falso negativo y es el que se produce cuando se rechaza la presencia de peligrosidad en el sujeto y éste vuelve a cometer un acto violento. El otro tipo de error que se comete es el llamado falso positivo y consiste en identificar la presencia de peligrosidad en un sujeto que, sin embargo, no vuelve a comportarse violentamente en el futuro. PUEYO, A.A. y REDONDO ILLESCAS, S., "Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", *Papeles del psicólogo,* vol. 28 (3), 2007, página 163.

35 Apunta a que "la doctrina criminológica es unánime en reconocer que el pronóstico de la peligrosidad del sujeto, más aún del tipo pre-delictual, es sumamente arbitrario puesto que no se estructura en datos objetivos de orden científico, ni se deriva de un análisis probabilística (sic) riguroso. La valoración de la peligrosidad queda con frecuencia a merced de elementos subjetivos de carácter intuitivo-ideológico, por lo que se ha dicho que constituye un factor de inseguridad jurídica para la población. Más aún, equiparar enfermedad mental y peligrosidad criminal, constituye una tentación histórica estadísticamente injustificada, sin base empírica suficiente. La persona que padece enfermedad mental, el paciente psicótico, especialmente en caso de delirios persecutorios o de perjuicio, presenta un elevado riesgo de conducta violenta, pero a nivel global, estos graves trastornos actualmente solo explican un porcentaje muy discreto de criminalidad (más previsible) que tienen como condicionantes esenciales los trastornos de la personalidad (especialmente antisocial), el consumo de drogas psicoactivas y la problemática social. (…) (…) La persona con enfermedad mental no suele ser imprevisible, debiendo la sociedad estar alerta ante las conductas, signos o síntomas premonitorios (que no deben ser desoídos o minimizados) y tomar las medidas oportunas, concretamente el internamiento civil involuntario que está regido por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". ESBEC RODRÍGUEZ, E. "Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica.", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, nº 2, 2003, páginas 46-47.

36 VÁSQUEZ ROCCA, A. "Antipsiquiatría. Deconstrucción del concepto de enfermedad mental y crítica de la "razón psiquiátrica".", *Nomads. Mediterranean Perspectives. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas,* 31, 2011, páginas. 11- 12.
En el mismo sentido POZUECO, MORENO, GARCÍA y BLÁZQUEZ, que sostienen que "los enfermos que cometen actos criminales, como un síntoma más de su propia enfermedad

ROMERO ÁLVAREZ y MOLINA MARTÍN, por el contrario, mantienen una postura intermedia, reconociendo la baja peligrosidad de los pacientes siempre que se cumplan requisitos como el control farmacológico y la abstinencia de consumo de drogas[37], línea compartida con HEREDIA MARTÍNEZ, quien afirma que "toda persona peligrosa no sufre un trastorno mental, que todo enfermo mental no es *ipso facto* una persona peligrosa y sobre todo que el estado de peligrosidad no constituye necesariamente un estado permanente"[38] y con LÓPEZ MARTÍNEZ, quien

---

mental, son, sin duda, los menos numerosos de los grupos criminales, aunque puedan ser los más espectaculares, considerando que, desde el punto de vista psiquiátrico, no son propiamente enfermos mentales ni los neuróticos ni los psicópatas. Este criterio choca muchas veces al profano, al que le cuesta entender cómo un criminal que ha realizado a veces hechos tan desquiciados no sean "locos", utilizando el vocablo coloquial, aun cuando padecen de trastornos emocionales o de personalidad y aunque, como vemos en el resto del estudio de las conductas desviadas, éstas pueden depender de diversas motivaciones y circunstancias no del todo normales". POZUECO, J. M., MORENO, J. M., GARCÍA, M. E. y BLÁZQUEZ, M., "Psicopatología, crimen violento, cine y realidad: desmontando mitos sobre psicópatas y psicóticos", *Revista Criminalidad,* 57 (2), 2015, página 248.

37 Plantean que "ninguna variable por sí misma puede explicar este tipo de conductas en los pacientes esquizofrénicos. Cada persona es un cúmulo de síntomas e historias vitales particulares que interacciona con un entorno social concreto" y que "en general, los esquizofrénicos no son más violentos que el resto de la población, siempre que estén controlados farmacológicamente, que no hayan sido dados de alta recientemente, que tengan una buena adherencia al tratamiento y que no consuman drogas (Arbach y Pueyo, 2007; Echeburúa y Loinaz, 2011; Esbec, 2005). Sin embargo, un importante porcentaje no recibe tratamiento adecuado, abandona la medicación, la toma de forma irregular o consume sustancias psicoactivas (Esbec y Echeburúa, 2016). A pesar de ello, es más probable que se hagan daño a sí mismos. El 10 % acaban suicidándose, porcentaje que se cuadruplica si existe abandono de medicación (Arseneault, Moffit, Caspi, Taylor y Silva, 2000). La violencia, en caso de llegar a producirse, lo hace en entornos endonucleares y sin histo- ria previa (sin conflictos anteriores con la víctima). Según la revisión llevada a cabo por Joyal, Putkonen, Paavola y Tiihonen (2004), entre el 50 % y 60 % de los agredidos son miembros de la familia, mientras que solo del 12 % al 16 % son desconocidos para el agresor, aunque este último porcentaje se eleva en casos de pacientes varones, adictos a las drogas y emancipados. Fazel, Gulati, Linsell, Geddes y Grann (2009) realizaron un metaanálisis comparando el riesgo de comisión de delitos violentos entre esquizofrénicos y la población general, poniendo especial atención en aquellos casos de comorbilidad entre el trastorno mental y la adicción a sustancias. Se tuvieron en cuenta los delitos de homicidio, agresiones, robo, incendio, agresión sexual, amenazas e intimidaciones. De las personas esquizofrénicas, entre el 12 % y el 13 % habían sido condenadas alguna vez por alguno de estos delitos frente al 5-8 % del grupo de control. Sin embargo, al analizar por separado a esquizofrénicos con y sin trastor- nos de adicción a sustancias, se obtuvo que el 27,6 % de aquellos que eran adictos habían cometido un delito grave en algún momento, mientras que solo el 8,5 % de los no adictos lo había hecho." ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J.d D., "Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018" op. cit. página 95.

38 Apunta a que "los esquizofrénicos no deben ser considerados como peligrosos. El consumo, el abuso o la dependencia a las sustancias tóxicas, en particular el alcohol (patología dual) son los que aumentan el riesgo del paso al acto criminal en el paciente esquizofrénico En relación a los factores de riesgo de comisión de un delito de homicidio y/o asesinato, en un paciente esquizofrénico existen diversos factores de riesgo, que pueden clasificarse en función de la propia enfermedad y su evolución o de otros factores asociados, o la propia psicobiografía del paciente. Son: trastornos de conducta en la adolescencia, antecedentes de criminalidad, primer episodio de psicosis, asistencia psiquiátrica inadecuada, hospitalizaciones, comorbilidad con consumo de alcohol y drogas y aspectos medico sociales." HEREDIA MARTÍNEZ, F.,

sí consideró que la esquizofrenia, en particular la paranoide, es el único trastorno mental asociado con riesgo incrementado de conducta en ambos sexos, pero constató que el riesgo de violencia se daba de forma "muy discreta", asociando el incremento más importante a la comorbilidad antes comentada[39]. Dicha autora, asimismo, entendió que la falta de conciencia –autoconciencia– de la enfermedad provocaría el abandono del tratamiento y, eso sí, tal abandono sí se traduciría en un incremento del riesgo de violencia[40], riesgo que sí se podría predecir con gran valor predictivos por los ingresos u hospitalizaciones previas del sujeto.

Cabe destacar al respecto la postura de WALLACE y otros, pues, aunque se reconoce un riesgo alto de violencia en ciertas ocasiones, realmente cuantifica el riesgo de cometer un homicidio en 1 sobre 150, indicando que la violencia grave no es tan común como parecería pensar, y que serían los pequeños actos de violencia menor los que resultan más frecuentes, pero en el contexto de consumo de sustancias o personalidad, no por la enfermedad en sí misma[41], en la misma línea que SWANSON y otros, quienes afirman que la agresividad en pacientes esquizofrénicos vendría dada más por el desarrollo premórbido, con problemas de conducta en la infancia, y por la situación social, por problemas convivenciales[42], que por el curso de la enfermedad, y que, si bien la sintomatología positiva (suspicacia, alucinaciones, grandiosidad, hostilidad..) implicaría un incremento del riesgo, la sintomatología negativa (aislamiento, dificultad de pensamiento abstracto…) dis-

"Esquizofrenia y riesgo de homicidio. Una perspectiva europea", *La Ley digital*, 110, 2014, páginas 9-10.

39 Afirma que "con los casos que se diagnosticaron en el espectro de la esquizofrenia ocurría una situación intermedia: globalmente presentaban conductas violentas con una frecuencia cuatro veces superior a la de la población sin diagnóstico psiquiátrico, pero ese nivel de riesgo se reducía de manera muy importante si no había un problema de comorbilidad asociada (generalmente de abuso de sustancias, pero también de otros problemas psiquiátricos, quizás indicando una situación de mal control clínico)" poniendo como ejemplo un estudio de Nueva Zelanda en el que el riesgo por dicha comorbilidad era significativamente superior: "Los individuos con dependencia del alcohol, marihuana y trastornos del espectro esquizofrénico presentaron un riesgo de conductas violentas 1,9, 3,8 y 2,5 veces superior, respectivamente." LÓPEZ MARTÍNEZ, M.P., *Internados Psiquiátricos por Razón Penal: Análisis Clínico y Forense de los Patrones de Respuesta.* Tesis doctoral. Universidad de Murcia. Facultad de Derecho. 2015, páginas 137 y 140.

40 LÓPEZ MARTÍNEZ, M.P., *Internados Psiquiátricos por Razón Penal: Análisis Clínico y Forense de los Patrones de Respuesta,* op. cit. página 351.
En el mismo sentido, TABORDA ZAPATA, E., MONTOYA GONZÁLEZ, L.E., GÓMEZ SIERRA, N.M., ARTEAGA MORLES, L.M. y CORREA RICO, O.A., "Manejo integral del paciente con esquizofrenia: más allá de los psicofármacos", Revista Colombiana de Psiquiatría, 45 (2), 2016, página 120.

41 WALLACE, C., MULLEN, P.E. Y BURGESS, P. "Criminal Offending in Schizophrenia Over a 25-Year Period Marked by Deinstitutionalization and Increasing Prevalence of Comorbid Substance Use Disorders." *The American Journal of Psychiatry*, 161, 2004, páginas 716-727.

42 SHORT, THOMAS, MULLEN y otro inciden en que dichos incidentes de violencia familiar se presentarían con mayor frecuencia en mujeres con esquizofrenia. SHORT, T., THOMAS, S., MULLEN, P., OGLOFF, J.R.P., "Comparing violence in schizophrenia patients with and without comorbid substance-use disorders to community controls." *Acta Psychiatrica Scandinavica,* Vol. 128, nº 4, 2013. Páginas 306-313. https://doi.org/10.1111/acps.12066.

minuiría dicho riesgo, ya que para cometer actos violentos se requeriría cierto nivel de activación y contacto social que no estaría presente en pacientes con sintomatología negativa[43]-[44].

Este enfoque sobre la visión relativa y multifactorial[45] de la peligrosidad debería hacer al lector o lectora repensar su postura sobre la misma, y plantearse si no existe condicionamiento, prejuicio o estigma con respecto al enfermo esquizofrénico. En este sentido, ROMERO ÁLVAREZ y MOLINA MARTÍN entienden que sí hay tal estigma y responsabiliza a los medios de comunicación y consideran que la estigmatización lleva al acoso y a otras formas de victimización del propio enfermo mental, evidenciando estudios que habían constatado que eran los enfermos las víctimas de puñetazos, estrangulamientos y amenazas con armas[46]. Esta postura es

43 SWANSON, J. W., SWARTZ, M. S., VAN DORN, R. A., ET AL, "A national study of violent behaviour in persons with schizophrenia." *Archives of General Psychiatry,* 63, 2006, páginas 490–499.

44 Se da la paradoja, según FAZEL, GULATI y otros, de que, si se compara la conducta agresiva y la frecuencia de delitos en pacientes con esquizofrenia y otras enfermedades mentales graves, sobre todo los referidos trastornos de la personalidad, se constata que la enfermedad actuaría como factor protector de la persistencia o continuación de dichos actos. FAZEL, S., GULATI, G., LINSELL, L., GEDDES, J.R., GRANN, M. "Schizophrenia and Violence: Systematic Review and Meta-Analysis". *PLoS Med* 6(8), 2009: e1000120. doi: 10.1371/journal.pmed.1000120

45 Destaca, al respecto, el trabajo de revisión de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ y FUENTE DÍEZ, que manifestarían que "queda patente que la conducta violenta en el paciente esquizofrénico tiene una causa multifactorial que es preciso definir en cada caso. No hay factores únicos que expliquen la violencia en esquizofrenia, sino que la conducta violenta ocurre en un sistema socio-ecológico, incluyendo el paciente con una particular historia de vida y estado de salud en un particular entorno social. (…) (…) Aunque la epidemiología actual parece apoyar la idea de la relación positiva entre esquizofrenia y conducta agresiva, existe aún heterogeneidad entre estudios referentes al peso que cada factor tiene en el aumento o la disminución de la violencia. Las diferencias entre los diferentes estudios radican en distintas variables: la evaluación de la violencia independientemente de que el momento del diagnóstico de esquizofrenia fuera antes o después de los episodios agresivos, lo cual produce una sobreestimación de los efectos de la enfermedad (a excepción de los estudios longitudinales, que sólo evaluaron la violencia post-diagnóstico, dando niveles menores de riesgo); y la limitación de generalización de los estudios" y concluye que "si se han dilucidado los factores que más aumentan el riesgo de violencia en estos pacientes es necesario que el tratamiento de la enfermedad tenga también estos factores en cuenta y que sirvan para la prevención y manejo de estas conductas. El sistema de salud mental y general tiene que tener en cuenta que no solamente deben tratarse los problemas clásicos asociados a la enfermedad, que no dejan de ser el objetivo base del tratamiento, para asegurar la calidad de vida del paciente y de los que le rodean, sino que también tienen que concienciarse de la importancia de la detección de los factores de riesgo para así hacer una labor predictiva." MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, C. y FUENTE DÍEZ, E., "Esquizofrenia y conducta agresiva". *Revista médico jurídica,* Número II, 2020. (https://revistamedicojuridica.com/blog/2020/09/30/esquizofrenia-y-conducta-agresiva/ consulta 14/01/2025)

46 "Desde la perspectiva de la población general, se tiende a asociar el padecimiento de una enfermedad mental como la esquizofrenia con un elevado riesgo de peligrosidad, en gran parte gracias a los medios de comunicación. Por un lado, favorece esta visión la enorme atención mediática puesta en aquellos casos puntuales en los que enfermos mentales cometen delitos graves. Por otro lado, lo hace una lista de series, películas y libros donde se presenta a estas personas como delincuentes sin escrúpulos y asesinos en serie, formándose así una imagen de criminales cuyos actos son aleatorios, carentes de sentido y totalmente impredecibles (Esbec y Echeburúa, 2016; Stuart 2003). Todo ello provoca que en la opinión pública, ante hechos de extrema violencia, se acabe usando la enfermedad mental como justificante de los

compartida por GONZÁLEZ PABLOS y MARTÍN LORENZO, que analizaron el concepto y los tipos de estigma y consideraron válidos resultados que arrojaban que más del 90% de los enfermos encuestados habían experimentado discriminación a causa de su estado de salud mental y necesitaron ocultar su diagnóstico, constatando, según los autores, "la universalidad de la discriminación que afecta de manera adversa a personas con esquizofrenia"[47] y por LÓPEZ, LAVIANA, FERNÁNDEZ y otros, que consideran evidente la estigmatización social e incluso un proceso de lo que denominan "autoestigmatización"[48]. También LÓPEZ MARTÍNEZ considera que las conductas violentas que ejecutaría el enfermo serían contra su entorno cercano, "lo que contradice cierta fantasía generalizada de que las personas con un trastorno mental grave suponen una amenaza indiscriminada para la población general y justificaría tomar medidas de control excepcional sobre estas personas"[49]. Más allá va RUNTE GEIDEL, quien considera que la persona con trastornos mentales "es alguien que reclama ayuda y protección y que, una sociedad más justa y solidaria, tendría que ayudar a aliviar sus sufrimientos y a integrarla en su seno" y que "es más probable que las personas con esquizofrenia sean las víctimas que las autoras de malos tratos o violencia", apuntando nuevamente a los medios de comunicación[50].

---

mismos, simplificando en exceso la relación que pudiera haber entre ambos y sin atender a otros factores (Arbach y Pueyo, 2007)." ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J.d D., ""Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018", op. cit. página 94.

47 Afirman que "Hoy se considera que hay tres conceptos previos que nos ayudan a entender el estigma: 1. El *estereotipo*: las creencias que tiene la mayoría de la gente acerca de la esquizofrenia, basadas en el nivel cultural general de la sociedad, en las leyes, en experiencias previas, en mitos, etc. 2. El *prejuicio*, es la interiorización del estereotipo y las emociones que se generan. 3. La *discriminación*, se trata de la conducta resultante de lo anterior. La dinámica sería: *"el esquizofrénico"* es incapaz, incurable, peligroso, etc. Me genera miedo, incomprensión, incomodidad. Yo le rechazo, aíslo, discrimino, etc. Se consideran tres tipos de estigma: *estigma social. (*Creencias negativas y prejuicios que se producen en la sociedad), e*stigma estructural (*conjunto de leyes, normas, procedimientos sociales, que regulan los derechos de los pacientes) y e*stigma internalizado o autoestigma (*interiorización del estigma por el paciente, de tal manera que va a reproducir la misma dinámica descrita anteriormente: estereotipo, prejuicio, discriminación -no puedo trabajar, no sé trabajar, no busco trabajo-." GONZÁLEZ PABLOS, E. y MARTÍN LORENZO, C., "Estigma y Esquizofrenia", *Informaciones psiquiátricas,* nº 243, 2021, página 67. (https://www.informacionespsiquiatricas.com/storage/article/pdfs/20210428170401.pdf consulta 09/10/2024)

48 LÓPEZ, M., LAVIANA, M., FERNÁNDEZ, L. et. al. "La lucha contra el estigma y la discriminación en salud mental. Una estrategia compleja basada en la información disponible" *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 28, nº 1, 2008 (https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000100004 consulta 15/01/2025)

49 LÓPEZ MARTÍNEZ, M.P., *Internados Psiquiátricos por Razón Penal: Análisis Clínico y Forense de los Patrones de Respuesta,* op. cit. página 142.

50 Se refería además a determinados estudios sobre las representaciones de los medios de comunicación respecto a los trastornos mentales, constatando que "el número de reportajes que se referían a violencia era cuatro veces mayor que el número de reportajes con actitud positiva hacia la enfermedad", que "hay relación entre los reportajes respecto a la enfermedad mental y las actitudes de los policías, y que en un 21% de la muestra de este estudio las personas entrevistadas, aún teniendo experiencias con la enfermedad mental de no violencia, tienen

Por último, cabe destacar la reflexión de GONZÁLEZ PARRA, MOLINA, HUERTAS y otros sobre la peligrosidad en estos pacientes, que abogan por no confundir el análisis de variables de predicción de violencia con la peligrosidad social, siendo ésta, a su juicio, un constructo social, y que proponen al respecto abandonar abordajes globales y valorar el riesgo de forma individual, sustituir métodos clínicos por métodos actuariales y evitar las llamadas "estrategias de predicción" por las "estrategias de manejo de riesgo", combinatorias de medidas de seguridad, supervisión y soporte personal[51].

Ante tales planteamientos, una cuestión común parece ser la percepción de la enfermedad y de la violencia pero no ligadas de modo indubitado y en cada enfermo, sino dependiendo en gran medida de factores como el abandono del tratamiento ante la ausencia de conciencia de la enfermedad, el apoyo familiar y social, el estrés, los entornos violentos y, muy relevante, el consumo de tóxicos, que elevarían significativamente tanto el diagnóstico comórbido de esquizofrenia con el trastorno psicótico por consumo de alcohol y drogas, como la posibilidad de un brote de la enfermedad que cursase de forma aguda[52]. Estas cuestiones denotarían una

---

una opinión influida por las representaciones de los medios, dando como resultado que creen en la violencia de las enfermedades mentales (Wolf, 1997)." El autor justificaba estas conductas de la prensa por la necesidad de ésta "de hechos llamativos, espectaculares y que atiendan los apetitos del público, pero está claro que además de los efectos estigmatizantes, también dificultan el tratamiento adecuado de las personas." RUNTE GEIDEL, A., *Estigma y esquizofrenia: qué piensan las personas afectadas y sus cuidadores.* Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2005, página 95.

51 GONZÁLEZ PARRA, S., MOLINA, J.D., HUERTAS, D. *et. al*, "Violencia asociada con los trastornos esquizofrénicos". *Archivos de Psiquiatría,* nº 2-4, Vol. 71, 2008. Página 117.
Destacan en ese sentido el trabajo de WALSH, BUCHANAN y FAHY, que ven una relación entre violencia y esquizofrenia pero con un riesgo aumentado considerablemente en el caso de consumo de sustancias, por lo que proponen abordar, con tratamientos de deshabituación, el abuso de sustancias. WALSH, W., BUCHANAN, A. y FAHY, T., "Violence and schizophrenia: examining the evidence" *The British Journal of Psychiatry,* enero 2018. (https://www.cambridge.org/core/journals/the-british-journal-of-psychiatry/article/violence-and-schizophrenia-examining-the- evidence/BEC530F212F98C0400D3D32CB2710BA9) Consulta 15/01/2025, y el trabajo de SINGH, SERPER, REINHARTH y otro, que consideran que es necesaria una mayor investigación en herramientas de evaluación del riesgo porque las actuales tendrían poca evidencia directa de su utilidad en enfermos/as de esquizofrenia. SINGH, J.P., SERPER, M., REINHARTH, J. *et al.*, "Structured assessment of violence risk in schizophrenia and other psychiatric disorders: a systematic review of the validity, reliability, and item content of 10 available instruments", *Schizoprenia Bulletin,* vol. 37, nº 5, 2011, páginas 899-912.

52 En este sentido cabe desatacar el trabajo de RODRÍGUEZ y BRAVO que determina que " Los elementos comunes que definen a las personas con TMG (*sic*, trastorno mental grave), y especialmente con esquizofrenia pueden resumirse en: mayor vulnerabilidad al estrés, dificultades para afrontar las de- mandas del ambiente, déficit en sus habilidades y capacidades para manejarse autónomamente, dificultades para interactuar socialmente, pérdida de redes sociales de apoyo que en muchos casos se limitan sólo a su familia y situaciones de aislamiento social, dependencia elevada de otras personas y servicios sanitarios y/ o sociales,dificultades para acceder y mantenerse en el mundo laboral, lo que supone un obstáculo para su plena integración social y favorece la dependencia económica, la pobreza y marginación." RODRÍGUEZ, A., y BRAVO, M.F., "La atención integral en la comunidad a las personas con Trastorno Mental Grave" en *Rehabilitación psicosocial y tratamiento integral del trastorno mental severo,* (coord. Gisbert Aguilar, C.), Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid, 2003,

suerte de círculo vicioso del enfermo con presencia de motivos fundados e infundados para el rechazo del propio individuo que, a su vez, llevarían a elevar el estrés y a favorecer la citada aparición de brotes. La identificación de dicha dinámica retroalimentada de factores de riesgo y de enfermedad será determinante a la hora de valorar medidas preventivas, jurídicas o de intervención social que rebajen la posibilidad de recidivas y fomenten la integración del individuo.

Evidentemente, esta diatriba plantea cuidar y proteger al enfermo y entender que las conductas antisociales e incluso las antijurídicas, en caso de darse y como veremos, traen causa de la enfermedad y no de la voluntad, planteándose la inimputabilidad y la aplicación de eximentes completas, incompletas o atenuantes analógicas si el hecho se ha cometido influenciado o dominado por el propio trastorno, pero verlo de dicho modo no implica olvidar las necesidades de la sociedad y de los familiares y entornos cercanos a los enfermos, que plantearán en ocasiones la necesidad de autoprotección frente al constante "síndrome del buen samaritano". Es por este motivo que cabrá analizar qué ocurre ante situaciones antijurídicas de estos enfermos y qué medidas o actuaciones tienen el Estado y la sociedad para actuar, prevenir e integrar.

2. LA ESQUIZOFRENIA EN LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La esquizofrenia, dados los síntomas expuestos y la afectación que puede causar en el individuo, es una de las causas de aplicación de eximentes completas o incompletas recogidas en el artículo 20 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Código Penal o CP)[53], que declarará la exención de responsabilidad penal de quien "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".

Si bien este trabajo no puede abarcar con extensión ilimitada la problemática del tratamiento de la enfermedad mental en los tribunales, sí cabe hacer un esbozo de cómo ha sido recogida en las distintas resoluciones en las que se analizaba la comisión de un hecho delictivo por un enfermo de esquizofrenia. Al respecto, cabe destacar el trabajo de ROMERO ÁLVAREZ y MOLINA MARTÍN, en el que examinaban la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2008 hasta 2018: los referidos autores constatan una primera postura del Tribunal Supremo que acordaba la inimputabilidad del sujeto en función "del propio padecimiento en virtud del principio *in dubio pro reo",* siendo matizada tal postura tras constatar que había que analizar el nexo causal entre el diagnóstico y los hechos delictivos cometidos, línea acorde a la necesidad de verificar que en el preciso momento de cometer la infracción, como indica el artículo 20, está influido o dominado por los síntomas

página 32. Esta mayor vulnerabilidad al estrés y la falta de flexibilidad y resiliencia recogidas formarían el citado caldo de cultivo perfecto para, ante situaciones de marginación y violencia, sufrir recidivas.

53 Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con

de la enfermedad. Los referidos autores reflejaban que así se valoraba el trastorno mental y "las consecuencias psicológicas específicas que hubiera causado tal trastorno", y recogían los criterios comunes usados por el Alto Tribunal al respecto: "la aplicación de la circunstancia eximente completa del art. 20.1 del Código Penal cuando el hecho se ha producido bajo los efectos de un brote esquizofrénico[54], el uso de la eximente incompleta del art. 21.1 si no se obró bajo ese brote, pero sí revelándose un comportamiento anómalo atribuible a esa enfermedad y la utilización de la atenuante analógica del art. 21.7 si el hecho delictivo es consecuencia del residuo patológico llamado defecto esquizofrénico (Esbec y Echeburúa, 2016)". Esta línea jurisprudencial los llevaba a concluir que "al contrario de lo que ocurría antiguamente, el diagnóstico de esquizofrenia, por sí mismo, no conlleva el decreto automático de la inimputabilidad del acusado"[55]. En la misma línea, analizando criterios jurisprudenciales de años anteriores al referido trabajo, MORILLAS CUEVA evidenció la apreciación de eximente completa en caso de que la esquizofrenia provocase psicosis o alucinaciones a los acusados o, en caso contrario, de eximente incompleta[56], y PÉREZ ARIAS, si bien en relación con otras patologías pero expresando la necesidad de individualizar la aplicación del Derecho penal y la imposibilidad de apreciar circunstancias eximentes o atenuantes en delitos cuya acción no guarde relación con la patología[57].

---

54 Esta apreciación será generalizada o muy frecuente también en otros ordenamientos jurídicos, no cabe analizar el derecho comparado en este trabajo, pero se considera interesante remitir también al trabajo de VILARIÑO, ALVES y AMADO quienes apreciaron que al 70% de los participantes en el estudio inimputables que padecían esquizofrenia se les apreció la eximente completa por considerar que la enfermedad anuló la responsabilidad. VILARIÑO, M., ALVES, A.C. y AMADO, B.G., "Perfil clínico y delictivo de una muestra de reclusos inimputables de Portugal [Criminal and clinical profile in a sample of legal insanity portugues inmates].", en AA.VV., *Avances en psicología jurídica y forense. Colección psicología y ley.* nº 13, Madrid, 2016, página 119.

55 ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J.d D., ""Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018" op. cit. página 99.

56 MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte general.* Dykinson, Madrid, 1ª reimpresión, 2021, páginas 650-651.

57 Expresa el autor que "deberá realizarse una valoración, caso a caso, de la fenomenología propia y singular de la conducta penal cometida, descartando cualquier apreciación atenuatoria en aquellos delitos cuya acción no guarde relación alguna con exteriorizaciones impulsivas de la voluntad. Tal razonamiento, dado el carácter expansivo del derecho penal actual (inspirado cada vez más en consideraciones de riesgo abstracto), limita mucho los delitos a los que se le puede aplicar la eximente incompleta analizada." PÉREZ ARIAS, J., "Aseguramiento penal en sujetos con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad" en *La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)*, (Coord. Morillas Fernández, D.L.). Madrid, Dykinson, 1ª ed., 2019, página 151.
No obstante, en la práctica esto resulta a veces "todo un ejercicio de adivinanza" en palabras de ROLDÁN BARBERO, quien considera que "el perito médico tiene que valorar en el juicio no sólo la existencia de la enfermedad mental, sino también si ésta impidió o no conocer al responsable la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Lo cual ha de hacer, por lo general, bastante tiempo después de cometido el delito. De considerar el psiquiatra que esa capacidad se halla anulada, y si su dictamen es convincente, se aplica la inimputabilidad completa; si hay una merma considerable pero no una anulación, se opta por la semiimputabilidad." ROLDÁN BARBERO, H., "¿A dónde van los enfermos mentales que cometen delitos?", *Revista Electrónica*

Completando dichos trabajos y analizando por esta autora las resoluciones más actuales[58] se puede observar el mantenimiento de la tendencia a la individualización de la condena y al análisis de las circunstancias que, en el momento determinado, habrían influido en el enfermo. Ello no obsta a que en ciertos casos el diagnóstico se obvie, puesto que en las defensas de algunos procedimientos se alega la afección de esquizofrenia paranoide sin prueba al respecto, o la esgrimen en una suerte de "carta blanca" para obtener atenuación de prueba sin demostrar la influencia del diagnóstico en el delito, o el sujeto está afectado por trastorno puntual –o crónico– por consumo de alcohol y tóxicos, en cuyo caso la cuestión a dilucidar no será la existencia o afectación de dicha enfermedad mental.

Cabrá destacar, al respecto, el Auto del Tribunal Supremo (en adelante, TS), Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 30 de mayo de 2024 (CENDOJ)[59], en la que el acusado "padece una esquizofrenia paranoide de larga evolución, de un carácter persistente e irreversible, con tendencia a la agravación cuando no se toma el tratamiento, descompensándose y pudiendo protagonizar episodios delictivos y, al encontrarse descompensado el día de los hechos, no tenía capacidad para entender la ilicitud de los hechos cometidos". Por dicho motivo, la Audiencia Provincial le absuelve de los delitos de homicidio intentado y amenazas, apreciando la eximente de responsabilidad criminal de anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1ª, y le impone medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario o educación especial por tiempo máximo de 9 años por el delito de homicidio intentado y máximo de 1 año por el delito de amenazas, y medida de libertad vigilada consistente en la prohibición de que el acusado pueda comunicar por cualquier medio y aproximarse a una distancia inferior a 200 metros de las víctimas, por tiempo de cinco años por el delito intentado de homicidio y de un año por el delito de amenazas, cuyo cumplimiento se llevará a cabo de forma sucesiva una vez finalizado el internamiento.

También la Sentencia del TS (en adelante, STS) 263/2023, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 19 de abril de 2023 (CENDOJ)[60] considera relevante, en el caso de la pena de localización permanente que quebrantó la acusada, que ésta padece esquizofrenia paranoide y tenía mermadas, pero no anuladas, su capacidad para conocer y su voluntad, procediendo a su condena como eximente incompleta. Mismo supuesto se dará en el caso de la STS 6/2023, Sala de lo Penal, Sección

de estudios Penales y de la Seguridad, 5, 2019, página 12. (https://www.ejc-reeps.com/numeros-anteriores/numero-5-segundo-semestre-2019, consulta 08/10/2024).
En la misma línea, considerando la dificultad de establecer una doctrina general sobre la incidencia de los trastornos de la personalidad en la capacidad y culpabilidad, ESBEC y ECHEBURÚA: "Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses", op. cit. página 258.

58 Se han tenido en cuenta, salvo error u omisión involuntarios, todas las resoluciones del Tribunal Supremo de 2020 a la actualidad.

59 ECLI: ES: TS: 2024:7927A.

60 ECLI: ES:TS: 2023:1704.

1ª, de 19 de enero de 2023 (CENDOJ)[61], que rechazó la existencia de brote psicótico en el momento comisivo y apreció la eximente incompleta con efectos atenuantes. También se apreciará en la STS 349/2022, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 6 de abril de 2022(CENDOJ)[62] al considerar probada afectación parcial de las capacidades ejecutivas del acusado.

Más restrictivo será el Auto del TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 18 de mayo de 2023(CENDOJ)[63], confirmando la condena de la Audiencia Provincial de Barcelona por entender que, a pesar de la "esquizofrenia paranoide agresiva y el consumo abusivo de alcohol" no hubo afectación del sujeto en el momento de los hechos, de modo que se le condena por asesinato intentado sin circunstancias modificativas de la responsabilidad. Tampoco lo hará la STS 940/2022, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2022(CENDOJ)[64], que condenará al acusado al apreciar que, aunque hubiese trastorno de personalidad y consumo continuo y dependencia al cannabis, la esquizofrenia paranoide diagnosticada no afectó a su voluntad ni a su intelección en un caso de terrorismo del Daesh.

En un extremo contrario, confirmando la línea jurisprudencial de la eximente completa si había afectación total de voluntad, la STS 953/2022, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 14 de diciembre de 2022 (CENDOJ)[65], que finalizaba el mediático proceso por asesinato de dos menores, hijos de los acusados, confluyendo esquizofrenia, consumo de tóxicos y creencias sobre chamanería y espíritus: la acusada, no así el acusado, sería absuelta de matar a sus hijos y se le impondría una medida de seguridad de internamiento por cuarenta años[66]. Igualmente, la STS 515/2022, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 4 de octubre de 2022 (CENDOJ)[67], que consideró

61 ECLI: ES:TS: 2023:190.

62 ECLI: ES: TS: 2022:1329.

63 ECLI: ES: TS: 2023:9268A.

64 ECLI: ES: TS: 2022:4801.

65 ECLI: ES: TS: 2022:4687.

66 El tribunal condenó al acusado a veinticinco años de prisión por el asesinato de cada hijo, con un máximo de cumplimiento de cuarenta años, y a la acusada la consideró víctima de un "brote agudo, que "anulaba completamente las bases psicobiológicas de su imputabilidad (inteligencia y voluntad)." y la condenó a veinticinco años de internamiento en centro psiquiátrico por el asesinato de cada hijo, con un máximo de cumplimiento de cuarenta años. Si se desea conocer los hechos desde un punto de vista periodístico, cabe citar, entre otras, la noticia del diario digital Levante de 17 de enero de 2020 (https://www.levante-emv.com/sucesos/2020/01/17/madre-mato-hijos-godella-sufre-11699732.html, consulta 08/10/2024).

67 ECLI: ES: TS: 2022:2217. Se apreció "circunstancia eximente plena de anomalía psíquica, así como la atenuante simple de reparación del daño, acordando la imposición de la medida de seguridad de internamiento por un tiempo no superior a siete años para tratamiento en centro o establecimiento psiquiátrico dependiente de Instituciones Penitenciarias, por el momento en régimen cerrado, sin que pueda abandonar el establecimiento sin permiso del Tribunal y sin perjuicio de que, a la vista de la evolución de la medida de seguridad, pueda ser modificada" y la medida de "la medida de libertad vigilada por tiempo de seis años, consistente en la obligación de seguir tratamiento médico externo o de someterse a control médico periódico para la supervisión de su enfermedad, y a la prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación con Martina durante diez años."

que, además del diagnóstico de esquizofrenia paranoide, "en el momento específico de los hechos se encontraba en una situación de descompensación psicótica, de tal manera que tenía sus facultades cognitivas y volitivas anuladas" y el Auto del TS 134/2022, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 3 de febrero de 2022(CENDOJ)[68].

A la vista de lo expuesto, no se constata un cambio de línea jurisprudencial del Alto Tribunal, que intenta determinar la pena o medida a imponer en función de la afectación del diagnóstico en el sujeto en el momento de los hechos y de la peligrosidad de aquél, y se verifica la posibilidad de imposición de medida de internamiento en centro psiquiátrico adaptado, todo ello en concordancia con lo indicado por autores como DE AGUILAR GUALDA, quien expone que nuestro ordenamiento se ha decantado por la llamada "fórmula mixta"[69] en la que no solo se debe analizar la patología mental de manera aislada sino también el efecto en

68 ECLI: ES: TS: 2022:1774A. En esta resolución es llamativa la valoración del Tribunal sobre la Sentencia de Audiencia Provincial, pues destaca la peligrosidad del sujeto por la comorbilidad por adicción a consumo de tóxicos, y denota la preocupación por los daños que éste pudiera causar dada la misma: "presentaba una esquizofrenia paranoide y un trastorno de la personalidad obsesivo-paranoide, que abolían en el momento de los hechos de modo completo sus capacidades intelectivas y volitivas, al encontrarse en una crisis psicótica. A consecuencia de dicho padecimiento, muestra una personalidad peligrosa con riesgo para terceras personas. Asimismo, en el transcurso de su enfermedad no se ha mostrado sistemático y riguroso en la observancia del tratamiento médico prescrito (…) (…) los médicos forenses pusieron de manifiesto que la actitud del acusado comporta una situación de riesgo, no sólo para sí mismo, sino para terceros, sin que sea descartable un nuevo conflicto legal por la evolución de la enfermedad que padece; por lo que junto a la enfermedad se aprecia una situación de peligrosidad tanto para el propio acusado como para terceros, concurriendo los presupuestos necesarios para la adopción de una medida de seguridad.
También valora el Tribunal Superior, que los médicos forenses indicaron que el acusado, por su nula conciencia de la enfermedad, se ha mostrado en el curso del tiempo reacio a seguir los tratamientos pautados, situación en la que se encontraba en el momento de los hechos, y lo único que puede asegurar una cierta prevención es un estricto control del tratamiento y el no consumo de tóxicos; que los trastornos que padece el acusado son crónicos e irreversibles y precisan de un tratamiento psiquiátrico de forma continuada. El criterio del Tribunal Superior de Justicia es acertado. La justificación del internamiento en centro adecuado para el tratamiento psiquiátrico del acusado, como mecanismo que compatibilice sus intereses sanitarios y la seguridad colectiva, descansa en la constatación -ya expuesta- de que el acusado perpetró un delito con peligro para la vida y la integridad física de las personas, y que es susceptible de reproducirse por no tener cura su padecimiento psiquiátrico, y además porque confluye con un pronóstico de poder reiterarse por su falta de conciencia de la enfermedad, siendo preciso que lleve necesariamente un tratamiento psiquiátrico controlado a fin de evitar alteraciones de conducta con agresividad hacia terceros."

69 Delimita las fórmulas en: "Fórmula biológica o psiquiátrica: se centra exclusivamente en si el sujeto padece o no una enfermedad, trastorno o anomalía psíquica; Fórmula psicológica: se refiere al efecto de la inimputabilidad en el momento de comisión del hecho, es decir, las consecuencias psicológicas que jurídicamente son relevantes para la consideración de inimputable, sin fijarse en la anomalía psíquica que pueda padecer el sujeto; Fórmula mixta (biológico-psicológica): requiere de ambas, es decir, se analiza tanto la anomalía como el efecto psicológico que produce en el sujeto dicha alteración". DE AGUILAR GUALDA, S., *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*. Bosch Penal. Barcelona, 1ª ed., 2017, página 41. Cabe destacar de esta autora, en el mismo trabajo, el pormenorizado análisis de resoluciones judiciales que incluyen trastornos asociados y su clasificación entre el diagnóstico con precisión, diagnóstico atribuible y con diagnóstico impreciso. (Páginas 411 y siguientes).

el sujeto. A partir de este punto se deberá determinar, asimismo, qué medidas podrían adoptarse ante hechos antisociales previos a la comisión del delito.

3. PLANTEAMIENTOS PREVENTIVOS EN ESQUIZOFRENIA, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LÍMITES LEGALES

El enfoque sostenido hasta ahora, aunque pretende romper con el binomio "enfermo mental-violencia" o incluso con el de "esquizofrenia-peligrosidad" no olvida que estas cuestiones han sido resueltas por los tribunales cuando efectivamente ha habido un hecho delictivo, con mayor o menor violencia, pero, en todo caso, antijurídico y lesivo de bienes y/o personas. Es por ello por lo que se plantea la problemática de la prevención de los delitos, de la evitación de la violencia y de sus límites, debiendo considerar para ello cuestiones éticas –que no cabría abordar en este trabajo, por sus múltiples prismas y su amplio contenido sociológico y filosófico– pero también legales y principios básicos de nuestro ordenamiento. Ante la postura de posibles víctimas de hechos antisociales cometidos por estos enfermos, o de observadores externos que evidencian la peligrosidad pre-delictual por ser conscientes del abandono de medicación, la comorbilidad o la marginalidad de la persona, ¿cabría imponer medidas de seguridad o implementar otro tipo de recursos?

Para analizar esta cuestión, debemos acudir primeramente a autores como MORILLAS CUEVA, quien plantea la finalidad de la pena y de la medida de seguridad, entendiendo la de esta última como la que se hace "sobre el individuo que también ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal, aunque su conducta pueda ser no culpable", adelantando así su postura, que será a su vez una de las premisas, con matices, de este trabajo: solo cabrán medidas de seguridad post-delictuales, manifestando que hay que excluir de todo punto las medidas de seguridad pre-delictuales, basadas en indicios personales distintos de la comisión del delito, que serían contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. También se vería en contra de imponer medidas de seguridad por actos antisociales, esto es, que fuesen "levemente perturbadores" de la vida comunitaria, pues entiende que la peligrosidad social sería "insuficiente" y propone, en cambio dejar "su prevención a la política social del Estado y, si en este ámbito fracasa, en todo caso, a medidas de tipo administrativo" [70]. A tal efecto, dicho autor es claro al hablar del principio de peligrosidad, de los planteamientos garantistas que también tienen que ser aplicables a las medidas de seguridad y de la relación con el artículo 6 del Código Penal: "el citado artículo 6 en su número primero reitera la fundamentación de las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan, para añadir a continuación que exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Se decanta adecuadamente por la peligrosidad criminal post-delictual y, en consecuencia,

70 Y ello puesto que considera que "Como exponen JESCHECK-WEIGEND las medidas de seguridad requieren, al igual que las penas, una justificación: no solo tienen que ser adecuadas a su fin, sino que también han de poder ser sostenidas a la luz de la justicia". MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte general,* op. cit. página 98.

por las medidas de seguridad de la misma naturaleza, las únicas con ubicación aceptable en el Derecho penal"[71]. Esta postura es igualmente expresada por PÉREZ ARIAS, quien rechaza un derecho penal de autor que se basase en la imposición de medidas basadas en la posibilidad abstracta del sujeto de cometer delito[72] y por ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC, que sostenían que las medidas de seguridad pre-delictuales tenían su origen en legislaciones preconstitucionales y que las medidas deben de tener como finalidad no la reacción ante el delito ni su castigo, sino la evitación de que se comentan nuevos delitos en el futuro, y todo ello condicionado "necesariamente" a la previa comisión de un delito[73].

Ante esta disyuntiva, en la que se puede evidenciar una peligrosidad del enfermo constatada por la comisión de actos delictivos, pero también una peligrosidad pre-delictual derivada de la propia patología[74], del consumo de tóxicos y la deficiente medicación, las medidas de seguridad no pueden ser la solución al problema, incluso considerando que, para algunos autores, ni siquiera lo son en casos de comisión delictiva[75]. Habrá que acudir, pues, a intervenciones en otros ámbi-

---

71 MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte general*, op. cit. página 133.

72 Afirma el autor que "en efecto, el debate, y la valoración que debe realizar el Tribunal puede girar en torno a la posibilidad abstracta de que el sujeto se vea inmiscuido nuevamente, por sus caracteres patológicos, en otra situación delictual explosiva, sino que habrá de concretarse en qué delitos puede darse y si estos comparten naturaleza con el delito cometido. Evitar situaciones parecidas a la ocurrida es lo que pretende evitar el legislador a través de un juicio de previsibilidad. Otra consideración nos llevaría nuevamente a un derecho penal de autor que dejaría poco espacio para la libertad legítima e individual del sujeto, de ahí la dificultad del juicio de probabilidad que exige hacer el Código Penal. Como señala SOTOMAYOR ACOSTA las dificultades en la determinación de la peligrosidad de un sujeto, es decir, de determinar probabilidad de que cometa un hecho delictivo en el futuro, constituye una de las críticas más antiguas a la noción de peligrosidad, especialmente en lo referido al riesgo que tal juicio de pronóstico supone para las garantías dividuales, pues, consistiendo la peligrosidad en la probabilidad y no en la certeza de un evento, se hace depender la sanción de un elemento incierto. Por eso mismo, EXNER sostuvo que el concepto de peligrosidad es un concepto peligroso ". PÉREZ ARIAS, J., "Aseguramiento penal en sujetos con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad", op. cit. página 151.

73 Afirman que las medidas se encontraban previstas en leyes como la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, que consideraban que, si el sujeto estaba incurso en lo que era considerado un estado peligroso, cabía imponer medida de seguridad. A su juicio, parte de la doctrina y sentencias del Tribunal Constitucional consideraron anticonstitucionales tales medidas por la inseguridad jurídica y la vulneración del principio de legalidad, y considera, por tanto, aplicable solamente las medidas de forma posterior y no previa a la comisión de un delito. ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2023, página 601.

74 Sin perjuicio de lo anteriormente indicado en cuanto a que no puede correlacionarse de manera automática esquizofrenia y violencia, y de que otros trastornos o patologías conllevarán mayor riesgo de violencia, cabe indicar que ESBEC y ECHEBURÚA apuntan, en este sentido, que las personas que van a ser diagnosticadas en un futuro muestran precozmente diferencias con el resto de la población, y habla de años de conductas prodrómicas, por lo que considera que "un reto de futuro es diseñar protocolos de valoración y gestión del riesgo para detectar y afrontar adecuadamente los síntomas prodrómicos". ESBEC, E., y ECHEBURÚA, E., "Violencia y esquizofrenia: un análisis clínico-forense", *Anuario de Psicología Jurídica,* 26, 2016, página 77.

75 ROLDAN BARBERO plantea incluso que "en el tratamiento hospitalario de enfermos recluidos por la aplicación de una causa de inimputabilidad y los internados por una causa de

tos, optando por combinar la legalidad con las necesidades personales y sociales: ROLDÁN BARBERO sugiere que, tras una hospitalización penitenciaria y ante una libertad y vuelta del sujeto a la sociedad, se puede ingresar en una comunidad terapéutica dependiente de salud mental, custodia familiar, servicios residenciales proporcionados por servicios sociales que también podrán apoyar la integración laboral e incluso el internamiento no voluntario previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, también, LEC), declarado inicialmente "inconstitucional sin nulidad, por la STC 132/2010, de 2 de diciembre, por no tener rango de ley orgánica pese a comportar una privación de libertad" pero, como se verá, posteriormente reformulado en ley orgánica[76].

Desde un punto de vista facultativo, la literatura científica plantea reducir al mínimo el estrés sufrido por el paciente, continuar con la medicación y llevar a cabo un seguimiento regular de los efectos secundarios, considerando recomendable enseñar al paciente y a sus familiares a identificar signos iniciales de recaída y a elaborar un plan de actuación para el caso de que estos evolucionen[77]. Asimismo se recomienda, en caso de recaída por falta de adherencia al tratamiento, reiniciar la medicación pero también investigar acerca de los motivos de dicho abandono, y plantea medidas complementarias como el tratamiento psicológico basado en terapia cognitivo-conductual, el entrenamiento en habilidades sociales y la intervención familiar, a la que da gran importancia por los cuidados preventivos y asistenciales que proporciona la familia, concienciándoles igualmente de los estresores de los pacientes y capacitándoles para la convivencia con estos. A modo de resumen, la comunidad facultativa plantearía la siguiente tabla:

---

semiimputabilidad. Es básicamente homogéneo para todos ellos. El 70% lo está por la primera; el 30%, por la segunda. Los motivos que determinaron en la sentencia esta diferenciación jurídica no fueron, seguramente, muy exactos." ROLDÁN BARBERO, H., "¿A dónde van los enfermos mentales que cometen delitos?", op. cit. página 12.

A su vez, este autor considera que incluso las penas pueden conllevar un mejor tratamiento que la medida de seguridad, que vería "sustraía a algunas ventajas de las que participan los penados: la prisión atenuada del artículo 100 del Reglamento Penitenciario, la posible obtención del tercer grado penitenciario, los permisos de salida reglados, la libertad condicional. Esta paradoja lleva a un resultado no peor para el enfermo encarcelado que al que se hubiera llegado de habérsele aplicado una medida de seguridad" ROLDÁN BARBERO, H. "¿A dónde van los enfermos mentales que cometen delitos?", op. cit. página 11.

Esta opinión es compartida por HERNÁNDEZ MONSALVE, quien considera que "el endurecimiento de las penas a pacientes mentales es otro hecho que tiende a generalizarse. Esta es también otra razón para que la defensa del acusado soslaye el tema de la enfermedad. Datos de sentencias de tribunales franceses informan de incremento de duración de las sentencias, de modo que en veinte años muchas sentencias, para los mismos delitos, se han duplicado. Se trata de una tendencia general, particularmente manifiesta cuando se aplica a pacientes mentales" HERNÁNDEZ MONSALVE, M., "Enfermedad mental y delito. Una perspectiva europea", *Documentación Social*, 161 (abril-junio 2011), 2011, página 11.

76 ROLDÁN BARBERO, H. "¿A dónde van los enfermos mentales que cometen delitos?", op. cit. páginas 14 y 16.

77 Entre otros, SERVICIO MURCIANO DE SALUD, SUBDIRECCIÓN DE SALUD MENTAL, *Guía Práctica Clínica para el tratamiento de la esquizofrenia en centros de salud mental,* op. cit. páginas 17-18 y 39.

Tabla 2. Elaboración propia

Fase o Estado	Descripción
Pródromos	Intervención Diagnóstico precoz
Fase Inicial	Acortar el periodo sin tratamiento una vez iniciada clínica psicótica Disminución de prevalencia
Fase Aguda	- Control de síntomas agudos - Prevenir posibles daños - Intervenir en los trastornos de conducta - Establecer alianza terapéutica - Desarrollar un programa terapéutico individualizado
Fase de Estabilización	- Reducción del estrés - Disminución recidivas - Reducir síntomas de forma continuada
Fase Estable	- Mantener la remisión - Mejorar la funcionalidad y calidad de vida - Vigilancia de efectos adversos
Situaciones Especiales	- Depresión - Comportamiento suicida - Agresividad - Consumo de tóxicos - Embarazo y lactancia

Fuente: Servicio Murciano de Salud

Desde el punto de vista jurídico, para cumplir estas medidas se deberá de tener en cuenta las limitaciones impuestas por las propias leyes, siendo una de ellas la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que consagra la plena integración de las actuaciones en salud mental en el sistema sanitario general, y la equiparación del enfermo mental a otros enfermos, teniendo especial atención en reducir la hospitalización y en la atención integral de los enfermos[78]. También habrá que conjugar estas cuestiones con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula, a partir de su artículo 6 los derechos y la auto-

78 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Artículo veinte. Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. (....) (…) 1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría. 2. La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. 3. Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales. 4. Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general." Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con

nomía del paciente[79] y, en concordancia con ellas, la propia LEC en su artículo 763 que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico puesto que, tras la declaración de inconstitucionalidad antes indicada, se confirió carácter orgánico a dicho artículo a través de la disposición adicional 1 en la redacción dada por el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio[80]. Tal precepto, que no se reproduce íntegramente en aras a la brevedad pero al que se hará referencia más adelante para sugerir una posible reforma, plantea el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma, regulando la necesidad, salvo en casos de urgencia y aunque esté sometida a patria potestad o tutela, de autorización judicial previa, la ratificación de dicha medida por el tribunal del lugar donde radique el centro y la audiencia a la persona afectada y a facultativo designado por él, entre otras cuestiones[81].

Del mismo modo, será relevante la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[82], que conllevó la reforma de la Ley 15/2015[83], de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y reformuló de manera sustancial la declaración de incapacidad, tutela y curatela como las conocíamos hasta ahora, poniendo a la persona con discapacidad en el centro de las decisiones y los cuidados[84].

---

79 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con

80 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8

81 ESPEJEL JORQUERA critica este procedimiento al considerar que abarca "enfermos que no han delinquido, enfermos delincuentes y delincuentes enfermos", y que deberá haber distinción en estos aspectos. ESPEJEL JORQUERA, C. "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C.", *Psicopatología clínica, Legal y Forense,* Vol. 4, 2004, página 59.
También ha sido objeto de crítica por SERRANO RUIZ-CALDERÓN y LANGELAAN OSSET quienes consideran que, a pesar de la importante reforma llevada a cabo por la referida Ley 8/2021, ésta no afectó el artículo 763 LEC, que adolece de carencias significativas al regular únicamente el internamiento no voluntario en los supuestos en los que existe un trastorno psíquico diagnosticado y siempre que se produzca una situación urgente o brote que requiera el internamiento, entienden por ello que debería "cerrarse oportunamente" el problema y abogan por "una reforma en profundidad", aunque no promueven medidas concretas. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M. y LANGELAAN OSSET, F.d.B., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia.", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 15, nº 2, 2023, páginas 935 y 940.

82 Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con

83 Permalink ELI:https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con
Cabe recomendar, al respecto, el "Código del Derecho de la Discapacidad. Legislación Estatal", actualizado constantemente y disponible en el enlace: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=125_Codigo_del_Derecho_de_la_Discapacidad_Legislacion_Estatal&modo=2

84 Aunque esto deberá adaptarse al perfil que tenga la persona con discapacidad. DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA. *Guía de provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica,* página 11.

Conjugando lo anterior y desde un punto de vista asistencial que no olvide las garantías antes indicadas, diversos autores abogan por medidas psicosociales, para las que sin duda hará falta un alto grado de intervención social, personal y de dotación económica que, a juicio de la autora, pueden ser el talón de Aquiles de cualquier proyecto de mejora: GONZÁLEZ PABLOS y MARTÍN LORENZO plantean la continuidad de distintos programas internacionales (Open the Doors, de la Asociación Mundial de Psiquiatría, para lugar contra el estigma y fomentar la educación y la modificación legislativa, y Programa de Acción para Superar las Brechas en Salud Mental, con mayor desarrollo desde 2008 y basado en ampliar servicios y métodos de capacitación en distintos países) y medidas consistentes en intervenciones en distintos ámbitos[85], VALLINA FERNÁNDEZ y LEMOS GIRÁLDEZ abogan por intervenciones familiares psicoeducativas, entrenamiento en habilidades sociales y tratamientos cognitivo-conductuales, considerando que son los tratamientos psicológicos "que han demostrado ser eficaces"[86], y ARBACH y PUEYO, por una gestión individualizada que valore correctamente el riesgo, a través de una política preventiva y derivada de una adecuada gestión de los factores de riesgo[87]; TORRE AYLLÓN sugiere como medida el trabajo sobre el afecto y las autoevaluaciones negativas[88] MAGRO SERVET aboga por el "Programa puente de mediación social"[89] e INGLOTT DOMÍNGUEZ, TOURIÑO GONZÁLEZ, BAENA RUIZ y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ también inciden en la intervención familiar, sostienen que la mayoría de modelos existentes surgieron a través de la actuación de equipos "muy especializados en atención familiar", y consideran que una intervención familiar correcta ha demostrado disminuir las

85 Promueven distintas intervenciones: "para mejorar la imagen de la Psiquiatría. Tratan de prestigiar la práctica psiquiátrica, dando a conocer sus contribuciones positivas y corrigiendo la leyenda negra de la etapa manicomial; intervenciones sobre los medios de comunicación, con aplicación de guías de estilo que corrijan la tendencia a dar una visión negativa de las personas con alguna enfermedad mental en las noticias publicadas; Intervenciones sobre los profesionales sanitarios para minimizar el estigma en los estudiantes de Ciencias de la Salud, los profesionales de la Salud Mental o de Atención Primaria; Intervenciones sobre los pacientes y familiares. Se han elaborado guías para la reducción del estigma." GONZÁLEZ PABLOS, E. y MARTÍN LORENZO, C., "Estigma y Esquizofrenia", op. cit. página 69.

86 VALLINA FERNÁNDEZ, O., LEMOS GIRÁLDEZ, S., "Tratamientos psicológicos eficaces para la esquizofrenia", *Psicothema,* vol. 13, nº 3, 2001, cit. pág. 346 (http://sid.usal.es/idocs/F8/ART10982/tratamientos_psico.pdf última consulta 08/10/2024).

87 ARBACH, K y PUEYO, A.A., "Valoración del riesgo de violencia …cit. pág. 183.

88 Además, es destacable su exposición de los distintos factores de riesgo y el detallado plan de entrenamiento psicosocial para el enfermo y las familias. TORRE AYLLÓN, M. *Manejo integral del paciente con esquizofrenia.* Trabajo fin de grado, Universidad de Cantabria, 2021, página 18.

89 Plantea en un reciente artículo la disyuntiva de dejar en libertad a un enfermo al que se le impuso una medida de seguridad post delictual y que en ese momento está recuperado, pero que probablemente en su salida abandone la toma de medicación y recaiga en su patología y probablemente en comisión de nuevos delitos. MAGRO SERVET, V., "20 Criterios ante la libertad de personas en centro psiquiátrico por apreciarse enfermedad mental con riesgo de reincidencia", *Diario La Ley,* nº 10585, 10 de octubre de 2024 (https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAhMzM0tzQ7Wy1KLizPw8WyMDIxMDS0NzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAP34nlo1AAAAWKE Consulta 10/10/2024).

recaídas psicóticas y mejorar el ambiente familiar[90], pero partiendo de que en dicha atención no se culpabilizará a los familiares, sino que se les considerará "agentes terapéuticos" y merecedores, por tanto, de formación para abordar sus problemas.

Otros autores y la última literatura científica defenderían la prevención también desde el punto de vista facultativo, considerándola complementaria al aspecto psicosocial, por lo que se debe hacer hincapié en dicha perspectiva: GARCÍA ANDRADE es uno de ellos, abogando por encontrar un equilibrio entre los tratamientos pautados y la llamada "ligereza terapéutica", que puede provocar desatención[91], y ésta será también la línea escogida por las guías de consenso y protocolos[92], que actualmente contemplan tanto la salud mental y el abordaje de las

90 Consideran que "intervención familiar se recomienda en guías de tratamiento de la esquizofrenia y protocolos de consenso de expertos. Lehman y Steinwachs en el estudio PORT (*Schizophrenia Patient Outcomes Research Team*) recomiendan la intervención familiar durante un periodo de al menos 9 meses, incluyendo una combinación de educación sobre la enfermedad, apoyo, entrenamiento en resolución de problemas e intervención en crisis. Las intervenciones familiares van también demostrando ser eficaces cuando son utilizadas por clínicos en los servicios comunitarios. A pesar de todas estas evidencias, las intervenciones familiares siguen sin tener una implantación suficiente en la atención habitual. La realidad es que sólo una minoría de las familias que tienen contacto con los pacientes esquizofrénicos ha recibido apoyo e información sobre la enfermedad." INGLOTT DOMÍNGUEZ, R., TOURIÑO GONZÁLEZ, R., BAENA RUIZ, E., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., "Intervención familiar en la esquizofrenia: su diseminación en un área de salud", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.* nº. 92, Madrid, 2004, página 3442. Estos autores plantean además en su trabajo un pormenorizado despliegue de recursos sociales, tales como reuniones con las familias y con el propio paciente y sesiones informativas y concienciadoras durante meses con diferentes profesionales que, desde luego, plantean un reto a nivel dotacional y económico que puede ser el gran obstáculo del desarrollo de este tipo de medidas.

91 Manifiesta que "el menor número de actos criminales de los enfermos mentales está condicionado, en gran medida, por la atención, asistencia y tratamiento a que se ven sometidos, teniendo la certeza de que si no fuera así, el número de actos violentos aumentaría, como ha ocurrido en algunos casos en los que la ligereza terapéutica ha colocado en disposición a estos pacientes de convertirse en asesinos de alto riesgo, lo que supone una clara responsabilidad social al dejar desasistidos y sin tratamiento a enfermos que lo precisan, e incluso cuando esta precisión se ve impuesta por la prevención del delito, estableciendo especiales medidas de custodia que no suponen internamientos definitivos ni para siempre, sino mientras sea necesario, y sin que ello deba interpretarse como una actitud peyorativa hacia el enfermo, sino que forma parte del tratamiento integral al que debe someterse siempre a un paciente psiquiátrico, sea éste del tipo que sea" GARCÍA ANDRADE, J.A., *Psiquiatría criminal y forense.* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1ª ed.,1993, página 201.

92 Debemos destacar, por su novedad y la importancia que tiene en el ámbito de la salud mental, la Guía de Coordinación Interinstitucional para la ejecución de Medidas de Seguridad de Internamiento en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicada en el mes de julio de 2024 y que supone un documento de consenso entre la Administración de Justicia, la administración regional en el campo de la asistencia social (Instituto Murciano de Acción Social) y en el campo sanitario (Servicio Murciano de Salud), (https://www.poderjudicial.es/cgpj/gl/Poder-Xudicial/Tribunais-Superiores-de-Xustiza/TSX-Rexion-de-Murcia/Actividade-do-TSX-Rexion-de-Murcia/Protocolos-e-convenios/Guia-de-Coordinacion-Interinstitucional-para-la-ejecucion-de-Medidas-de-Seguridad-de-Internamiento-en-la-Comunidad-Autonoma-de-la-Region-de-Murcia consulta 08/10/2024).

crisis en sí mismas como la rehabilitación al enfermo, marcando lo que parece que serían los límites actuales[93].

4. OTROS PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS COADYUVANTES: PROPUESTAS DE INTERVENCIÓN Y DE *LEGE FERENDA*

Las vías mencionadas hasta ahora inciden, por tanto, en el apoyo médico y psicosocial y en las medidas de seguridad post-delictuales, de modo que quedan vetadas las medidas de seguridad pre-delictuales jurídicamente entendidas, pero en este trabajo se plantean distintas alternativas que ayuden a la prevención, al manejo y la mejoría del paciente y a la evitación de la sintomatología que dé lugar a las conductas antisociales, e incluso que establezcan con el enfermo una sinergia que facilite la implementación de esas medidas sin necesidad de la previa comisión de delito.

4.1. Rehabilitación a través de videojuegos, propuesta de reforma del internamiento civil involuntario e implantación de la figura del "tutor-amigo"

Una de ellas, consciente quien suscribe de que parece, cuanto menos, curiosa, es la rehabilitación social de las personas con esquizofrenia a través de los videojuegos, propuesta defendida por GARCÍA MAGÁN, SIURANA LÓPEZ y MORENO PALACIOS y a la que se adhiere esta autora, dado que puede mejorar la plasticidad cerebral, fomentar la recuperación de habilidades y capacidades como el aspecto psicomotor inhibido como consecuencia de la enfermedad, ralentizar el aplanamiento afectivo y aumentar el autocontrol, entrenando al paciente en la inhibición de impulsos, cuestión ésta última que se ha visto muy útil en pacientes con síntomas positivos[94].

Otra propuesta de medida a adoptar, si bien se ha mencionado en epígrafes anteriores que hoy en día está ligada a pacientes que estarían sufriendo una crisis, sería la del internamiento civil involuntario del artículo 763 de la LEC, pero siendo reformado para paliar las carencias que la doctrina ha evidenciado[95], y ampliando así

93 Plantea como medidas a implementar: atención y tratamiento de salud mental, atención en las crisis, rehabilitación psicosocial y apoyo a la integración social, rehabilitación laboral y apoyo en el mundo del trabajo, alojamiento y atención residencial comunitaria, apoyo económico, protección y defensa de sus derechos ante abusos y obstáculos y apoyo a las familias. RODRÍGUEZ, A., y BRAVO, M.F., "La atención integral en la comunidad a las personas con Trastorno Mental Grave", op. cit. páginas 33-35.

94 GARCÍA MAGÁN, A., SIURANA LÓPEZ, S., MORENO PALACIOS, P., "Los videojuegos en la rehabilitación psicosocial de personas con esquizofrenia", *Trabajo social y salud,* nº 77, 2013, páginas. 111-128.

95 Recientemente ha entrado en vigor la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/2025/01/02/1), que ha perdido la oportunidad de modificar estos artículos, a pesar de la gran reforma legislativa, procesal y de fondo, efectuada. Sí cabe indicar que los procedimientos de internamiento no voluntario ahora serán tramitados por la sección de Familia, Infancia y

su aplicación a situaciones antisociales pre-delictuales y previas a las citadas crisis o brotes.

Actualmente, el referido artículo contempla el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, planteando como premisa que la persona "no esté en condiciones de decidirlo por sí", de modo que se prevé, incluso si está sometido a tutela o patria potestad, que se lleve a efecto tal internamiento tras autorización judicial, que a su vez será previa al internamiento en sí salvo que existan razones de urgencia que impidan la espera, planteando una situación límite en tal caso. Si se diera dicho supuesto, se prevé un plazo de veinticuatro horas para la comunicación a la autoridad judicial de la situación del enfermo y un segundo plazo de setenta y dos horas de ratificación, por aquélla, del referido ingreso, lapso durante el cual será oído el enfermo (si bien puede no estar aún en condiciones de decidirlo por sí, como reza el precepto), el Ministerio Fiscal, un facultativo, la defensa del enfermo y "cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente". Si el dictamen fuera favorable al internamiento, se establece la obligación de informar periódicamente al tribunal, estableciendo un periodo obligatorio de seis meses salvo indicación en contra y planteando, por tanto, un escenario de internamiento de larga duración que, si bien se ha acordado con las garantías establecidas en ese precepto, parece haber sido motivado por razones de urgencia en las que la crisis o el brote son evidentes, y una reforma del referido precepto en la que se contemplase un ingreso previo a las citadas crisis, ante situaciones antisociales predictivas de las mismas, podría ser aconsejable.

No se plantea, pues, un internamiento involuntario como medida pre-delictual sin más, no previsto en nuestro ordenamiento jurídico ni contemplado en el orden penal, puesto que solo se admitirán tales medidas ante situaciones post-delictuales, en cumplimiento de las garantías legales y constitucionales a que se ha hecho referencia así como de principios penales básicos como el de seguridad jurídica, y parece que debe seguir contemplándose así: se sugiere, sin embargo, una reforma del artículo 763 que rebaje el carácter de *ultima ratio* del internamiento (conocedora esta autora, sí, de que la privación de libertad debe ser el último recurso) y no lo contemple, como hasta ahora, solo para las situaciones marcadamente dramáticas, sino que se amplíe la aplicación del precepto a las primeras fases de la descompensación o el brote, de modo que el enfermo, que no estará con sus facultades totalmente intactas pero tampoco inmerso en una crisis, pueda servirse junto con sus personas de apoyo de ésta y de otras medidas que a continuación enunciaremos para anticiparse a la conducta delictiva y enajenada, y así se le permita estar debidamente atendido mediante un opcional ingreso con medicación y nuevas medidas de concienciación sin tener que esperar a situaciones límite.

A priori esta sugerencia puede parecer difícil de instaurar, pero hasta ahora no se ha encontrado la fórmula magistral (o incluso mágica) que lleve a todos los enfermos a controlar su toma de medicación, sus estresores y su propia vulnerabilidad, por lo que se plantea en este trabajo, junto a la apenas mencionada, otra medida

Capacidad de los Tribunales de Instancia.

complementaria que lleve a cabo una vigilancia estrecha del paciente: la implantación de una suerte de "trabajador-tutor-amigo" que puntualmente dé la voz de alarma ante fases iniciales de brote o descompensaciones, de modo que se activen los mecanismos médico-sociales tanto de internamiento como de otra formas de control. Esto podría servir al propio paciente, dada la relación de confianza con su "tutor-amigo", para identificar a través de éste esos primeros indicios de descompensación y colaborar en su recuperación (también con las dos siguientes medidas), aunque en ciertos casos que cursen con obsesiones o alucinaciones como los antes enunciados pueda ser difícil. No obstante dicha dificultad, la implantación de esta medida entrañaría un balance coste-beneficio positivo, dado que, si fuese exitosa, sería más eficaz que la llamada "puerta giratoria" de ingresos ante situaciones límite, intervención de urgencia, salidas y nuevas recaídas, con el riesgo de desestabilización, suicidio y daño propio y a/de terceros por parte del paciente que conlleva cada una de ellas.

4.2. Medida de tratamiento ambulatorio involuntario y documento de toma de decisiones compartidas

La antedicha "puerta giratoria" también puede tener cierta solución con otra medida que se sugiere en este trabajo: la implantación y desarrollo del llamado Tratamiento Ambulatorio Involuntario (en adelante, también, TAI), que tendría cabida, según ROMERO ÁLVAREZ y MOLINA MARTÍN, en el artículo 106.1.k)[96] del Código Penal y que establece la obligatoriedad de someterse a tratamientos de forma involuntaria si con ello se obtienen beneficios superiores para el enfermo y la sociedad[97]. Esto, evidentemente, está contemplado como medida de seguridad post-delictual en el ámbito de la imposición de una libertad vigilada y como complemento a ésta, pero no tiene regulación específica en el ámbito civil[98], si bien en otros países[99] se plantea

96 La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: (…) (…) k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

97 ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J.d D., "Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018" op. cit. página 91.

98 Los autores plantean dos cuestiones que no deben ser soslayadas: por un lado, que no hay consenso en los profesionales de la salud sobre si dicha medida es necesaria, y por otro, que hay juzgados que lo solicitan e involucran a las fuerzas y cuerpos de seguridad para que el enfermo sea trasladado para recibir su medicación. De otro punto, plantean, al igual que el magistrado Echarri Casi con el que elaboran su trabajo que, incluso pensando en dicho TAI como medida post delictual en el marco de una libertad vigilada, la obligatoriedad es un "ejercicio de voluntarismo penal y de redacción taxativa que en nada favorece estos casos", y plantea que el legislador no previó consecuencias de dicho incumplimiento, que sería un nuevo delito de quebrantamiento de medida que, en caso de conllevar una nueva medida de seguridad más restrictiva, iría contra la propia finalidad de la medida y podría perjudicar el curso de la enfermedad mental.

99 Según GÍAS GIL se podrían diferenciar distintas formas de TAI: "TAI como alternativa post-alta de una unidad de internamiento cerrada: regulado en Inglaterra, Gales, Alemania, Francia, Portugal, Luxemburgo, Bélgica, diferentes estados de EE. UU. o Canadá. "*After care under supervision"* o

de forma ordinaria y en España se ha realizado a diversos pacientes, aplicándose las llamadas "órdenes TAI" en distintos juzgados de España y arrojando resultados positivos en pacientes con psicosis en los que aquél se niega a asistir a los recursos terapéuticos disponibles, recae frecuentemente por abandonar la medicación o ni siquiera tiene intención de continuar el tratamiento, o tiene una conducta agresiva, salvando así las actuales restricciones del citado artículo 763 que solo contemplaría el internamiento y, como se ha indicado, en situaciones límite.

Atendiendo a lo indicado por autores como GIAS BIL, el TAI tendría los siguientes argumentos a favor y en contra a valorar:

Tabla 3. Elaboración propia.

Pros	**Contras**
La ley actual es desproporcionada ya que restringe todas las libertades del paciente, sólo contempla la hospitalización involuntaria del paciente cuando la situación ya se ha agravado tanto que no queda otra alternativa menos restrictiva. Si se aplicase el TAI, la ley sería más preventiva y privaría al individuo sólo de una de sus libertades, quedando el resto preservadas. Diferentes legislaciones han avalado el derecho del paciente a tratarse en el medio menos restrictivo posible.	Es una medida discriminatoria y estigmatizante que además afecta de manera negativa la alianza terapéutica con el paciente.
También defienden el principio "*A Maiori ad Minus*", "Quien puede lo más puede lo menos". Si se puede ingresar a un paciente de forma involuntaria para realizarle un tratamiento, privándole de todas sus libertades, también se podría limitar únicamente una libertad, la de someterse o no a un tratamiento.	La judicialización del tratamiento puede acabar inhibiendo a los profesionales sanitarios de su responsabilidad.
Una característica de las enfermedades mentales graves es la anosognosia, la ausencia de conciencia de enfermedad que es producto de la propia enfermedad y que hace que la decisión de no tomar el tratamiento no sea libre y voluntaria sino un síntoma más de la enfermedad.	Si hubiera recursos suficientes para la atención psiquiátrica el TAI no tendría razón de ser.
Las enfermedades mentales son crónicas y las interrupciones del tratamiento son una de las causas de recaídas. Los abandonos repetidos de tratamiento originan el fenómeno de "puerta giratoria" que hace que los pacientes sufran repetidos ingresos involuntarios por descompensaciones de una misma enfermedad.	Existe el riesgo de que se produzca una generalización de la medida.
No es una medida discriminatoria ya que, la enfermedad mental produce diferencias en la conciencia de enfermedad y en la capacidad de asumir determinadas responsabilidades que quedan reflejadas en el Código Civil y Penal, sin que suponga discriminación.	Infringe el principio del consentimiento informado.

"*conditional release";* TAI como alternativa al internamiento: contemplado en Israel o diversos estados de los EE. UU. como Alaska, se basa en ofrecer el tratamiento menos restrictivo posible siguiendo las recomendaciones de la OMS; TAI como permisos de ensayo: regulado en Francia y en España durante la II República. En estos momentos práctica generalizada en las unidades de hospitalización; TAI como tratamiento preventivo: es la forma más pura de TAI, como ejemplos destacar la Ley Kendra del Estado de Nueva York o la Ley Laura del Estado de California". GÍAS GIL, B., "Tratamiento ambulatorio involuntario en psiquiatría: una revisión desde la bioética", *Revista de Bioética y Derecho,* nº 29, septiembre 2013, página 113 (https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872013000300012 última consulta 08/10/2024).

Pros	Contras
No se ha observado que el TAI tenga un efecto negativo sobre la alianza terapéutica.	Sólo puede aplicarse con tratamiento farmacológico en general inyectable lo que supone más violencia para el paciente.
El Convenio de Oviedo de Bioética y la Ley de Autonomía del paciente contemplan excepciones a la aplicación del consentimiento informado.	Pone más énfasis en el control del paciente que en la asistencia a sus problemas, desvalorizando las razones del paciente para no tomar el tratamiento.

Fuente: GIAS GIL[100]

Dado lo expuesto sobre el TAI, destinado precisamente para un perfil de enfermo con alta probabilidad de violencia, parece necesario, y así se sugiere en este trabajo, explorar esta opción pre-delictual para avanzar en la prevención sin privar de libertad ni esperar a situaciones dramáticas y/o a la imposición de una medida post-delictual.

Por último, se plantea otra posible solución, evidentemente no exenta de coste por la labor de vigilancia, concienciación y asistencia, que es la involucración del propio enfermo en sus decisiones a través de la toma de decisiones compartidas, como indica RAMOS POZÓN[101], de forma que se tendrá en cuenta no solo el deseo o la voluntad actual del paciente, sino también un deseo "a futuro", emitiendo dicho enfermo un consentimiento similar al que se formula en el llamado "testamento vital", pero no ante situaciones predecesoras a la muerte, sino previo a la propia incapacidad que provoca un brote de su enfermedad, y que podría ser otorgado ante fedatario público pero también, debidamente regulado, mediante registro en instituciones sanitarias, tal y como se efectúa en el caso de otros documentos como pueden ser el consentimiento informado pre-quirúrgico o el plan de atención al parto; De esta manera, considero que el paciente podrá prever no solo qué es deseable y, quizá, más conveniente para él en periodos "basales" de la enfermedad, sino también cuál sería su intención en momentos agudos o críticos. Según RAMOS POZÓN y ROMÁN MAESTRE, dicho documento "contempla la posibilidad de que el otorgante designe un representante para que haga de interlocutor válido con el equipo médico y así velar por el cumplimiento de las instrucciones previas y respetar su autonomía" y que "el conocimiento de sus deseos y preferencias puede evitar malentendidos o disputas sobre qué decisiones médicas llevar a cabo", sugiriendo a tal efecto que sería recomendable que no fuese miembro de la familia ni del equipo médico, pero sí un representante sanitario que, aunque posteriormente fuese excluido de las tomas de decisiones como facultativo, conociese

100 GÍAS GIL, B., "Tratamiento ambulatorio involuntario en psiquiatría: una revisión desde la bioética", op. cit. páginas 116-117.

101 La toma de decisiones compartidas ha demostrado tener un efecto positivo en el curso de la enfermedad y estaría basada no solo en "deseos" del paciente sino también en la opinión profesional. RAMOS POZÓN, S., "La toma de decisiones compartidas en pacientes con esquizofrenia: cuestiones médicas y éticas", *Dilemata*, nº 10, año 4, 2012, página 268. En el mismo sentido, partiendo de los principios éticos de "autonomía, beneficencia, no-maleficencia, dignidad, inviolabilidad y justicia", RAMOS POZÓN, S., "Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia", *Revista de Bioética y Derecho,* nº 33, enero 2015, página 70.

al paciente y a su enfermedad para plantear una visión más precisa de la situación personal y médica del enfermo[102].

A través de esta medida los citados autores indican que se busca que el paciente exprese qué desearía en situaciones de incapacidad por la enfermedad, tales como elección de tratamiento o preferencias de hospitalización[103], de manera que se proteja al paciente y a otras personas y se evite la búsqueda del consentimiento en momentos de crisis en los que no podrá expresarlo, de modo que podría estar abocado a la aplicación involuntaria de tratamientos que podrían ser más gravosos que los que el paciente habría consentido y necesitaría, tales como el esposado o la contención mecánica. No obstante, esta medida no está exenta de problemas, puesto que algunos pacientes presentarán escasa o nula conciencia de enfermedad (que no verían necesario, por tanto, consensuar el documento), o dificultad de procesamiento y atención, pero los beneficios pueden ser notables para el enfermo y la sociedad, por lo que se insiste por esta autora en su instauración, puesto que el reto económico y dotacional que dicha medida presenta, por necesitar atención muy cuidada, continuada y cualificada de muchos profesionales, puede ser una correcta forma de apostar por conjugar la dignidad y la autonomía del paciente con el control y la prevención de conductas antisociales y peligrosas para sí mismo y para terceros.

5. CONCLUSIONES

La esquizofrenia es una enfermedad mental grave caracterizada por síntomas como alucinaciones, delirios, pensamiento desorganizado, y comportamientos motores anormales, con alta incidencia y prevalencia mundial. Esta condición afecta la capacidad de la persona para pensar claramente, manejar las emociones, tomar decisiones y relacionarse con los demás, uniendo además a esto la falta de conciencia de enfermedad (anosognosia) y la interrupción del tratamiento, que agravarán la situación aumentando el riesgo de recaídas y comportamientos violentos. La comorbilidad de esta enfermedad con otros trastornos (ansiedad, depresión, trastorno obsesivo-compulsivo, entre otros) y sobre todo con el consumo de drogas puede disparar las situaciones de crisis psicóticas y complicar la patología.

Aunque la esquizofrenia, particularmente en su forma paranoide, podría estar asociada con un riesgo incrementado de conducta violenta, esta correlación no ha sido verificada de forma unánime en la literatura científica especializada, y dicho riesgo, discreto, principalmente se incrementaría en los citados casos de comorbi-

102 RAMOS POZÓN, S., ROMÁN MAESTRE, B., "Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* 34 (121), 2014, página 23.

103 Plantean los autores que el paciente no solo pueda elegir fármaco antipsicótico, sino la hospitalización, el rechazo a esta, pero con una permanencia vigilada en su domicilio, recibir visitas domiciliarias del profesional médico para supervisión del tratamiento, que les visite o que no les visite determinada persona (importante de cara a la reducción de estresores) ... etc. RAMOS POZÓN, S., ROMÁN MAESTRE, B., "Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía", op. cit. páginas 26-27.

lidad con consumo de drogas y, en mayor medida, con la presencia de otros trastornos o patologías mentales graves distintos de aquella, tales como el trastorno antisocial de la personalidad. La mayoría de los pacientes con esquizofrenia no son agresivos y son más frecuentemente víctimas de violencia que perpetradores, si bien es esencial un control efectivo de la enfermedad a través de la concienciación y del seguimiento terapéutico, psicosocial e integrador del individuo en la sociedad, controlando la toma adecuada de medicación o tratamiento, rebajando los estresores del enfermo y actuando en su entorno más próximo. Para ello, es importante luchar contra el estigma que hoy en día se asocia a la esquizofrenia, estigma que, exacerbado por los medios de comunicación, no solo no resulta totalmente cierto sino que, además, lleva a la victimización y discriminación de los pacientes, impactando negativamente en la calidad de vida de los enfermos y fomentando una evolución tórpida de la patología.

La posibilidad de implementar medidas para los casos en que estos sujetos cometan conductas antisociales se encuentra muy limitada legalmente, puesto que leyes como la 8/2021 y la 41/2002 fomentarán la autonomía y la dignidad del paciente, y sobre todo porque las medidas que se adopten deberán cumplir el mandato constitucional y del Código Penal y, por lo tanto, se podrán imponer únicamente con carácter post-delictual y no basadas, como medidas pre-delictuales, en la peligrosidad del sujeto o incluso en un derecho penal de autor.

Con dichas limitaciones, se requiere la prevención en lugar de la reacción, a través de la implementación de políticas y medidas preventivas, seguramente costosas y de difícil instauración sin voluntad ni medios, que pueden conjugar la voluntad e intereses del paciente y su dignidad, la prevención del riesgo y la seguridad del enfermo y de terceros, y que además han dado muestras de utilidad para lograr una mejor evolución de la enfermedad.

Una de ellas será la mejora en sí de la sintomatología del enfermo y de la interacción de éste con su entorno mediante programas de rehabilitación con videojuegos, que presenta grandes posibilidades a bajo coste y fomenta una intervención sobre el paciente que le dotaría de herramientas a futuro.

La segunda medida a instaurar, que combinaría la prevención pre-delictual y la intervención directa sobre el paciente es la aplicación del Tratamiento Ambulatorio Involuntario (TAI), que puede ser eficaz para manejar a pacientes con alta probabilidad de comportamientos violentos, evitando así situaciones de crisis en las que la única solución sea la completa privación de libertad del paciente y en las que incluso se ha podido exponer al individuo y a terceros a graves riesgos para la integridad y la vida.

El complemento de tal medida debe ser también una reforma del artículo 763 de la LEC –oportunidad recientemente desaprovechada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia– y de legislación concordante que permita dicho tratamiento de forma expresa, así como que contemple el internamiento involuntario en situaciones previas a la completa pérdida de la capacidad del enfermo para decidir, de modo que no tenga carácter de *ultima* ratio ante contextos límite y se pueda actuar en las primeras fases de des-

compensación o brote, permitiendo al enfermo, con ayuda de terceros, servirse de ésta y de otras medidas para anticiparse a la conducta enajenada y minorar incluso la duración y la intensidad de las medidas a adoptar en tal internamiento. De esta manera, no se implantará una medida penal pre-delictual como tal por las razones ya expuestas, sino que dará la posibilidad de adoptar medidas no consentidas (o consentidas con una capacidad ya parcialmente mermada) sin tener que acudir al citado artículo únicamente en casos de crisis graves o brotes y cuando ya solo quepa la medida más restrictiva de libertad, esto es, el ingreso en centro psiquiátrico con medios farmacológicos y/o de contención más agresivos para el paciente.

Cabría también fomentar la instauración de la figura del "vigilante-tutor-amigo" como persona profesional externa al paciente que construya una relación de confianza e inmediación con él, de modo que dicho "tutor-amigo" pueda plantear al enfermo ciertas medidas cuando identifique los inicios de un brote o descompensación y, dada la citada confianza, ejerza cierta influencia sobre el paciente que evite o minimice los efectos de tal brote. Esto será un reto si la relación no se construye adecuadamente por falta de medios personales y dotacionales, por falta de contacto con el enfermo o por los propios síntomas de la enfermedad, causantes de recelos, obsesiones y alucinaciones, pero la oportunidad de mejora de los pacientes que plantea esta medida puede justificar su implementación.

Por último, se sugiere implantar, con las reformas civiles necesarias, el llamado "documento de voluntades anticipadas" orientado no al final de la vida sino al curso de la enfermedad, puesto que este, no exento de dificultades para su elaboración, puede aportar tranquilidad al paciente ante la incertidumbre de su tratamiento en momentos de crisis y evitar medidas gravosas e innecesarias si el enfermo, previamente, por escrito y a través de los registros previstos para ello, ha expresado su deseo de ser tratado y de qué forma. De este modo, la propia alianza terapéutica con el paciente y familiares, respaldada por un fuerte apoyo psicosocial a estos últimos y con prevenciones legales como el documento de voluntades anticipadas, podrían cambiar significativamente el curso tórpido de la enfermedad y/o rebajar los estresores y la frecuencia de las crisis que acelerarían su evolución.

Estas medidas requieren, no obstante y como se ha indicado, una fuerte intervención social, jurídica y económica que se traduzca, de manera continuada y con una dotación muy significativa de recursos, en reformas legislativas, programas de apoyo psicosocial, educación familiar y tratamientos médicos y psicológicos cognitivo-conductuales que sirvan para reducir recaídas y mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias, prevenir la comisión de delitos a consecuencia de la enfermedad y fortalecer la seguridad e integridad de los propios enfermos y de la sociedad en la que se integran.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARBACH, K y PUEYO, A.A., "Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20/ Violence Risk Assessment in Mental Disorders with the HCR-20", *Papeles del Psicólogo,* Vol. 28(3), 2007.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA (APA, AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, 5º Edición, Editorial Médica Panamericana, 2018.

DE AGUILAR GUALDA, S. *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*. Bosch Penal. Barcelona, 1ª ed, 2017.

DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA. *Guía de provisión de apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica.*

DUMAIS, A., POTVIN, S., JOYAL, C. et al, "Esquizofrenia y violencia grave. Un análisis del perfil clínico que incorpora la impulsividad y los trastornos de consumo de sustancias" *Psiquiatría biológica: publicación oficial de la Sociedad Española de Psiquiatría Biológica.*Vol. 19, nº 3, 2012.

ESBEC RODRÍGUEZ, E. "Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica.", *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 3, nº 2, 2003

ESBEC, E. y ECHEBURÚA, E. "Violencia y trastornos de la personalidad: implicaciones clínicas y forenses", *Actas Españolas de Psiquiatría*, 38 (5), 2010.

ESBEC, E., y ECHEBURÚA, E., "Violencia y esquizofrenia: un análisis clínico-forense", *Anuario de Psicología Jurídica,* 26, 2016.

ESPEJEL JORQUERA, C., "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C.", *Psicopatología clínica, Legal y Forense,* Vol. 4, 2004.

FAZEL, S., GULATI, G., LINSELL, L., GEDDES, J.R., GRANN, M. "Schizophrenia and Violence: Systematic Review and Meta-Analysis". *PLoS Med* 6(8), 2009: e1000120. https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1000120

FULLAM, R. y DOLAN, M. "The criminal and personality profile of patients with schizophrenia and comorbid psychopathic traits." *Personality and Individual Differences, 40*(8)l, 2006. 1591–1602. https://doi.org/10.1016/j.paid.2006.01.003

GARCÍA ANDRADE, J.A. *Psiquiatría criminal y forense*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª ed., 1993.

GARCÍA MAGÁN, A., SIURANA LÓPEZ, S., MORENO PALACIOS, P., "Los videojuegos en la rehabilitación psicosocial de personas con esquizofrenia", *Trabajo social y salud,* nº 77, 2013

GÍAS GIL, B., "Tratamiento ambulatorio involuntario en psiquiatría: una revisión desde la bioética", *Revista de Bioética y Derecho,* nº 29, septiembre 2013.

GONZÁLEZ HIDALGO, M., JIMÉNEZ SUÁREZ, O., MOURIÑO, C. y TUR, N., "La esquizofrenia en atención primaria. Identificación y tratamiento", *Revista SEMERGEN (Sociedad Española de Médicos de Atención Primaria)*, 26, 2000.

GONZÁLEZ PABLOS, E., "Comorbilidad en la esquizofrenia", *Informaciones psiquiátricas,* nº 197, tercer trimestre 2009.

GONZÁLEZ PABLOS, E. y MARTÍN LORENZO, C., "Estigma y Esquizofrenia", *Informaciones psiquiátricas,* nº 243, 2021.

GONZÁLEZ PARRA, S., MOLINA, J.D., HUERTAS, D. *et. al,* "Violencia asociada con los trastornos esquizofrénicos". *Archivos de Psiquiatría,* nº 2-4, Vol. 71, 2008

HEREDIA MARTÍNEZ, F., "Esquizofrenia y riesgo de homicidio. Una perspectiva europea", *La Ley digital*, 110, 2014.

HERLYN, S. *Tratamiento de la esquizofrenia*. Facultad de psicología de Universidad de Buenos Aires.

HERNÁNDEZ MONSALVE, M., "Enfermedad mental y delito. Una perspectiva europea", en *Documentación Social*, 161, abril-junio 2011.

INGLOTT DOMÍNGUEZ, R., TOURIÑO GONZÁLEZ, R., BAENA RUIZ, E., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., "Intervención familiar en la esquizofrenia: su diseminación en un área de salud", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº 92, Madrid, oct./dic. 2004

LAVERDE-SUDUPE, N., GIRALDO- SERNA, A.L. y BECERRA, L.V. "Mecanismos moleculares de la esquizofrenia.", *Revista de la Escuela de Ciencias de la salud de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medicina UPB),* 42 (2), 2023.

LÓPEZ, M., LAVIANA, M., FERNÁNDEZ, L. et. al. "La lucha contra el estigma y la discriminación en salud mental. Una estrategia compleja basada en la información disponible" *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 28, nº 1, 2008.

LÓPEZ MARTÍNEZ, M.P., *Internados Psiquiátricos por Razón Penal: Análisis Clínico y Forense de los Patrones de Respuesta*. Tesis doctoral. Universidad de Murcia. Facultad de Derecho, 2015.

MAGRO SERVET, V., "20 Criterios ante la libertad de personas en centro psiquiátrico por apreciarse enfermedad mental con riesgo de reincidencia", *Diario La Ley,* nº 10585, 10 de octubre de 2024.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, C. y FUENTE DÍEZ, E., "Esquizofrenia y conducta agresiva". *Revista médico jurídica,* Número II, 30 septiembre 2020.

MORILLAS CUEVA, L. *Sistema de Derecho Penal. Parte general*. Madrid, Dykinson, 1ª reimpresión, 2021.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 10ª ed., 2023.

PÉREZ ARIAS, J., "Aseguramiento penal en sujetos con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad", en *La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)*. (Coord. Morillas Fernández, D.L.), Madrid, Dykinson, 1ª ed., 2019.

POZUECO, J. M., MORENO, J. M., GARCÍA, M. E. y BLÁZQUEZ, M., "Psicopatología, crimen violento, cine y realidad: desmontando mitos sobre psicópatas y psicóticos" *Revista Criminalidad,* 57 (2).

PUEYO, A. A. y REDONDO ILLESCAS, S., "Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", *Papeles del psicólogo,* vol. 28 (3), 2007.

RAMOS POZÓN, S., La toma de decisiones compartidas en pacientes con esquizofrenia: cuestiones médicas y éticas", en *Dilemata*, año 4, nº 10, 2012.

RAMOS POZÓN, S., "Las decisiones subrogadas en pacientes con esquizofrenia", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 33, enero 2015.

RAMOS POZÓN, S., ROMÁN MAESTRE, B., "Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* 34 (121), 2014.

RODRÍGUEZ, A., y BRAVO, M.F., "La atención integral en la comunidad a las personas con Trastorno Mental Grave" en *Rehabilitación psicosocial y tratamiento integral del trastorno mental severo.* (Coord. Gisbert Aguilar, C.), Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid, 2003.

ROLDÁN BARBERO, H. "¿A dónde van los enfermos mentales que cometen delitos?", *Revista Electrónica de estudios Penales y de la Seguridad*, 5, 2019.

ROMERO ÁLVAREZ, J.J. y MOLINA MARTÍN, J.d D., "Esquizofrenia y delincuencia: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2008 y 2018*", Revista Internacional Jurídica y Empresarial,* número 2, 2019.

ROMERO MARTÍNEZ, A. "¿Existe una relación entre la esquizofrenia y la violencia y los homicidios?", *Ars Medica, Revista de ciencias médicas,* vol. 47, nº 1, 2022.

RONCERO, C., MATALÍ, J. y YELMO, S., "Paciente psicótico y consumo de sustancias: patología dual", *Trastornos adictivos,* 8 (1), 2006.

RUND, B.R., "A review of factors associated with severe violence in schizophrenia", *Nordic Journal of Psychiatry,* vol. 72, 2018.

SINGH, J.P., SERPER, M., REINHARTH, J. *et al.*, "Structured assessment of violence risk in schizophrenia and other psychiatric disorders: a systematic review of the validity, reliability, and item content of 10 available instruments", *Schizoprenia Bulletin,* vol. 37, nº 5, 2011.

SHORT, T., THOMAS, S., MULLEN, P., OGLOFF, J.R.P., "Comparing violence in schizophrenia patients with and without comorbid substance-use disorders to community controls." *Acta Psychiatrica Scandinavica,* Vol. 128, nº 4, 2013.

ROSEL VALES, M., "Comorbilidades en la esquizofrenia", *Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Múñiz.*

RUNTE GEIDEL, A., *Estigma y esquizofrenia: qué piensan las personas afectadas y sus cuidadores.* Tesis doctoral. Universidad de Granada, Facultad de Medicina, 2005.

RUIZ IRIONDO, M., SALABERRIA, K, ECHEBURÚA, E. "Análisis y tratamiento psicológico de la esquizofrenia en función de los estadios clínicos" *Actas Españolas de Psiquiatría,* 41 (1), 2013.

SWANSON, J. W., SWARTZ, M. S., VAN DORN, R. A., ET AL, "A national study of violent behaviour in persons with schizophrenia." *Archives of General Psychiatry,* 63, 2006.

WALLACE, C., MULLEN, P.E. Y BURGESS, P. "Criminal Offending in Schizophrenia Over a 25-Year Period Marked by Deinstitutionalization and Increasing Prevalence of Comorbid Substance Use Disorders." *The American Journal of Psychiatry,* 161, 2004.

WALSH, W., BUCHANAN, A. y FAHY, T., "Violence and schizophrenia: examining the evidence" *The British Journal of Psychiatry,* enero 2018.

El recurso de apelación penal: intento de clarificar el régimen de un instituto procesal especialmente enmarañado

The appeal in criminal proceedings: an attempt to clarify the legal regime of a particularly tangled procedural institute

SALVADOR GUERRERO PALOMARES

Profesor Asociado de Derecho Procesal

Universidad de Málaga (España)

Resumen: El presente trabajo pretende clarificar el régimen recurso de apelación penal que adolece de una considerable fragmentación y oscuridad normativa. El estudio pone especial énfasis en un detallado análisis jurisprudencial en relación con ciertas cuestiones especialmente problemáticas y trata de formular en ciertos casos propuestas de reforma.

Abstract: *The present paper aims to clarify the criminal appeal regime that suffers from considerable fragmentation and regulatory obscurity. The study places special emphasis on a detailed jurisprudential analysis in relation to certain especially problematic issues and tries to formulate reform proposals in certain cases.*

Palabras clave: recurso de apelación, segunda instancia, apelación penal.

***Keywords*:** *appeal, second instance, criminal appeal.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS QUE LO RIGEN. 3. RESOLUCIONES RECURRIBLES EN APELACIÓN. 4. ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMPETENTES PARA RESOLVER EL RECURSO Y ANTE CUÁL SE PRESENTA. 5. REQUISITOS PROCESALES DEL RECURSO DE APELACIÓN. 6. MOTIVOS DEL RECURSO DE APELACIÓN. 7. TRAMITACIÓN DEL RECURSO. 8. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN. 9. PRÁCTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. 10. APELACIÓN CONTRA SENTENCIA EN CONFORMIDAD. 11. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES QUE SE DICTAN EN APELACIÓN. 12. LAS COSTAS. 13. RECURSO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DECIDE LA APELACIÓN. 14. LA APELACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 15. CONCLUSIONES. 16. BIBLIOGRAFÍA.

Recepción: 04/02/2025 Aceptación: 04/05/2025

Cómo citar este trabajo: GUERRERO PALOMARES, Salvador, "El recurso de apelación penal: intento de clarificar el régimen de un instituto procesal especialmente enmarañado", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 125-158, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.05

1. INTRODUCCIÓN[1]

El recurso de apelación en materia penal es uno de los instrumentos procesales más relevantes y potentes de nuestro sistema, tanto por la habitualidad de su uso como por los importantes efectos que produce. Una relevante mayoría de las sentencias condenatorias que no son producto de la conformidad (e incluso contra algunas que sí lo son) son objeto de impugnación a través de la apelación. También son apeladas un significativo número de resoluciones interlocutorias que se dictan en fase de instrucción e intermedia. Y si bien no es sencillo que un recurso de apelación prospere, tampoco es que sea inusual la estimación. Muchas resoluciones judiciales se ven revocadas a través de este mecanismo.

Su relevancia se advierte con claridad si se repara en que la existencia de este recurso contra sentencias condenatorias ha sido exigida por los más importantes Tratados Internacionales de Derechos Humanos,[2] al contrario de lo que sucede con las apelaciones civiles u otro tipo de recursos extraordinarios.

Sin embargo, la regulación de la apelación en nuestro proceso penal dista mucho de estar claramente definida. Contamos con una normativa dispersa, tanto dentro de la propia LECrim –donde hemos de distinguir entre recursos de apelación contra resoluciones interlocutorias y no interlocutorias; y a su vez, dentro de las primeras, entre apelación en el ámbito del procedimiento ordinario por delitos graves o en otros–, como fuera de ella, pues encontramos regímenes diversos en la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. No está desacertado el Anteproyecto de la LECrim de 2020, cuando en la Exposición de Motivos (apartado XIII), califica el actual sistema de recurso de apelación de "*complejo y alambicado*".

Esa *complejidad* del entendimiento del recurso de apelación penal se advierte también en las discusiones –no resueltas del todo– acerca de la posibilidad de recurrir sentencias absolutorias o condenatorias cuando el objetivo del recurso es agravar la condena con base en una nueva valoración de la prueba, y de los efectos de esas sentencias. Ello se enmarca en la dificultad técnica de construcción de una segunda instancia penal que, en nuestro país, no se ha generalizado hasta el año 2015.

Pero aquí no acaba la problemática. Existen distintas cuestiones (como la subsanabilidad de los requisitos procesales, la legitimación para recurrir, la adhesión a la apelación, los efectos de algunas sentencias dictadas en apelación, e incluso lo relativo a los plazos de interposición) cuyo esclarecimiento hay que buscarlo en la doctrina jurisprudencial, pues no quedan claramente definidos en la norma positiva.

---

1 Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D Nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, ¿Nuevo modelo? Adaptaciones transformativas (PID2020-112683GB-I00). Duración: 2021-2025. Investigadora Principal, Prof. Dra. Teresa Armenta Deu.

2 Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hechos en Nueva York en el año 1966; y artículo 2 del Protocolo 7 de 1984 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma, en el año 1950. Es el llamado derecho al segundo grado de jurisdicción penal, que nuestro país solo incorporó de manera generalizada a través de la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Ante esta situación, el objetivo de este trabajo es contribuir a la clarificación del enmarañado panorama normativo y jurisprudencial de una institución que ha merecido una atención más bien escasa por parte de la doctrina. Trataremos de alcanzar nuestro objetivo a través, de un lado, de una exposición y ordenación sistemática de la institución, y de otro, de la aportación de un análisis más profundo sobre determinadas cuestiones o elementos puntuales dogmáticos o prácticos que resultan especialmente problemáticos, todo ello en el intento de realizar aportaciones útiles tanto en el terreno doctrinal como en el de la práctica forense.

Dedicaremos también un epígrafe de este trabajo a comentar, si quiera sea brevemente, el régimen jurídico que para la apelación contempla la todavía *non nata* nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (Anteproyecto de la LECrim, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020), puesto que su estudio nos da una idea bastante aproximada de lo que, en el futuro, pudiera llegar a ser el sistema de apelación en nuestro proceso penal.

En cualquier caso, nos centramos en el estado de la institución a día de hoy.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS QUE LO RIGEN

El recurso de apelación es un recurso *devolutivo, suspensivo o no suspensivo* –según se verá–, y *ordinario* –con matices–, que puede definirse como el medio procesal que sirve para impugnar ante un órgano superior en grado una resolución desfavorable a fin de que dicho órgano emita una nueva decisión donde confirme o revoque –total o parcialmente–, o anule, la decisión impugnada.[3]

Con el adjetivo *devolutivo* nos referimos a que es un recurso del que conoce el órgano superior jerárquico (llamado órgano *ad quem*) de aquél que dictó la resolución que se recurre (llamado órgano *a quo*) (art. 790.1, 846 bis a, o 846 ter), o aquél a quien correspondiera el conocimiento del juicio oral (art. 220 LECrim).

El recurso será o no *suspensivo*, es decir, su mera interposición provocará la suspensión de la resolución que se recurre, dependiendo de la resolución de que se trate. Los recursos de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia tienen efecto suspensivo (lo que se deriva del artículo 794 LECrim que exige la firmeza para la ejecución), mientras que los recursos de apelación contra autos no lo tienen, a no ser que expresamente así lo establezca la ley (arts. 217 y 223 LECrim).[4]

En cuanto a su carácter *ordinario,* esto implica que el recurso no cuenta con unos requisitos de admisibilidad específicos y que no limita los motivos en que se puede

3 En parecido sentido LARA LÓPEZ, A.M. (2014), *El recurso de apelación y la segunda instancia,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 83, citando a su vez a la doctrina más autorizada. Se discute si estamos ante un medio de impugnación o un medio de gravamen, entendiendo la doctrina que estamos ante una figura híbrida entre ambos conceptos, CORTES DOMÍNGUEZ, V. (2012), *Derecho Procesal Penal,* con MORENO CATENA, V., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 545 y 546.

4 Salvo error no existe en la LECrim disposición alguna que acuerde el efecto suspensivo de un recurso de apelación contra un auto.

sustentar,[5] si bien este carácter quiebra en la apelación contra las sentencias del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado pues, como se verá, existen unos motivos tasados de apelación, ex. art. 846 bis c) LECrim[6], al igual que en los recursos de apelación contra sentencias de conformidad (art. 787 ter 7 LECrim).

En relación con su naturaleza jurídica es relevante reseñar la distinción que hay que hacer entre *recurso de apelación* y *segunda instancia*. Si bien toda segunda instancia se *vehiculiza* a través de un recurso de apelación, no todos los recursos de apelación implican una segunda instancia, por cuanto ésta solo existe cuando el órgano que conoce de la apelación debe pronunciarse sobre el fondo de la cuestión; o lo que es lo mismo, cuando se recurre en apelación una sentencia.[7] En el resto de los supuestos, esto es, recursos contra autos, ya sean interlocutorios (aquellos que no ponen fin al proceso) o no interlocutorios (los que sí ponen fin al proceso), el recurso de apelación no abre la segunda instancia, porque el órgano *ad quem* no habrá de pronunciarse sobre el fondo, sino sobre una cuestión de índole procesal.

En los distintos sistemas jurídicos de los Estados de nuestro entorno se dan dos tipos genéricos de apelaciones: las denominadas *revisio prior instantiae*, también llamado de apelación limitada, que implica que el órgano *ad quem* revisa lo resuelto por el órgano *a quo*, de modo que no cabe alteración alguna del debate ni práctica de prueba nueva en segunda instancia, y el denominado *novum iudicium*, que supone una nueva celebración del juicio, pero ante un tribunal superior.[8]

Nuestro sistema adopta la forma de la *revisio prior instantiae*[9] o de apelación *limitada*;[10] no obstante, en mi opinión, el mismo presenta algunos caracteres del *novum iuidicium,* a partir de la posibilidad, excepcional pero existente, de proposición y práctica de prueba en segundo grado, como se verá.

---

5 Sobre el carácter de ordinario o extraordinario de un recurso, véase, SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica,* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 61 y ss.

6 De nuevo, LARA LÓPEZ, A.M. (2014), *El recurso de apelación y la segunda instancia,* p. 88 y 89, con referencia a la doctrina al efecto.

7 Sobre el particular, por todos, véase MORENO CATENA, V. (2008), "Recurso de apelación y doble instancia penal", en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 4, p. 158 y ss; y otra vez, LARA LÓPEZ, A.M. (2014), *El recurso de apelación y la segunda instancia,* p. 95 y ss.

8 BERMÚDEZ OCHOA, E.V. (2007), "La sentencia de apelación", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 101/2006, CGPJ, Madrid, p. 55 y ss.

9 Por reciente, SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica, ob.cit.*, p. 114 y ss. Nuestro TC sin embargo ha afirmado en muy diversas ocasiones, que el sistema comprende un *novum iudicium,* si bien, como explica BERMÚDEZ OCHOA, E.V. (2006), "La sentencia de apelación", ob. cit., p. 57, la utilización que el TC hace de esa expresión viene a expresar la idea de que el tribunal *ad quem* tiene plena competencia para revisar tanto los hechos como el derecho aplicados en la resolución recurrida. En los ATC 315/1994 y SSTC 212/2000 y 2/2010, sin embargo, califica el recurso de apelación como *revisio prior instantiae.*

10 DE PRADA BENGOA, M.P. (2007), "Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia", en *Los recursos de casación y apelación en el orden penal, Estudios de Derechos Judicial,* CGPJ, Madrid, 101/2006, p. 4.

En cuanto a los aspectos de índole constitucional, hay que señalar que el derecho de acceso a los recursos está inserto dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tal y como ha expresado reiteradamente el TC desde sus primeros años, en sentencias, entre otras, núms. 124/1984, 145/1986, 154/1987, 78/1988 y 201/1989. No existe, de acuerdo con la doctrina que se proyecta en esas sentencias, un derecho constitucional a la existencia de un recurso (con la salvedad que se dirá) pero, de existir dicho instrumento, no se puede denegar su utilización a través de una interpretación restrictiva de la ley. Por tanto, la decisión judicial de inadmisión de un recurso sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, en una aplicación razonada de ésta que, en todo caso, deberá interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 16/1988 y 96/1993).

En efecto, el derecho al recurso no es un derecho incondicionado que faculte la impugnación de cualquier decisión judicial por cualquier motivo. Por ello, el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para establecer un tipo u otro de recurso y su alcance; sin embargo, una vez reconocido en la ley, el derecho al recurso se convierte en una vertiente del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en cuanto garantiza el derecho de acceso a los recursos establecidos por la ley (SSTC 176/1990; 37/1995; 150/2004; 72/2024). El TEDH ha relacionado el derecho de acceso a los recursos con el juicio justo (art. 6.1 CEDH), estableciendo que, si bien el derecho al recurso no es absoluto, pudiendo estar sujeto a limitaciones para cuya regulación los Estados tienen un cierto margen de apreciación, dichas limitaciones no pueden restringir el acceso de manera tal que afecten a la propia esencia del derecho (por reciente, STEDH Patricolo y otros v. Italia, de 23 de mayo de 2024, apdo. 69).

El único supuesto en que se entiende que existe un derecho fundamental al recurso es en el caso de los recursos precisamente penales contra sentencias condenatorias de primera instancia.[11] Ese derecho no viene recogido en la Constitución, pero sí está recogido en Tratados suscritos por España, como el Protocolo 7 de 1984 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma, en el año 1950 (art. 2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hechos en Nueva York en el año 1966 (art. 14.5).

Por último, cabe mencionar que en el recurso de apelación penal rigen los siguientes principios/exigencias esenciales:

(a) tantum appellatum quantum devolutum (por reciente, STS núm. 3/2024, de 10 enero), que determina que la competencia del órgano ad quem para conocer del asunto se limita a aquellos aspectos o elementos que el apelante le haya sometido a consideración, sin que el tribunal pueda pronunciarse sobre aquellas cuestiones de la resolución impugnada que no hayan sido objeto de cuestionamiento.

(b) pendente apellatione nihil innovetur (AAP Salamanca, secc. 1ª, núm. 221/2022, de 3 de mayo; SAP Albacete, secc. 2ª, núm. 454/2022, de 1 de septiembre; SAP Bar-

11 ARMENTA DEU, T. (2013), *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Marcial Pons, Madrid, p. 265 y ss; ORTELLS RAMOS, M. (1997), *Derecho Jurisdiccional. Tomo III,* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 341

celona, secc. 7ª, núm. 684/2023, de 18 de octubre), que implica que no es posible el planteamiento por vía de recurso de cuestiones nuevas que no han sido oportunamente debatidas en el pleito. Ahora bien, este principio tiene dos excepciones (STS núm. 176/2018, de 12 de abril): (i) cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo, la apreciación de una circunstancia atenuante) y (ii) cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

(c) la prohibición de la reformatio in peius (por todas, STS núm. 834/2021, de 29 octubre), que impide que la situación del apelante se vea agravada por la formulación del recurso. Este principio no opera cuando hay otra parte que, a su vez, apela la resolución en contra de los intereses del otro apelante.

(d) el principio acusatorio (STC 47/2020), que exige la vinculación del tribunal ad quem con las peticiones de las acusaciones en el trámite de recurso, peticiones que podrían ser de revocación total o parcial de la sentencia condenatoria.[12]

3. RESOLUCIONES RECURRIBLES EN APELACIÓN

Cabe recurso de apelación contra:

(a) las sentencias dictadas en primera instancia por cualesquiera tribunales y en cualquier procedimiento penal (art. 976 LECrim, juicio por delito leve; art. 803 LECrim, enjuiciamiento rápido; art. 790 LECrim, procedimiento abreviado; art. 803 ter, procedimiento decomiso autónomo; art. 846 ter, procedimiento abreviado y ordinario; 846 bis a) LECrim, Tribunal del Jurado; y 41.1 LO 5/200, de 12 de enero, de responsabilidad de menores).

(b) los autos dictados por los Jueces de la Sección de Instrucción y Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia (art. 766.3 LECrim).[13]

(c) los autos de las Audiencias Provinciales cuando pongan fin al proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre (art. 846 ter 1 LECrim).

(d) los autos dictados por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que resuelvan las cuestiones del artículo 36 LOTJ o 676 LECrim (art. 846 bis a) LECrim).

(e) las resoluciones dictadas por los Jueces de la Sección de Vigilancia Penitenciaria de los Tribunales de Instancia (DA 5ª LOPJ).[14]

---

12 GUERRERO PALOMARES, S. (2021), "La vinculación de los tribunales *ad quem* a las peticiones acusadoras en fase de recurso", en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (en adelante, RAPDPUE), nº 4, p. 298 y ss.

13 El artículo 766.3 LECrim sigue hablando de Juez de Instrucción y Juez de lo Penal; sin embargo, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, por la que se modifica, entre otras, la Ley Orgánica 671985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha introducido el cambio a los Tribunal de Instancia, dentro de los cuales se encuentran las secciones de instrucción y las secciones de enjuiciamiento, con las funciones de los juzgados de instrucción y juzgados de lo penal.

14 Sobre estos recursos, véase, DE MARCOS MADRUGA, F. (2024), "El procedimiento ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria", *RAPDPUE*, nº 9, p. 84 y ss.

(f) las providencias dictadas por los Jueces de la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia en el ámbito del procedimiento penal abreviado y del enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y por los Jueces de la Sección de lo Penal del Tribunal de instancia, siempre que tengan contenido propio de auto según el artículo 141 LECrim (por recientes, AAP Córdoba, secc. 3ª, núm. 514/2022, de 12 julio; AAP A Coruña, secc. 3ª, núm. 293/2022, de 6 octubre; AAP Cáceres, secc. 3ª, núm. 83/2023, de 10 febrero; AAP Barcelona, secc. 7ª, núm. 244/2023, de 21 marzo).[15]

Cabe hacer mención especial a las sentencias dictadas de conformidad. Siempre que no se haya declarado la firmeza de la sentencia oralmente en el propio acto de la conformidad, es posible recurrirlas en apelación, en los términos del artículo 787 ter 7 LECrim que limitan el recurso a que "*no* [se] *hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad*", lo que desnaturaliza en este concreto particular al recurso de apelación de su carácter *ordinario*. Abundaremos en la cuestión del recurso de apelación contra sentencias dictadas en conformidad en el epígrafe décimo de este trabajo.

4. ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMPETENTES PARA RESOLVER EL RECURSO Y ANTE CUÁL SE PRESENTA

Los órganos competentes para resolver el recurso de apelación dependen de la resolución recurrida, según el cuadro siguiente:

RESOLUCIÓN RECURRIDA	ÓRGANO COMPETENTE	ARTÍCULO
Providencias y autos del Juez de la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia	Audiencia Provincial	Art. 220 y 766.3 LECrim.
Providencias y autos del Juez de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia	Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional	Art. 220 y 766.3 LECrim.
Providencias y autos del Juez de la Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia	Audiencia Provincial	Art. 766.3 LECrim.
Autos recurribles de la Audiencia Provincial	Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia	Art. 846 ter 1 LECrim.
Autos del Juez de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia resolutorios de reforma, que pongan fin al procedimiento o sobre incidentes de arts. 13, 28, 29 y 40 de la LO 5/2000, de 12 de enero	Audiencia Provincial	Art. 41.3 LO 5/2000, de 12 de enero.

15 Esta jurisprudencia tiene su base en la STC 349/1993 que instauró el principio que podemos denominar *las resoluciones judiciales son lo que son y no lo que el juez o tribunal digan que sea;* de modo que, aunque una determinada resolución se dicte con forma de providencia, si el contenido es propio de un auto (art. 141 LECrim), el tratamiento a efectos de recurso será el de auto.

RESOLUCIÓN RECURRIDA	ÓRGANO COMPETENTE	ARTÍCULO
Autos del Juez de la Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia	Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional	Art. 41.4 LO 5/2000, de 12 de enero.
Autos del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado del artículo 36 LOTJ[16] o 676 LECrim[17]	Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia	Art. 846 bis a II LECrim
Sentencias Juez de la Sección de lo Penal del Tribuna de Instancia	Audiencia Provincial	Art. 790.1 LECrim
Sentencias Juez de la Sección de lo Penal del Tribunal Central de Instancia	Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional	Art. 790.1 LECrim.
Sentencias Audiencia Provincial en primera instancia	Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia	Art. 846 ter 1 LECrim.
Sentencias Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional	Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional	Art. 846 ter 1 LECrim.
Sentencias Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado	Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia	Art. 846 bis a LECrim.
Sentencias Juez de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia	Audiencia Provincial	Art. 41.1 LO 5/2000, de 12 de enero.
Sentencias Juez de la Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia.	Sala de lo Penal Audiencia Nacional	Art. 41.4 LO 5/2000, de 12 de enero.
Sentencias dictadas en el ámbito del procedimiento de decomiso autónomo	Audiencia Provincial o Sala de lo Penal o de Apelaciones de la Audiencia Nacional dependiendo del juez o tribunal que dictó la sentencia.	Art. 803 ter r LECrim.
Resoluciones del Juez de la Sección de Vigilancia Penitenciaria del Tribunal de Instancia	Audiencia Provincial	DA 5ª LOPJ.
Resoluciones del Juez de la Sección de Vigilancia Penitenciara del Tribunal Central de Instancia	Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.	Art. 65.6 LOPJ.

El recurso se presenta siempre ante el órgano *a quo* (art. 219, 790.2, 846 bis d) LECrim) que realizará un primer filtro de admisión formal en el que tendrá en cuenta si el recurso está presentado en plazo, si se designa la resolución recurrida y si consta de la firma de abogado y procurador, en su caso (art. 790.4 LECrim). No existe en el ámbito de la apelación un filtro de admisibilidad de carácter material, como sí sucede en el recurso de casación, ex. art. 884 y 885 LECrim.

16 Referido al planteamiento de cuestiones previas en el ámbito del procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

17 Se refiere a decisiones sobre declinatoria de jurisdicción o competencia, cosa juzgada, prescripción del delito o amnistía o indulto (art. 676 LECrim en relación con los numerales 2, 3 y 4 del artículo 666).

5. REQUISITOS PROCESALES DEL RECURSO DE APELACIÓN

(a) Impugnabilidad en apelación de la resolución

A ello hemos dedicado el epígrafe número 2 de este trabajo, y a él nos remitimos. Obviamente, el primer requisito procesal a cumplimentar a la hora de formular un recurso de apelación es hacerlo contra una resolución *apelable*.

(b) Formulación por escrito

La apelación debe formularse por escrito (art. 221, 766.3 y 790.2 LECrim), debiendo "*exponer ordenadamente las alegaciones*" (art. 790.2 LECrim), presentando tantas copias del recurso como partes haya (art. 222 LECrim). La falta de claridad en la exposición de las alegaciones del recurrente es causa constitucionalmente legítima de inadmisión del recurso (STC 154/1987).

La ausencia de previsión de celebración de vista para el recurso de reforma contra resoluciones interlocutorias en el ámbito del procedimiento ordinario (art. 222.III LECrim), en contraste con la necesaria vista para las apelaciones (art. 230 LECrim), nos lleva a afirmar, junto con la mejor doctrina,[18] que en el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias en el sumario –a diferencia de todos los demás–, el escrito de apelación únicamente debe contener la manifestación de recurrir, sin necesidad de enunciar ni exponer ni fundamentar los motivos, lo que se realizará oralmente en la vista. En cualquier caso, esta es una cuestión que debería aclararse normativamente, en una reforma que no tiene por qué esperar a la promulgación de una nueva LECrim.

(c) Plazo

Depende de la resolución recurrida.

(i) 5 días para apelación contra resoluciones interlocutorias (art. 212 y 766.3 LECrim), sentencias en procedimientos para el enjuiciamiento rápido (art. 803.1.1 LECrim), en procedimientos por delito leve (art. 976.1 LECrim) y en proceso de menores (art. 41 Ley 5/2000, de 12 de enero).

(ii) 10 días para los recursos de apelación contra sentencias en el resto de los procedimientos, incluido el del Tribunal del Jurado (art. 790.1, 846 bis b) LECrim)

En materia de plazos, hay que tener en cuenta que:

(i) Los plazos se cuentan por días hábiles, aunque estemos en fase de instrucción (STS núm. 437/2012, de 22 de mayo; AAP Barcelona, secc. 9ª, núm. 91/2021, de 22 de

18 BANACLOCHE PALAO, J. (2015), Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal, La Ley, Madrid, p. 338: "es suficiente con anunciar que se recurre la decisión, sin más motivación"; GIMENO SENDRA, V. (1999), Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, p. 721: "el recurrente no necesita en ningún momento, ni si quiera en el de la interposición, expresar los motivos de su impugnación"; HINOJOSA SEGOVIA, R. (2000), Derecho Procesal Penal, VVAA, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 619, donde afirma: "El recurso se interpondrá, por escrito con firma de Letrado y sin necesidad de fundamentar…".

febrero; AAP de Madrid, secc. 27ª, núm. 226/2022, de 9 de febrero; SAP Málaga, secc. 2ª, núm. 111/2023, de 10 de febrero).

(ii) El plazo del recurso contra sentencias (y autos no interlocutorios, entendemos) comienza a correr desde la notificación personal al condenado o absuelto (art. 160.1 y 2 LECrim) (AAP Burgos, secc. 1ª, núm. 46/2019, de 16 de enero) y en todo caso, desde la última de las notificaciones a cualquiera de las partes (art. 212 LECrim) (AAP Málaga, secc. 2ª, núm. 715/2017, de 28 de septiembre). Contra los autos interlocutorios, el plazo comienza desde la notificación al profesional que represente a la parte.

(iii) En caso de petición de aclaración (art. 161.II LECrim) o complemento (art. 161.V LECrim), el plazo comienza a contar desde el auto que resuelva dicha petición (art. 267.9 LOPJ) (STC 90/2010; ATSJ de Andalucía, Sala de lo C. y P., núm. 91/2010, de 20 diciembre; AAP Murcia, secc. 5ª, núm. 593/2020, de 20 octubre; o AAP Madrid, secc. 26, núm. 471/2019, de 27 marzo).

(iv) en caso de solicitud de grabación del juicio, lo que debe producirse en el plazo de 3 días desde la notificación de la sentencia, el plazo se suspenderá; una vez entregada la grabación, se reanudará (art. 790.1.II, in fine, LECrim).

(v) es aplicable lo dispuesto en el artículo 135 LEC relativo a la posibilidad de presentar el acto procesal sujeto a plazo al día siguiente de su vencimiento antes de las 15.00 h (Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003).

(vi) en caso de las sentencias dictada in voce, el plazo comenzará al notificarse por escrito la sentencia, donde se contendrán los argumentos de esta.[19]

(d) Postulación

Es necesaria siempre la firma de letrado (art. 221 LECrim), excepto para los recursos de apelación contra sentencias dictadas en aquellos procedimientos por delito leve en que no es preceptiva la intervención de letrado (SAP Valladolid, secc. 2ª, núm. 311/2005, de 29 de septiembre; SAP Madrid, secc. 29ª, núm. 57/2010, de 19 de febrero; o AAP Madrid, secc. 6ª, núm. 344/2012, de 10 de octubre).

Más discutible es la necesidad de firma del procurador. La ley no la exige de forma expresa para la apelación, lo que sí hace para la casación (art. 856, 860 y 874 LECrim) y para el recurso de queja contra la denegación de casación (art. 867 LECrim). Ello podría llevarnos al convencimiento de que para el resto de los recursos no es necesaria la representación causídica.

Sin embargo, de una interpretación de los artículos 118.3 y 784.1 LECrim, que exigen la representación por procurador del investigado en el proceso penal, entendemos que el procurador debe firmar también los recursos de apelación, excepto las apelaciones contra: (i) resoluciones interlocutorias en fase de instrucción (art. 221 y 768 LECrim); (ii)sentencias en los procedimientos por delito leve (art. 969

19 DE PRADA BENGOA, M.P. (2007), "Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia", ob. cit., p. 15.

LECrim); y (iii) sentencias del Juez de Menores (art. 22.1.b Ley 5/2000); dado que en ninguno de estos procedimientos es preceptiva la representación por procurador. En lo relativo al procedimiento por delito leve, la jurisprudencia ha establecido que, si el recurso de apelación no es firmado por el procurador, habrá de ser firmado por la parte, sin que la eventual firma de un letrado pueda subsanar el defecto (AAP Barcelona, secc. 3ª, núm. 11/2018, de 3 de enero; SAP Málaga, secc. 2ª, núm. 143/2021, de 30 de abril).

(e) Interposición previa del recurso de reforma o formulación subsidiaria

En el procedimiento ordinario por delitos graves, en el caso de apelaciones contra resoluciones interlocutorias, es necesario haber interpuesto anteriormente recurso de reforma (art. 222 LECrim).

En el resto de los supuestos (seguimos en el ámbito de la apelación contra resoluciones interlocutorias de los Jueces de la Sección de Instrucción de los Tribunales de Instancia), cabe apelación directa (art. 766.3 LECrim) o bien es posible formular recurso de reforma y subsidiario de apelación (art. 766.2 LECrim). Contra sentencias, el recurso es siempre directo (arts. 790, 803, 846 bis a), 846 ter o 976 LECrim).

Cuando se formula recurso de apelación subsidiario al de reforma, se tramita primero éste y si el mismo se resuelve en sentido total o parcialmente desestimatorio, el Juzgado dará traslado al apelante para que formule alegaciones en el plazo de cinco días y pueda, incluso, aportar documentos (art. 766.4 LECrim). Como indica la SAP Albacete, secc. 2ª, núm. 87/2021, de 23 marzo, este trámite es facultativo para el recurrente, pues con el mismo se persigue que le precluya la posibilidad de efectuar nuevas alegaciones o aportar documentación antes de que las demás partes se pronuncien sobre el recurso; de ahí se deriva, según la sentencia citada que, dado que el artículo 766.4 no prevé cual es la consecuencia que habría de producirse en el caso de no cumplimentarse el referido trámite de alegaciones, su ausencia no puede tener como consecuencia la declaración de desierto del recurso, porque ello no se especifica en la Ley, ni tampoco podría equiparse a un desistimiento tácito del recurrente por el mismo motivo y porque, en todo caso, de existir ese desistimiento, éste debe ser expreso. Tras la evacuación de las alegaciones o pasado el plazo para las mismas, el recurso tendrá la misma tramitación que si se hubiera interpuesto de forma directa (art. 766.3 LECrim), como veremos más tarde.

Ciertamente, la exigencia de previa reforma en el procedimiento ordinario se revela como innecesaria. Es muy complicado, salvo casos excepcionales, que un juez estime un recurso de reforma, y el uso forense que se hace de dicho recurso es, muchas veces, parte de una estrategia dilatoria. Sin que se perdiera la posibilidad de someter al juez un nuevoexamen de su propia decisión, se debería eliminar el requisito de la formulación previa de la reforma, permitiendo a las partes, como sucede en el procedimiento abreviado, acudir directamente a la apelación.

(f) Legitimación

Para recurrir hay que estar, lógicamente, legitimado para ello, como para cualquier otra actuación procesal.

La LECrim no es, sin embargo, muy clara respecto de esta cuestión. En el artículo 212 LECrim se establece que el recurso se entablará a los cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación "*hecha a los que expresa el art. anterior*". Dicho artículo anterior, el 211, indica que las notificaciones se harán "*a los que sean parte en el juicio*". Esta mención a *las partes*, junto con las contenidas en los artículos 227, 229, 231, 766.3 y 4, 803.1.2 de la LECrim y de acuerdo con criterios elementales de lógica y sentido común, nos lleva a afirmar que, en principio, quienes tienen legitimación para recurrir son quienes han sido *partes* en el juicio.

En este sentido, sí es más específico el art. 846 bis d) referente a la apelación en el ámbito del Tribunal del Jurado, indicando que pueden presentar recurso el Ministerio Fiscal, el condenado, el exento de responsabilidad criminal si se le impusiere una medida de seguridad o se declarase su responsabilidad civil y las demás partes.

Pero además, la legitimación procesal viene determinada por el carácter desfavorable que la resolución judicial presenta para el que recurre (STS núm. 1349/2002, de 19 de julio), lo que está íntimamente ligado con el siguiente concepto que estudiaremos, el gravamen.

Algunas situaciones especiales respecto de la legitimidad para recurrir merecen nuestra consideración:

(i) El actor civil no tiene legitimación para recurrir cuestiones relativas a la responsabilidad criminal, sino solo lo relativo a la acción que ejercita, lo que se deriva de los artículos 651 in fine y 854 LECrim.[20]

(ii) El responsable civil no ha tenido, tradicionalmente, legitimación para recurrir en apelación lo relativo a la responsabilidad penal de acusado; sin embargo, esta doctrina está, en palabras de la STS núm. 228/2023 de 29 marzo, "en vías de replanteamiento", preguntándose el TS "¿Cómo no va a poder defenderse de lo que constituye el presupuesto de su responsabilidad civil?", e indicando que dicha tesis está "en franco retroceso", citando la STS núm. 268/2020, de 29 mayo, por la que, a pesar de negarse la legitimación del recurrente, se hace un excursus por la jurisprudencia de la Sala, mostrando como se ha pasado de un criterio enormemente restrictivo (STS 19 de abril de 1986) a uno más flexible en que el responsable civil no solo puede impugnar la sentencia por cuestiones que directamente le atañen (el área puramente indemnizatoria, que se agota en la impugnación de los daños y perjuicios derivados del delito y en su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad, discutiendo y negando, en su caso, el nexo causal en el que se funda la misma), sino también en aquellos extremos que afecten a la consideración antijurídica del hecho fuente de su responsabilidad, en la idea de que tiene interés legítimo en demostrar que el delito del que dimana aquella no existe; o en supuestos en los que se debate en términos jurídicos la concurrencia en el autor de los hechos de una causa de justificación tan específica y singular como la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, aún sin poder entrar en cuestiones de hecho.

20 DE PRADA BENGOA, M.P. (2007), "Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia", ob. cit., p. 7.

(iii) Las compañías de seguros que han de responder del daño ocasionado por el delito no tienen legitimación para recurrir, lo que se deriva de que el artículo 764.3.II LECrim les niega condición de parte en el proceso penal. La constitucionalidad de esta limitación queda convalidada por la STC 19/2002. Distinto es cuando la compañía se persona en el procedimiento ejercitando la acción penal y/o civil por haber indemnizado el daño (STS núm. 382/2014, de 14 mayo).

(iv) Quien hubiere sido condenado en ausencia en los supuestos del artículo 786.1.II LECrim (art. 793.1 LECrim) tiene legitimación para recurrir en apelación, además la posibilidad de recurrirla en anulación (art. 793.2 LECrim).

(v) El ofendido o perjudicado no personado en la causa por no habérsele realizado el ofrecimiento de acciones puede, al ser notificado de la sentencia, recurrirla en apelación (SSTC 105/1984 y 98/1993).

(g) Gravamen

La necesaria existencia de gravamen para recurrir es una exigencia doctrinal[21] y jurisprudencial que, no obstante, puede derivarse del texto de la LECrim (artículo 790.2, al exigir que el escrito formalización del recurso incluya las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación) y más claramente de la LEC, artículo 448.1, según el cual las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley "*contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente*", que resulta aplicable supletoriamente al proceso penal (art. 4 LEC). La existencia de gravamen se configura como un requisito de admisibilidad del recurso de apelación (SSTC 79 y 165/1987 o 157/2003) que está íntimamente relacionado con el requisito anterior de legitimación.[22]

Podemos definir gravamen como el perjuicio sufrido por el recurrente a consecuencia de la resolución impugnada (SAP de Soria, secc. 1ª, núm. 30/2003, de 15 de mayo). Ahora bien, ese perjuicio no solo puede venir dado por la parte dispositiva o fallo de la resolución, sino también por la redacción de hechos o la fundamentación jurídica (STC 157/2003).

Especial consideración a la subsanabilidad de los defectos procesales en que incurra el recurso.

El artículo 790.4 LECrim establece la exigencia de requerir de subsanación al apelante respecto de aquellos defectos formales susceptibles de reparación por un plazo no superior a tres días. La inadmisión del recurso por defectos procesales que pudieran haber sido subsanables es improcedente (AAP de Murcia, secc. 5ª, núm. 244/2007, de 15 noviembre). La STS núm. 335/2022, de 31 marzo va más lejos: si no se advirtió del defecto y no se requirió de subsanación, tampoco es viable la inadmisión. Alguna sentencia ha entendido que la subsanación puede incluso producirse cuando los autos están ya en manos del tribunal *ad quem* (SAP

21 LARA LÓPEZ, A. (2014), *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, ob.cit., p. 71 y ss.

22 LARA LÓPEZ, A. (2014), *El recurso de apelación y la segunda instancia penal*, ob.cit., p. 65 y 66.

Tarragona, secc. 2ª, núm. 183/2009, de 13 mayo); en contra de esta posibilidad el AAP Madrid, secc. 4ª, núm. 809/2008 de 4 septiembre.

La cuestión estriba, a este respecto, en determinar qué defectos formales pueden entenderse subsanables y cuáles no. En este sentido, la falta de fundamentación del recurso no ha sido considerada subsanable (AATSJ de Andalucía, Sala de lo C. y P., de 21 de enero de 2003 o el núm. 110/2002, de 26 de diciembre), al igual que la extemporaneidad de su presentación (por todas, AAP Castellón, secc. 1ª, núm. 436/2021 de 20 mayo). Sí lo ha sido la falta de postulación (AAP Sevilla, secc. 1ª, núm. 462/2019 de 27 junio).

A estos efectos, hay que estar a la doctrina ya vetusta del TC (un buen ejemplo es la STC 299/1999) que, recordando lo que establece el artículo 11.3 LOPJ, indica que el derecho a la tutela judicial efectiva impide que el mismo se perjudique por defectos que pudieron ser subsanados. Recuerda la referida sentencia, con cita de otras muchas, que la inadmisión de recursos por motivos formales no provoca en sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (a no ser que la inadmisión se produzca por un motivo no establecido en la ley o por una interpretación rigorista y formalista de éste) y que, en cualquier caso, las condiciones de admisibilidad de los recursos tienen como objetivo establecer una garantía de la integridad objetiva del proceso, cifrada fundamentalmente en que la relación jurídico-procesal se trabe adecuada y correctamente, lo que resulta indispensable para la plena eficacia de las garantías del art. 24.1 CE, impidiendo que se menoscabe la regularidad del proceso con arreglo a lo que sus normas establezcan (pues el art. 24.1 no deja de ser un derecho de configuración legal), o que sufran las garantías constitucionales que asisten también a la parte contraria en el proceso judicial, debiendo tenerse en cuenta que los defectos subsanables son aquellos cuya causa "*deber ser un error de la parte al dar forma o al presentar sus pretensiones ante el órgano judicial que recibe su recurso*", y que no lo son aquellos defectos provenientes de la "*pasividad, negligencia o malicia*" de la parte.

6. MOTIVOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con la salvedad de la apelación contra las sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado y las dictadas en conformidad, no existen motivos tasados de impugnación en el recurso de apelación (de ahí su caracterización general como recurso ordinario).

Cualquier motivo imaginable tendría encaje en alguna de las categorías siguientes, que se establecen en el artículo 790.2 LECrim:

(a) Quebrantamiento de normas y garantías procesales

Podemos identificar este motivo con la infracción de la ley procesal y de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, tanto procesales (art. 24 CE) como sustantivas relacionadas con el proceso (arts. 17 y 18).

Cuando se solicite la nulidad de la resolución recurrida alegando con base en este motivo, deberá acreditarse que se ha pedido la subsanación de la infracción legal o

constitucional en la primera instancia, salvo que aquella se hubiera cometido en un momento en que fuere imposible la reclamación (art. 790.2.II LECrim).

A este respecto, es necesario apuntar que hasta las SSTC 43 y 75/2023 la jurisprudencia del TS (STS núm. 411/2010 de 28 junio, o núm. 230/2021 de 27 abril), de los TTSSJJ (STSJ Madrid, Sala de lo C. y P., núm. 281/2021, de 14 septiembre; STSJ Cataluña, Sala de lo C. y P.,núm. 194/2023, de 6 junio) y de las Audiencias Provinciales (por todas, SAP Madrid, secc. 28, núm. 321/2019, de 21 junio; SAP A Coruña, secc. 3ª, núm. 236/2021, de 8 junio; SAP Islas Baleares, secc. 3ª, núm. 351/2023, de 6 junio), venía exigiendo que para alegar como motivo de alzada la incongruencia omisiva era requisito previo haber formulado petición de complemento de sentencia, ex. arts. 161 LECrim y 267.6 LOPJ; sin embargo, las sentencias del TC citadas establecen que esa exigencia es inconstitucional por resultar lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)) en la vertiente de derecho a la doble instancia penal.

(b) Error en la apreciación de las pruebas

El Tribunal ad quem tiene competencia total para reexaminar la prueba practicada y la apreciación o valoración de la realizada en primer grado. Se dice que el tribunal de apelación asume "la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba" (SSTC157/1995, 196/1998, 184/2013; SSTS núm. 843/2023, de 16 noviembre o núm. 52/2024, de 18 de enero), permitiéndole "efectuar una nueva valoración de la prueba sin condicionamiento alguno con todo el material obrante en las actuaciones" (SSTC 145/1987, 21/1993, 230/1997), con las excepciones que se dirán, derivadas de las garantías procesales de los absueltos o condenados respecto de los que se pida una agravación de la pena en apelación, como veremos más adelante, desde la STC 167/2002.

(c) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico sustantivo

El motivo no precisa de explicación adicional. El tribunal de apelación tiene facultad y competencia para analizar la subsunción de los hechos en la norma jurídica y confirmar o revocar la conclusión alcanzada por el tribunal a quo en referencia a los errores iuris que se pongan de manifiesto en el recurso.

En el ámbito del Tribunal del Jurado, art, 846 bis c) LECrim, como hemos adelantado, la situación es diferente, al existir un catálogo cerrado de motivos de apelación, lo que viene a desdibujar, en este concreto ámbito, la naturaleza de *ordinario* del recurso. Dichos motivos tasados son los siguientes:

(a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales en el procedimiento o en la sentencia, que causaren indefensión y si se hubiese efectuado la oportuna reclamación de subsanación (art. 846 bis c) a) LECrim).

(b) Infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil (art. 846 bis c) b) LECrim).

(c) Desestimación indebida de solicitud sobre disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo (art. 846 bis c) c) LECrim).

(d) Improcedencia de la disolución del Jurado (art. 846 bis c) d) LECrim).

(e) Vulneración de la presunción de inocencia (art. 846 bis c) e) LECrim).

En los supuestos establecidos en las letras a), c) y d) del artículo 846 bis c) para que se admita a trámite el recurso, deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, si bien desde el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 27 de mayo de 2015, se ha establecido que para recurrir con base en el artículo 846 bis c) a) no es necesaria la protesta previa.

También existen motivos tasados para la apelación de sentencias dictadas en conformidad, lo que veremos más tarde.

Especial consideración a la apelación contra sentencias absolutorias o condenatorias para agravación de pena.

En relación con los motivos de recurso, es imprescindible referirse al especial régimen jurídico del recurso de apelación contra sentencias absolutorias o condenatorias con la intención de agravar la condena, cuando el motivo de apelación es el error en la valoración probatoria.

Desde la STC 167/2002, complementada por las posteriores 184/2009 y 88/2013, resulta contrario a un proceso con todas las garantías que, conociendo a través de recurso, el órgano judicial *ad quem* funde la condena de quien ha sido absuelto en la instancia o agrave la situación del condenado, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas personales –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados– cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en una vista pública, en presencia del órgano judicial que las valora y de forma contradictoria, esto es, en presencia y con la intervención del acusado,[23] sin que el visionado por parte del Tribunal de Apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juzgador pueda suplir la inmediación desde el prisma de la credibilidad de los declarantes (SSTC 120/2009 o 2/2010).

Dicho criterio resulta también aplicable a aquellas decisiones de revisión que, sin alterar el relato de hechos probados declarado en la instancia, fundamentan la condena del acusado en la distinta apreciación de la concurrencia de elementos subjetivos del delito (aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle) (STC 125/2017).

Este criterio se vio codificado a través de la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, estableciendo desde entonces el artículo 792.2.I LECrim que la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó

23 Una amplia explicación sobre la STC 167/2002 y la evolución posterior, puede verse en SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica,* ob.cit., p. 87 y ss., y 331 y ss.

absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas. A este respecto es relevante reseñar que la ley no hace distingos respecto a qué tipo de pruebas se refiere, por lo que puede entenderse superada la doctrina jurisprudencial que establecía que era posible la condena del absuelto o la agravación de la pena del condenado cuando la alteración de los hechos declarados probados en la instancia resultaba del análisis de medios probatorios que no exigían presenciar su práctica para su valoración (SSTC 40/2004, 59/2005 o 75/2006), como es el caso de las pruebas documentales y periciales, salvo que el perito hubiera prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, en cuyo caso se convierte en un medio de prueba de carácter personal (STC 10/2004). Dado que el artículo 792.2.I no limita sus efectos a las pruebas personales, cabe afirmar que tampoco puede producirse la alteración del fallo de primer grado en el sentido expuesto, aun cuando la *ratio decidendi* de esa alteración sea la distinta valoración de prueba no personal.

Ahora bien, como también tenía establecido el TC (SSTC 4/2004, 23/2008 o STC 9/2024) resulta constitucionalmente admisible la anulación de una resolución judicial penal materialmente absolutoria en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación ya que, en ese escenario, la ausencia de garantías no permite hablar de "*proceso*" en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable en la medida en que ha sido dictada en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes.

Ello también ha sido codificado a partir de 2015 en el artículo 790.2.III LECrim que establece la posibilidad, no de condena del absuelto o agravamiento de la pena del condenado, pero sí de la anulación de la sentencia. Así, la acusación puede interesar dicha nulidad, alegando error en la valoración de la prueba, justificando la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia, o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.[24] En estos casos, la sentencia, absolutoria o condenatoria, sólo podrá ser anulada, devolviéndose las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida con indicación de si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si, en ese supuesto, el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa (art. 792.2.II LECrim).

La cuestión dista mucho de estar completamente clara. ¿Cuáles son los efectos de la sentencia que anula la absolución o agrava la pena cuando se trata de error en la valoración de prueba? ¿Debe el órgano a quo seguir el criterio probatorio de segundo grado? En teoría no, pero, ¿y en la realidad? ¿Tiene sentido que el órgano

24 Sobre estos motivos, véase, SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica,* ob.cit., p. 345 y ss.

a quo asuma una valoración probatoria contraria a la del órgano *ad quem*? El asunto excede con mucho de un trabajo de este tipo, pero es evidente que la problemática de las apelaciones contra absoluciones o con intención de agravar la pena en estos casos no está zanjada. Tal vez sea buena la solución que al respecto plantea el Anteproyecto de la LECrim, que veda a la acusación la posibilidad de recurrir con base en el error en la valoración probatoria.

7. TRAMITACIÓN DEL RECURSO

Hay que distinguir entre distintos supuestos:

(a) Apelación contra autos en el ámbito del procedimiento ordinario por delitos graves.

En estas apelaciones, admitidas "*en un solo efecto*", que significa, *sin efecto suspensivo* (lo que sucede con las resoluciones interlocutorias), el juez *a quo* expedirá los testimonios de los escritos y resoluciones que considere necesarios junto con aquellos que las partes pidan en el plazo de dos días desde la admisión del recurso (art. 225 LECrim) y emplazará a las partes para que "*dentro del término fijado en el artículo 224*", 10 días, comparezcan ante el Tribunal *ad quem.*

Recibidos los autos en el tribunal de apelación, si el apelante no hubiese comparecido en el término anterior, el LAJ declarará de oficio desierto el recurso (art. 228.I LECrim).

Comparecido el apelante, el LAJ le dará vista de los autos por 3 días para su instrucción y después a las demás partes por idéntico término, a no ser que los autos tuvieran "*carácter reservado*" (hay que entender, que la causa esté bajo secreto del sumario, ex. art. 301 LECrim) (art. 229 LECrim).[25]

Devueltos los autos por la última parte que se instruyó, el LAJ señalará día y hora para la vista. En ella las partes podrán informar sobre el recurso, fundamentando sus motivos de apelación (art. 230.I LECrim). La vista se celebrará sin que quepa motivo de suspensión alguno (art. 230.II LECrim). Antes del día señalado para ella, las partes podrán aportar los documentos que tuvieren por conveniente en justificación de sus posiciones, sin que sea admisible ningún otro medio de prueba (art. 231.I LECrim).Tras la vista se dictará el auto correspondiente resolviendo el recurso.

En las apelaciones admitidas "*en ambos efectos*", que significa *con efecto suspensivo* (lo que puede darse en resoluciones interlocutorias o no interlocutorias), la tramitación es igual, si bien en estos casos, el LAJ del Juzgado *a quo* remitirá al tribunal *ad quem* no solo testimonio de lo relevante, sino los autos completos originales (art. 224 LECrim).

25 Esta "reserva" al conocimiento de las partes en la apelación de cuestiones relevantes, no en vano, esos testimonios fueron incluidos por el juez *a quo*, presenta, en palabras de CORTES DOMINGUEZ "graves reparos desde el punto de vista constitucional". CORTES DOMÍNGUEZ, V. (2012), *Derecho Procesal Penal,* con MORENO CATENA, V., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 540-541.

La admisión de este tipo de recursos no impide la conclusión del sumario, pero el instructor tendrá que informar al tribunal encargado de la fase intermedia la existencia de los recursos de este tipo que se hallen pendientes de resolver, de forma que la tramitación de dicha fase quedará en suspenso hasta que se resuelvan dichas apelaciones (art. 622.IV LECrim).

(b) Apelaciones contra autos en el ámbito de los demás procedimientos penales

Se regulan en el artículo 766.3 LECrim.

Estas apelaciones se presentan por escrito en el que se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares que deban testimoniarse y se acompañarán otros documentos en apoyo del recurso. Admitida la apelación por el juez *a quo,* el LAJ dará traslado a las demás partes por cinco días a fin de que aleguen lo que tengan por conveniente, señalen otros particulares que deban ser testimoniados o aporten otra documentación. Pasado este plazo, el LAJ elevará los autos al Tribunal *ad quem,* que resolverá sin más trámite. Solo excepcionalmente, el tribunal de apelación podrá reclamar las actuaciones no enviadas para su consulta (art. 766.3 LECrim).

En el caso de apelaciones contra autos de prisión, el apelante podrá pedir vista, que se acordará, si bien la jurisprudencia menor ha precisado que la obligación de vista solo existe en el ámbito de la apelación contra el primer auto que acuerda la prisión preventiva, pero no contra los subsiguientes que la confirmen o ratifiquen (AAP Málaga, secc. 2ª, núm. 874/2022, de 25 de noviembre; AAN, Sala de lo Penal, núm. 8/2023, de 11 de enero; o AAP Granada, secc. 2ª, núm. 276/2023, de 14 de abril).

Cuando el recurso de apelación se hubiere formulado de forma subsidiaria al de reforma, resuelta ésta última en sentido contrario al apelante, total o parcialmente, el LAJ le dará traslado por cinco días para que formule alegaciones o presente documentos (art. 766.4 LECrim).

(c) Apelaciones contra sentencias dictadas por los Jueces de la Sección de lo Penal de los Tribunales de Instancia y Centrales de Instancia, Jueces de la Sección de Instrucción en delitos leves y en el ámbito del procedimiento rápido, Audiencias Provinciales y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y Jueces de Vigilancia Penitenciaria (apelación tipo)

La tramitación de estas apelaciones se regula en los artículos 790 a 792 LECrim, referidos a las apelaciones contra las sentencias de los Jueces de las Secciones de lo Penal del Tribunal de Instancia y Central de Instancia, constituyendo el procedimiento común o tipo para las apelaciones contra sentencia, por cuanto a dicha regulación se remite la LECrim para la tramitación de las apelaciones contra: *(i)* sentencias dictadas en procedimientos por delitos leves (art. 976 LECrim); *(ii)* sentencias dictadas conformidad en procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (como se deriva de lo dispuesto en el artículo 795.3 LECrim, SAP Madrid, secc. 30, Sección 30ª, núm. 104/2020, de 25 de febrero); *(iii)* sentencias dictadas por los Jueces de las Secciones de lo Penal de los Tribunales de Instancia o Central de Instancia en procedimientos rápidos, si bien estas apelaciones

cuentan con ciertas especialidades (art. 803 LECrim);[26] *(iv)* sentencias dictadas en los procedimientos de los que conocen las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 846 ter.3 LECrim); y *(v)* resoluciones dictadas por el Juez de la Sección de Vigilancia Penitenciaria de los Tribunales de Instancia y Central de Instancia (D.A. 5ª.9 LOPJ).

De acuerdo, por tanto, con la regulación de los artículos 790 a 792 LECrim, el recurso podrá ser presentado por cualquiera de las partes (siempre que exista gravamen) dentro de los diez días siguientes (con la posibilidad de suspensión del plazo por petición de grabación de las sesiones a los tres días siguientes de comenzar el plazo –art. 790.1.in fine– o por la petición de aclaración o complemento –art. 161 LECrim–) a aquel en el que se les hubiera notificado la sentencia (art. 790.1 LECrim).

En el escrito de formalización, que se presentará ante el juez o tribunal *a quo*, se expondrán, ordenadamente, las alegaciones de cada uno de los motivos en que se fundamente el recurso, fijando un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia (790.2.I LECrim). En dicho escrito podrá solicitarse la práctica de diligencias de prueba que se encuentren en las situaciones que prevé el artículo 790.3 LECrim, que analizaremos más tarde.

Si el escrito de formalización reúne los requisitos legales (expuestos *supra*) el Juez o Tribunal *a quo* admitirá a trámite el recurso. Si se advierte algún defecto subsanable, se concederán al apelante tres días para su subsanación (art. 790.4 LECrim).

Admitido el recurso, se dará traslado a las demás partes por un plazo común de diez días a fin de que presenten alegaciones al recurso, propongan prueba en su caso y fijen un domicilio para notificaciones (art. 790.5 LECrim). Dichas partes, en principio no apelantes, pueden adherirse a la apelación ejercitando pretensiones y alegando los motivos que estimen pertinentes (art. 790.1.II).[27] El LAJ dará traslado de la eventual adhesión a las demás partes, que tendrán dos días para impugnarla (arts. 790.6 en relación con el 790.1.III LECrim.

Presentados los escritos de alegaciones de las partes apeladas o transcurrido el plazo para ello sin haberse evacuado el trámite, el LAJ elevará a la Audiencia Provincial o a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, según quien sea el competente, los autos originales y todos los escritos presentados (art. 790.6 LECrim).

Recibidos los autos en la sala de apelación, el Tribunal resolverá primeramente sobre la proposición de prueba que, en su caso, se haya podido interesar, señalando vista para el caso de que se admita dicha prueba. También podrá celebrarse vista

---

26 Las especialidades que recoge el artículo 803.1 se refieren a que el plazo para presentar el escrito de formalización y para que las demás partes formulen alegaciones es de cinco días, y no de diez, que la sentencia habrá de dictarse a los tres días de la celebración de la vista o a los cinco si no hubo vista, y que la tramitación y resolución de estos recursos tiene carácter preferente.

27 Sobre esta cuestión de la adhesión a la apelación tratamos más extensamente en el epígrafe siguiente.

cuando, de oficio o a instancia de parte, el Tribunal la estime necesaria para formar su convicción (art. 791 LECrim).

Después de la vista o sin ella, el Tribunal dictará sentencia (art. 792.1 LECrim).

(d) Apelaciones contra sentencias dictadas por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado

El recurso debe interponerse, como el anterior, en el plazo de diez días, pero no desde la notificación a la parte recurrente, sino desde "*la última notificación de la sentencia*" (art. 846 bis b) I LECrim).

El plazo para alegar al recurso, impugnándolo o apoyándolo en todo o en parte, es de cinco días. En este plazo la parte no apelante inicial puede formular "*apelación supeditada*" (adhesión a la apelación), en la que planteará su disconformidad con todo o parte de la sentencia. Si se accionase este mecanismo, se dará traslado al apelante principal y a las demás partes de nuevo por cinco días para alegaciones al respecto (art. 846 bis d) I LECrim).

Concluidos los plazos de alegaciones, el LAJ emplazará a todas las partes ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente por término de diez días (art. 846 bis d) II LECrim). Si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, la sentencia dictada devendrá firme (art. 846 bis d) III LECrim). Si el apelante principal no comparecido se hubiera adherido, en su trámite de alegaciones correspondiente, al recurso del Ministerio Fiscal o de otra acusación, podrá, no obstante, continuar y seguir la tramitación del recurso, acudiendo a la vista (ATSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 15 de marzo de 2024 (recurso Ley del Jurado nº 3/2024).

Personado algún apelante, el LAJ señalará día para la vista del recurso (art. 846 bis e) LECrim). Tras la vista, se dictará sentencia (art. 846 bis f) LECrim).

(e) Apelaciones contra sentencias dictadas por el Juez de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia o Central de Instancia.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor es parca en su artículo 41 a la hora de determinar cuáles son los trámites para ventilar el recurso de apelación contra la sentencia que dicta el Juez de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia o Central de Instancia.

No obstante, la remisión expresa que dicha Ley hace al recurso de apelación del procedimiento abreviado de la LECrim para los autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan determinados incidentes, y la remisión genérica que la ley del menor hace a la LECrim en la Disposición Final Primera, hace que debamos acudir a la regulación de la apelación común o tipo (arts. 790 a 792 LECrim), con las siguientes especialidades: *(a)* el plazo de interposición será de cinco días; *(b)* se limita la práctica de prueba en segunda instancia a aquella "*propuesta y admitida*" que "*no se hubiera celebrado*"; y *(c)* se celebrará imperativamente una vista donde asistirán, si el Tribunal lo considera oportuno el representante del equipo técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menor que hayan intervenido en el caso.

8. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN

Como explica la STS núm. 920/2023, de 14 diciembre, en un sentido puramente etimológico, adherirse a pretensiones o razonamientos consistiría en sumarse o manifestar apoyo a aquélla o a éstos. Así, tradicionalmente, la adhesión a un recurso era entendida por doctrina y jurisprudencia como aquella que permitía a la parte no recurrente hacer propias, incluso con matices o precisiones, las consideraciones que fundamentaban el recurso principal, con un carácter supeditado, lo que implicaba que, desistido el recurso principal, la adhesión decaía también. Se razonaba por la jurisprudencia que la adhesión a un recurso no podía consistir en uno nuevo, sin relación con el preparado e interpuesto por parte distinta, sino que debía referirse a éste, aun cuando se apoyara en consideraciones relativamente diferentes, pues adherirse significa tanto como asociarse, unirse al recurso, complementando los esfuerzos en pos de un común objetivo, dando nuevas razones que apoyen la tesis mantenida, dentro de los mismos fundamentos, pues de no ser así, es decir, en el caso de ejercitarse otro tipo de pretensiones, se estaría permitiendo un nuevo recurso cuando el derecho para ejercitarlo había caducado ya.

Sin embargo, continúa la STS indicada, esta concepción cambió a partir de la reforma de la LECrim (operada por la ley 13/2009, de 3 de noviembre)[28], debido a las posibilidades de impugnación de la resolución no recurrida, tanto en el ámbito del enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado como en el marco del recurso de apelación frente a resoluciones dictadas en el procedimiento penal abreviado. Así, el artículo 790.1 LECrim autoriza también a la parte que no hubiera interpuesto el recurso de apelación a adherirse a la misma en el trámite de alegaciones, *"ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan"*. Ello determina la existencia, más que de una mera adhesión en el sentido tradicional expuesto, de una suerte de nuevo recurso de apelación supeditado, en el sentido de que, aun cuando sigue vinculado al devenir del recurso principal, –abandonado el mismo también la adhesión decae–, resulta ahora posible sostenerlo sobre pretensiones propias, no necesariamente vinculadas a las del recurso principal, denominada *adhesión autónoma* o *heterogénea*.

En efecto, el artículo 790.1.II LECrim establece que la parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo.

Es la denominada *apelación adhesiva heterogénea* (STSJ Aragón, Sala de lo C. y P, núm. 56/2019, de 17 de septiembre), que se diferencia de la homogénea en que ésta última se limita a apoyar todos o alguno de los motivos de apelación del apelante principal.

Ello implica, al igual que sucede en el orden jurisdiccional civil (ex. art. 461.1 LEC), que la parte que haya dejado pasar el plazo para recurrir en apelación pue-

28 Todo apunta a que esta reforma vino *forzada* por la STC 234/2006, que luego citaremos, por la que se permitía que el apelante adhesivo planteara cuestiones distintas del principal.

de, cuando se le de traslado del recurso formulado por la otra parte, recurrir a su vez la sentencia, adhiriéndose al trámite de recurso abierto, y planteando cuestiones nuevas y distintas a las formuladas por el apelante principal (STC 234/2006), si bien si éste último retirase su recurso, el de aquél también decaerá.

Se ha discutido sobre la constitucionalidad de esta posibilidad procesal de la que disfruta la parte que no ha apelado inicialmente, por posible vulneración de la prohibición de la *reformatio in peius* para el apelante principal y por el escaso margen de tiempo que se concede a las demás partes para oponerse a la misma (2 días).[29] Desde luego, ese plazo se revela como escasísimo y sería bueno que fuese rectificado cuanto antes por el legislador.

9. PRÁCTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Nuestro sistema de apelación limitada o *mixto, a caballo,* entre el *novum iudicium* y la *revisio prior instantiae,* permite la práctica de prueba en segunda instancia en determinadas circunstancias y condiciones.

El artículo 790.3 LECrim, dentro de la tramitación que hemos denominado *común* o *tipo* del recurso de apelación, establece que las partes podrán proponer prueba en el recurso, siempre que sea prueba que: *(a)* no pudo proponerse en primer grado; *(b)* propuesta, le hubiere sido indebidamente denegada, siempre que se hubiese formulado protesta; o *(c)* admitida que no pudiera practicarse por causas que no le fueren imputables a la parte (art. 790.3 LECrim). La jurisprudencia es escrupulosa con estos requisitos, rechazando de ordinario cualquier otra petición que exceda de estos supuestos (por todas, SAP Málaga, secc. 2ª, núm. 679/2006, de 29 de noviembre; SAP Madrid, secc. 4ª, núm. 12/2008, de 16 de enero; SAP Alicante, secc. 1ª, núm. 310/2019, de 13 de mayo). Como antes se ha visto, la admisión, en su caso, de la prueba, provocará el señalamiento de vista (art. 791.1 LECrim).

Más flexible parece resultar la regulación al respecto en el ámbito de los recursos de apelación contra resoluciones interlocutorias, que no abren segunda instancia, tanto en el procedimiento ordinario –donde el artículo 231 LECrim establece que las partes podrán presentar antes del día de la vista los documentos que tuvieren por conveniente en justificación de sus pretensiones–, como en el abreviado –donde el artículo 766.3 LECrim indica que tanto el apelante como el apelado pueden acompañar a sus escritos los documentos justificativos de sus pretensiones–. Nótese, eso sí, que esta posibilidad de prueba en el recurso se limita a la prueba documental.[30]

---

29 CAMARENA GRAU, S. (2015), *93 cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal*, HERNANDEZ GARCÍA, J. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 391 y ss. Defendiendo, por el contrario, que la adhesión heterogénea o reconvencional, no lesiona el principio de la *reformatio in peius*, VIDAL HERRERO, A. (2019), *La apelación adhesiva penal,* Dykinson, Madrid, p. 153; lo que sí critica el autor es el escaso plazo de 2 días para impugnar el recurso adhesivo, p. 189-190.

30 HERNANDEZ GARCIA, J. (2015), *93 cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 122.

10. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS EN CONFORMIDAD

El artículo 787 ter 7 LECrim establece que únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.

La impugnabilidad de las sentencias de conformidad ha sido tratada de forma exhaustiva por el TS en relación con la casación, desarrollando una doctrina que puede ser trasladada, en nuestra opinión, al recurso de apelación.

Así, de acuerdo con la STS núm. 902/2023, de 30 noviembre, con cita de otras, las sentencias dictadas tras conformidad están, en términos generales, excluidas del recurso de casación, y ello por cuanto la conformidad, garantizada y avalada por el letrado de la defensa, comporta una renuncia implícita a replantear para su revisión las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos, pues lo contrario afectaría al principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *pacta sunt servanda*, y podría dar lugar a fraudes procesales, a través de estrategias dirigidas a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévola, para posteriormente impugnar en lo previamente aceptado.

Ahora bien, esa regla general de inadmisibilidad del recurso está condicionada, continúa la sentencia citada, a una doble exigencia: *(a)* que se hayan respetado los requisitos formales y materiales legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad; y *(b)* que se hayan respetado en la sentencia los términos del acuerdo entre las partes.

De acuerdo con DE PRADA BENGOA pueden ser objeto de este recurso las siguientes cuestione:[31] *(a)* las relativas al cumplimiento de los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia de conformidad, en concreto: *(i)* cuando no se hayan respetado las exigencias procesales de la información de las consecuencias de la conformidad (art. 787.2 y 4); *(ii)* cuando la conformidad se haya dictado en un supuesto no admitido en la Ley; y *(iii)* cuando se alegue que la conformidad no fue libremente prestada o la existencia de un vicio del consentimiento que haga ineficaz la conformidad (por ejemplo, error); y *(b)* las relativas al cumplimiento de los términos del acuerdo de la conformidad, que no hayan sido respetados (bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta).

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede cuando la sentencia de conformidad se dicta *in voce* y las partes se comprometen, a requerimiento del tribunal a no recurrir la sentencia, declarándose en ese mismo acto la firmeza la sentencia, pero sin embargo la sentencia escrita posterior no se ajusta a los términos del acuerdo o no respeta los requisitos materiales necesarios. En dichos supuestos, entendemos que el recurso sería admisible, al estar viciada la voluntad manifestada de no recurrir la

31 DE PRADA BENGOA, M.P. (2007), "Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia", ob. cit., p. 5 y 6,

sentencia de conformidad dictada *in voce*. En parecido sentido, la SAP Cádiz, secc. 3ª, núm. 314/2022 de 10 noviembre.

11. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES QUE SE DICTAN EN APELACIÓN

La sentencia o auto que resuelve la apelación puede tener los siguientes efectos:

(a) La confirmación de la resolución recurrida

Este efecto se produce cuando el recurso de apelación se desestima.

Si bien ello no se dice expresamente en ningún lugar de la LECrim resulta una consecuencia lógica del propio sistema de alzada, pudiendo también derivarse de distintas previsiones legales, como la que establece la firmeza de las resoluciones que no se recurren (arts. 141.V, 789.2 LECrim) y de las que, habiéndose recurrido, dicho recurso decae antes incluso de sentencia, por el desistimiento del apelante o su falta de comparecencia, en su caso (art. 846 bis d) III LECrim).

(b) La anulación de la sentencia recurrida con devolución al órgano a quo

Esto sucederá en los siguientes supuestos y consecuencias, previstas expresamente en la ley:

(i) Cuando se declara haber lugar al recurso por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento.

En estos casos, el tribunal ad quem, sin entrar en el fondo, ordenará que el procedimiento se retrotraiga al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la vulneración procesal, sin perjuicio de que conserven su validez todos los actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la infracción procesal perpetrada (art. 792.3 LECrim).

(ii) Cuando se anula una sentencia absolutoria o condenatoria, a instancias de la acusación por error en la valoración de la prueba (art. 792.2.II LECrim).

La devolución se producirá a fin de que, según dictamine el tribunal ad quem, se celebre nuevo juicio o se dicte nueva sentencia, y en el primer caso, si ese nuevo juicio se celebrara con la misma o con distinta composición del tribunal (art. 792.2.II LECrim). La tendencia jurisprudencial se sitúa en ordenar un nuevo juicio con un nuevo tribunal (SAP Las Palmas, secc. 1ª, núm. 2/2018, 10 enero; SAP Burgos, secc. 1ª, núm. 276/2018, de 17 julio; SAP Jaén, secc. 3ª, núm. 145/2019, de 11 abril; STSJ Valencia, Sala de lo C. y P., núm. 262/2021 de 30 septiembre; SAP Barcelona, secc. 8ª, de 7 de julio de 2022; STSJ Castilla y León, Sala de lo C. y P., núm. 105/2023, de 12 diciembre), si bien en el caso de que la razón de la estimación del recurso sea la omisión de valoración de una prueba, la jurisprudencia opta por la nulidad simple de la sentencia para que el mismo tribunal sentenciador dicte una nueva pero valorando, con libertad de criterio, aquella prueba (STSJ de Valencia, Sala de lo C. y P., núm. 105/2023 de 12 diciembre; STSJ Aragón, Sala de lo C. y P., núm. 17/2024, de 29 febrero).

La solución no es totalmente satisfactoria. Como apunta SAGÜILLO TEJERINA, la práctica de la prueba en un nuevo –segundo– juicio se encuentra afectada y condicionada por el resultado del primero, afirmando que la práctica de las pruebas se consuma con su misma realización, siendo todo lo demás una "puesta en escena ficticia".[32] *En cualquier caso, dado el tenor literal de la norma y del estado actual de nuestro sistema, esta solución parece la más acorde, al menos, con la exigencia de imparcialidad objetiva de la que, obviamente carece, quien ya ha juzgado sobre el mismo objeto.*

También se ha limitado el fallo a ordenar la nulidad de la sentencia en un supuesto donde el tribunal que absolvió valoró prueba no propuesta ni practicada en juicio (SAP Murcia, secc. 2ª, núm. 149/2023 de 5 julio), o cuando se ha valorado una prueba que era improcedente (STSJ La Rioja, Sala de lo C. y P., núm. 6/2023 de 12 septiembre).

En estos supuestos (nulidad de la sentencia, pero no del juicio), cabe indicar que no existe en la LECrim disposición alguna que establezca la vinculación del tribunal a quo con los razonamientos probatorios del tribunal ad quem. Es por ello perfectamente factible que el tribunal de primer grado vuelva a dictar sentencia absolutoria o condenatoria con la misma imposición de pena anterior[33] *y, a su vez, es también posible que esa sentencia vuelva a ser recurrida en apelación y que vuelva a ser anulada, y así, sucesivamente.*[34]

(iii) Cuando se estima la apelación en atención a los motivos de las letras a) y d) del artículo 846 bis c) LECrim (ámbito del Tribunal del Jurado). La consecuencia será la celebración de nuevo juicio con distinto Jurado (art. 846 bis f) LECrim).

(c) La revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra de signo total o parcialmente contrario

Como en lo que respecta a la confirmación de la resolución recurrida, no existe precepto legal específico que indique cuál es la consecuencia o efecto que tiene la estimación de un recurso de apelación por motivos distintos a los indicados en el apartado anterior.

Sin embargo, no es discutido que el tribunal de apelación tiene, como ya hemos visto anteriormente, plena jurisdicción sobre el asunto, por lo que puede, con las limitaciones que hemos visto *supra* en relación con apelaciones que pretendan la condena del absuelto o la agravación de condena con base en error en la valora-

32 SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), El recurso de apelación penal y la motivación fáctica, ob.cit., p. 367 y ss

33 No obstante, parece dudar de ello DELGADO MUÑOZ, L.J. (2018), "La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de modificación de la LECrim. El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional", en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 48, p. 30, que indica que existe "incertidumbre" respecto de la existencia de dicha vinculación.

34 SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica*, ob.cit., p. 370 y ss.

ción probatoria, revocar la sentencia apelada y dictar en su lugar otra que corrija la anterior,[35] y que puede ser:

(i) Condenatoria o agravatoria de la condena dictada en primer grado, siempre y cuando el motivo del recurso haya sido la infracción de ley;

(ii) Absolutoria o reductora de la pena, por cualesquiera motivos que se estimen.

Cabe racionalmente preguntarse si no es posible una sentencia que condene al absuelto o agrave la pena del condenado tras la valoración de la prueba que haya sido practicada en segunda instancia, ex. art. 790.3 LECrim.

La ley no lo aclara expresamente, pero del tenor literal de lo dispuesto en el artículo 792.2 LECrim y de la imposibilidad en nuestro sistema de reproducir la prueba ya practicada, –sin que, como hemos visto, valga la reproducción videográfica a estos efectos–, se deduce que la respuesta a la anterior pregunta será negativa, salvo *casos de laboratorio* prácticamente imposibles que se den en la práctica.

Como indica la SAP de Madrid, secc. 26ª, núm. 57/2025, de 22 de enero, aunque se practique prueba en segundo grado, ex. art. 790.3 LECrim, sólo estaríamos practicando "*alguna o algunas pruebas de carácter personal"* pero no todas las que conforman el acervo probatorio de la causa, *"por no permitir el legislador reproducir las pruebas personales que tuvieron lugar en la instancia.*", como por ejemplo, la declaración del acusado u otras testificales y periciales. Dado que, como hemos visto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas pruebas personales solo pueden ser valoradas por el órgano jurisdiccional que las ha presenciado, para que con base en la prueba personal acordada en segunda instancia pudiese dictarse sentencia condenatoria del absuelto o una agravación de la pena del condena, deberíamos estar ante un supuesto donde no hubiese existido prueba personal en primer grado, lo que es prácticamente imposible de concebir, a no ser que tuviéramos un asunto donde sin testigos ni peritos, el acusado se hubiera acogido a su derecho a no contestar a ninguna pregunta.

En definitiva, dado que no es posible practicar todas las pruebas personales del proceso en segundo grado, la condena del absuelto o agravamiento de la pena del condenado, incluso en los casos de práctica de alguna de las pruebas en segunda instancia, no sería constitucionalmente viable.

12. LAS COSTAS

Establece el artículo 239 LECrim que en los autos o sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales. El artículo 240 LECrim nos indica que se puede declarar las costas de oficio (es decir, cada parte paga las suyas), condenar a su pago al "*procesado*" (rectius: al condenado) y también al querellante particular o actor civil, siempre que éstos últimos, hayan obrado con temeridad o mala fe. No rige en el proceso penal el principio de vencimiento del proceso civil.

35 BANACLOCHE PALAO, J. (2015), *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*, ob.cit., p. 342.

Estos artículos son aplicables al trámite del recurso de apelación, de acuerdo con jurisprudencia pacífica (STS núm. 286/2019, de 30 de mayo; SAP Barcelona, secc. 20ª, núm. 422/2023, de 4 de julio).

Es posible, por tanto, imponer las costas del recurso de apelación al condenado apelante, siempre que, obviamente, el recurso se desestime, o al acusador particular o actor civil, en la mismas circunstancias, si concurre mala fe o temeridad.

A este respecto, el AAP de Badajoz, secc. 3ª, núm. 87/2024, de 20 de marzo, estima que concurrirán los requisitos para imponer las costas al acusador privado cuando éste "*perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia*". En el caso concreto, la AP de Badajoz impuso las costas del recurso por cuanto "*En el presente caso, y con los antecedentes que se han expuesto, donde el recurrente pese a ver desestimadas sus pretensiones en Primera Instancia con la denegación del recurso de reforma, ante unos hechos que claramente no encajan en el Código Penal, y pretender mantenerlas en esta segunda instancia, sin fundamento sólido, deberá correr con las costas del recurso*". La existencia de la temeridad o mala fe ha de ser notoria y evidente (STS núm. 682/2006, de 25 de junio), debiendo mantenerse una interpretación restrictiva (STS núm. 842/2009, de 7 de julio).

En la inmensa mayoría de los casos, las resoluciones de apelación no hacen especial imposición sobre costas, lo que tiene su lógica respecto del recurso de la defensa, pero no tanto respecto del de la acusación. En nuestra opinión, los criterios de imposición de costas deberían flexibilizarse en esos supuestos, debiendo ser la regla general la de dicha imposición de costas al apelante acusador particular o privado y también al Estado, si el que recurriese fuese el Ministerio Fiscal, si bien esto último no deja de ser un *desiderátum* del autor, ya que ello no tiene en la actualidad encaje legal.

13. RECURSO CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DECIDE LA APELACIÓN

Contra los autos resolviendo recursos de apelación no cabrá ningún recurso, si bien podrá formularse casación, siempre que estemos ante autos para los que la ley expresamente autorice el recurso (arts. 25, 31, 32, 35, 37, 40, 43, 69, 636, 659, 664 y 988 LECrim) osean no interlocutorios dictados en primera instancia y en apelación por las Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada (art. 848).

Contra todas las sentencias dictadas en segundo grado, menos aquellas que se limiten a declarar la nulidad de la primera instancia, sí cabe recurso de casación (art. 847 LECrim), variando sin embargo el elenco de motivos por los que dicho recurso sería admisible. Así:

(a) las sentencias en segundo grado dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional

podrán ser recurridas en casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma (art. 847.1 LECrim);

(b) las sentencias en segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación alegando como motivo la infracción de ley (art. 847.2 LECrim).

14. LA APELACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

14.1. Introducción

En este asunto seguimos moviéndonos en un terreno de incertidumbre. Como cualquier lector más o menos entendido conoce, éste es el tercer intento reciente de reformar la LECrim (los primeros fueron en 2011 y 2013) y hoy, cuatro años después de la publicación del Anteproyecto, su aprobación dista mucho de estar asegurada. Los avatares políticos en los que estamos incursos como sociedad y como democracia parece que lo impiden. La polarización y la imposibilidad de que los dos grupos mayoritarios consensuen en algo tan relevante como esto, también es un escollo. No se olvide que el corazón de la reforma que se propone es la atribución de la instrucción a la Fiscalía, institución que, podemos afirmar sin riesgo alguno, se encuentra inmersa en una importante crisis, a muchos niveles.

Somos, por tanto, pesimistas respecto de que el texto de 2020, con modificaciones o sin ellas, vaya a llegar a ver la luz. Pero tampoco lo podemos descartar. La política, como alguien dijo, corrigiendo al mismísimo Aristóteles, es *el arte de lo imposible.*

14.2. Líneas generales de la pretendida reforma

No vamos, obviamente, a disertar demasiado sobre esta cuestión, dado que no es objeto de este trabajo y, además, ya se pronunciado sobre el particular la mejor doctrina.[36]

Seremos pues, muy breves, para contextualizar la materia objeto de nuestro estudio, dado que el nuevo sistema de apelación es tributario del profundo cambio de modelo que el Anteproyecto propone, y que tiene sus líneas generales, en lo que interesa al objeto de este estudio, en lo siguiente:

36 ARNAIZ SERRANO, A. (2022), "Aspectos generales del Anteproyecto de LECRIM de 2020", en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020,* JIMÉNEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 27 y ss; MUERZA ESPARZA, J. (2020), "Sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 969, versión electrónica.

(a) Atribución de la investigación al Ministerio Fiscal y creación de un Juez de garantías. Ello tiene incidencia relevante en el modelo del recurso de apelación respecto de las resoluciones interlocutorias y no interlocutorias de crisis del procedimiento que puede acordar el Ministerio Fiscal.

(b) La modificación del organigrama judicial. Si bien el diseño que tiene en cuenta el Anteproyecto es ligeramente diferente al ya aprobado por la LO 1/2025, de 2 de enero. En todo caso, dado que nuestro comentario es sobre el Anteproyecto, nos ceñiremos al mismo, aunque cabe ya adelantar que deberá sufrir los cambios correspondientes si en algún momento el Anteproyecto llega a convertirse en ley. De acuerdo con el texto que analizamos, el control judicial de la fase de investigación corresponderá a la Sección de Investigación, bien del Tribunal de Instancia, o bien de la Audiencia Nacional (esto es igual en la LO 1/2025). En cada Sección de Investigación habrá un Juez de garantías. La fase intermedia se atribuye a la Sección de Enjuiciamiento,[37] *y estará servida por un Juez de la audiencia preliminar que no es ni el Juez de garantías ni intervendrá en el enjuiciamiento.*[38] *La fase de juicio oral se atribuye también a la Sección de Enjuiciamiento y estará compuesta de forma diferente dependiendo del tipo de procedimiento. La regla general es que estará formada por un Magistrado cuando el delito sea leve o menos grave, o por tres cuando sea grave (aquí difiere de la LO 1/2024 donde las Secciones de Enjuiciamiento serían las equivalentes al Juez de lo Penal, manteniéndose las Audiencias Provinciales como órganos enjuiciadores en los supuestos correspondientes). La Sección de reforma de los Tribunales de Instancia o de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de reforma contra las resoluciones susceptibles de impugnación emitidas por el Juez de garantías, el Juez de la audiencia preliminar y el Juez o tribunal de ejecución. La Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia conocerá de los recursos de apelación contra autos de sobreseimiento y sentencias dictadas por los Tribunales de Instancia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional de los recursos de apelación contra las mismas resoluciones dictadas por las secciones penales de dicha institución.*[39]

14.3. La apelación en el Anteproyecto

El sistema de apelación que se diseña en el Anteproyecto de la LECrim de 2020 viene inexorablemente unido al cambio de organigrama judicial que propugna el texto, con la creación de los Tribunales de Instancia y los Jueces de garantías y la unificación de los órganos de segunda instancia.

---

37 Sobre la fase intermedia en el Anteproyecto, véase, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. (2022), "La fase intermedia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *RAPDPUE*, nº 4, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 149 y ss.

38 GUERRERO PALOMARES, S. (2006), "La fase intermedia y la imparcialidad objetiva del juez español. Las experiencias italiana y norteamericana: el guidice per la indigini preliminare y la revisión del Grand Jury", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 16, p. 117 y ss.

39 Sobre todo esto, *in extenso*, véase, CASTILLO RIGABERT, F. (2022), "Tribunales: jurisdicción y competencia; régimen general de las actuaciones", en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*…ob.cit., p. 113 y ss.

Así, serán competentes para conocer del recurso de apelación: la Sala de Apelación de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con las resoluciones apelables dictadas por los Tribunales de Instancia de su circunscripción, la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional respecto de los dictados por órganos de dicho Tribunal, las Salas de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo en los procedimientos contra aforados de su competencia (art. 721) y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Justicia (art. 727.3).

Las resoluciones recurribles en apelación son únicamente los autos de sobreseimiento, los que declaren que la prueba ha sido obtenida con violación de derechos fundamentales, los autos dictados en ejecución de sentencia cuando así lo establezca la ley (art. 722) y las sentencias, excepto las dictadas por el Tribunal Supremo (art. 726).

¿Y qué pasa con las resoluciones dictadas por el Juez de garantías, el Juez de la audiencia preliminar o el Juez de ejecución? Pues que serán objeto –aquellas para las que la ley expresamente lo permita, ex. art. 718– de un nuevo recurso de reforma (art. 717 a 720), que será conocido por un colegio de tres Magistrados que no son, en puridad, superiores jerárquicos del órgano a quo, sino que serán pertenecientes al mismo Tribunal de Instancia, lo que, en palabras de la doctrina, ocasiona una "*apelación encubierta*".[40]

Otra novedad importante que, junto con la limitación de las resoluciones apelables, hace que deba dudarse del carácter de *ordinario* del recurso en el Anteproyecto, es que la acusación sólo puede apelar con base en infracción de normas sustantivas o procesales, pero no por error en la valoración de la prueba, cosa que solo puede hacer la defensa. Con esta pretendida regulación se pone punto y final a la polémica sobre la posibilidad real o no de apelar contra el absuelto o condenado con la intención de agravar su pena, cuando el recurso se fundamenta en un error en la valoración probatoria.

En cuanto a la prueba, la misma solo podrá proponerse por parte del apelante condenado (art. 736.1), si bien el apelado también podrá hacerlo para el caso de que la prueba interesada por el condenado haya sido admitida (art. 736.2).

Siendo éstas las novedades más relevantes,[41] una primera aproximación parece positiva, dado que se unifica la regulación del recurso y se solventan algunas cuestiones técnicas problemáticas. En todo caso, habrá que estar, primero, a la aprobación o no de la norma, y luego, a su desarrollo práctico, para poder evaluar más categóricamente el nuevo sistema.

---

40 CHOZAS ALONSO, J.M. (2022), "La regulación de los recursos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y los recurso contra autos", en *RAPDPUE*, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), nº 5, p. 155

41 Para el análisis completo de la cuestión, véase, TOMÉ GARCÍA, J.A. (2020), "El recurso de apelación contra sentencias en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *RAPDPUE*, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), nº 5, p. 161 y ss.

15. CONCLUSIONES

La regulación del recurso de apelación en nuestro sistema es claramente mejorable en cuanto a su ordenación sistemática; si bien, podemos afirmar que resulta razonablemente satisfactoria como medio de impugnación contra resoluciones de primer grado, tanto en lo relativo al amplio abanico de resoluciones recurribles, como al ámbito y efectos del propio recurso, dejando a salvo las deseables mejoras menores que hemos ido apuntado a lo largo del estudio.

Así, puede indicarse que todas las resoluciones judiciales con incidencia en el procedimiento pueden ser sometidas al examen del órgano superior, tanto las interlocutorias como no interlocutorias y, por supuesto, las sentencias, incluso aquellas que absuelven al condenado, con las limitaciones derivadas de la jurisprudencia del TEDH (Caso Ekbatani v Suecia, 1983) y del desarrollo de la doctrina del TC sobre la garantía del juicio justo a partir de la STC 167/2002.

En cuanto al ámbito del recurso, su caracterización como recurso *ordinario* –con las excepciones vistas de los recursos contra sentencias en el procedimiento del Tribunal del Jurado y contra sentencias dictadas en conformidad– permite una amplitud más que suficiente respecto de los motivos de apelación. Por ello es posible afirmar que el actual sistema garantiza de forma más que suficiente la efectividad del segundo grado jurisdiccional y, en general, el derecho a un juicio justo, al poder someter la práctica totalidad de las decisiones que emanan del procedimiento a una revisión por parte de un órgano superior.

Es cierto, no obstante, como indicábamos al inicio del epígrafe, que contamos con un regulación compleja y diseminada por toda la LECrim y otras leyes y que eso hace difícil, en determinadas ocasiones, el conocimiento completo y exhaustivo del importante instrumento que implica el recurso de apelación penal, tanto si constituye segunda instancia como si no. Esperamos haber contribuido a una cierta aclaración al respecto con este trabajo, sin embargo, esa deseable claridad debería desprenderse del propio texto legislativo.

Por ello, resultaría necesario que se estableciera, de verdad, una apelación *común* para todas las resoluciones judiciales, quizás con una única distinción dependiendo de si el recurso supone o no la apertura de la segunda instancia, construyendo un régimen jurídico más abreviado y simple para estas últimas, y más elaborado, con más garantías y más posibilidades procesales para las primeras, atendiendo a su mayor relevancia e importancia en la afección de los derechos fundamentales de los justiciables.

En este sentido, el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020 parece responder a esta necesidad, si bien la valoración final del acierto o desacierto del régimen jurídico que se propone deberá valorarse *a posteriori,* para el caso de que el Anteproyecto acabe viendo la luz.

16. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T. (2013), *Lecciones de Derecho Procesal Penal,* Marcial Pons, Madrid.

ARNAIZ SERRANO, A. (2022), "Aspectos generales del Anteproyecto de LECRIM de 2020", en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020,* JIMÉNEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

BANACLOCHE PALAO, J. (2015), *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal,* La Ley, Madrid.

BERMÚDEZ OCHOA, E.V. (2007), "La sentencia de apelación", en *Estudios de Derecho Judicial*, nº 101/2006, CGPJ, Madrid.

CAMARENA GRAU, S. (2015), *93 cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal,*

HERNANDEZ GARCÍA, J. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CASTILLO RIGABERT, F. (2022), "Tribunales: jurisdicción y competencia; régimen general de las actuaciones", en *Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020,* JIMÉNEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

CHOZAS ALONSO, J.M. (2022), "La regulación de los recursos en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. Disposiciones generales, recursos contra resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia y los recurso contra autos", en *RAPDPUE*, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), nº 5.

CORTES DOMÍNGUEZ, V. (2012), *Derecho Procesal Penal,* con MORENO CATENA, V., Tirant lo Blanch, Valencia.

DE MARCOS MADRUGA, F. (2024), "El procedimiento ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria", *RAPDPUE*, nº 9.

DE PRADA BENGOA, M.P. (2007), "Aspectos formales del recurso de apelación contra sentencia", en *Los recursos de casación y apelación en el orden penal, Estudios de Derechos Judicial*, CGPJ, Madrid, 101/2006.

DELGADO MUÑOZ, L.J. (2018), "La segunda instancia penal tras la Ley 41/2015 de modificación de la LECrim. El recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional", en RGDP, nº 48.

GIMENO SENDRA, V. (1999), *Derecho Procesal Penal,* Colex, Madrid.

GUERRERO PALOMARES, S. (2006), "La fase intermedia y la imparcialidad objetiva del juez español. Las experiencias italiana y norteamericana: el guidice per la indigini preliminare y la revisión del Grand Jury", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 16.

GUERRERO PALOMARES, S. (2021), "La vinculación de los tribunales *ad quem* a las peticiones acusadoras en fase de recurso", en *RAPDPUE*, nº 4.

HERNANDEZ GARCIA, J. (2015), 93 cuestiones básicas sobre la segunda instancia penal, Tirant lo Blanch, Valencia.

HINOJOSA SEGOVIA, R. (2000), *Derecho Procesal Penal,* VVAA, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

LARA LÓPEZ, A.M. (2014), *El recurso de apelación y la segunda instancia,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

MORENO CATENA, V. (2008), "Recurso de apelación y doble instancia penal", en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 4.

MUERZA ESPARZA, J. (2020), "Sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 969, versión electrónica.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. (2022), "La fase intermedia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *RAPDPUE*, nº 4, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia ORTELLS RAMOS, M. (1997), *Derecho Jurisdiccional. Tomo III,* Tirant lo Blanch, Valencia.

SAGÜILLO TEJERINA, E. (2024), *El recurso de apelación penal y la motivación fáctica,* Tirant lo Blanch, Valencia.

TOMÉ GARCÍA, J.A. (2022), "El recurso de apelación contra sentencia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *RAPDPUE*, ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

VIDAL HERRERO, A. (2019), *La apelación adhesiva penal,* Dykinson, Madrid.

La nueva regulación de la acumulación de acciones contra una empresa deudora y contra su administrador: cuando la jurisprudencia indica el camino al legislador

The new regulation of the accumulation of actions against a debtor company and its administrator: when jurisprudence shows the way to the legislator

JAIME ALGABA CHUECA

Doctorando en Derecho UNED - Departamento de Derecho Procesal

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

jaimealgaba@icalba.com

https://orcid.org/0009-0003-6752-4618

Resumen: El presente artículo analiza un interesante episodio de la práctica judicial procesal en España, en el que el Tribunal Supremo, mediante una resolución del año 2012, confirmada posteriormente por otras tantas, y creando con ello un sólido cuerpo jurisprudencial, se apartó del tenor literal de la ley para permitir una acumulación de acciones que ésta prohibía expresamente, esto es, la reclamación de cantidad frente a una sociedad mercantil deudora y de responsabilidad por deudas sociales frente a su administrador, cuya competencia atribuyó a los anteriormente denominados Juzgados de lo Mercantil. Este conflicto judicial-normativo fue finalmente resuelto con la reforma legislativa de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil del año 2022, que incorporó en el párrafo 2º del art. 73.1.1º la excepción avalada por los tribunales, cerrando así la discordancia entre ley y jurisprudencia. Aunque el problema en sí, por tanto, se superó, su estudio resulta fundamental para comprender la influencia que la jurisprudencia puede llegar a tener en la configuración normativa y el papel fundamental que los operadores jurídicos jugaron en dicha transformación legal. A través de un análisis detallado, este trabajo examina cómo el Tribunal Supremo, previamente advertido por la discrepante jurisprudencia menor existente al efecto, «forzó» con su interpretación al legislador a modificar el marco legal, ofreciendo así una valiosa reflexión sobre la interacción entre los poderes del Estado y la evolución del Derecho.

Abstract: *This article analyzes an intriguing episode in procedural judicial practice in Spain, in which the Supreme Court, through a 2012 ruling –later reinforced by multiple decisions,*

Recepción: 08/02/2025 Aceptación: 10/04/2025

Cómo citar este trabajo: ALGABA CHUECA, Jaime, "La nueva regulación de la acumulación de acciones contra una empresa deudora y contra su administrador: cuando la jurisprudencia indica el camino al legislador", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 159-191, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.06

thus creating a solid body of jurisprudence– departed from the literal wording of the law to allow the joinder of claims that the law expressly prohibited. Specifically, it permitted the combination of a claim for payment against a debtor commercial company and a claim for liability for corporate debts against its administrator, assigning jurisdiction over such matters to the formerly known Commercial Courts. This judicial-normative conflict was ultimately resolved with the 2022 legislative reform of the Civil Procedure Act which incorporated, in the second paragraph of Article 73.1.1, the exception endorsed by the courts, thereby eliminating the discrepancy between law and jurisprudence. Although the issue itself has thus been resolved, its study remains essential for understanding the significant influence that jurisprudence can exert on legislative development and the crucial role that legal practitioners played in this legal transformation. Through a detailed analysis, this paper examines how the Supreme Court, previously alerted by the existing discrepancies in lower court rulings, effectively «compelled» the legislator to amend the legal framework through its interpretation, offering a valuable reflection on the interaction between the branches of government and the evolution of the law.

Palabras clave: acumulación de acciones, reclamación de cantidad, sociedad deudora, responsabilidad de los administradores sociales, competencia objetiva.

Keywords: *accumulation of actions, claim for quantity, debtor company, liability of the social administrators, objective competence.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO. 2. DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LAS DOS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES. 2.1. La acción de responsabilidad por deudas o «*ex lege*». 2.2. La acción de responsabilidad por daño. 3. PRECEPTOS QUE DETERMINABAN LA IMPOSIBILIDAD ESTRICTAMENTE LEGAL PARA LA ACUMULACIÓN DE AMBAS ACCIONES. 4. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA IMPOSIBILIDAD QUE EXISTÍA DE ACUMULAR AMBAS ACCIONES. 4.1. Posiciones de la jurisprudencia menor a favor de la acumulación. 4.2. Posiciones de la jurisprudencia menor en contra de la acumulación. 4.3. Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. 5. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ACERCA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL CON COMPETENCIA OBJETIVA PARA ENJUICIAR LAS ACCIONES ACUMULADAS. 5.1. Posición de la jurisprudencia menor. 5.2. Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL ESTUDIO

Debe precisarse, como punto de partida, que el presente es un estudio jurídico de carácter histórico-procesal, pues en la actualidad el problema que se expone ya ha sido superado legalmente. Ello no obsta, sin embargo, para que su análisis conserve un indudable interés desde una perspectiva teórico-jurídica, pues la respuesta normativa alcanzada en el año 2022 fue consecuencia directa, como se verá a través de las distintas resoluciones de jurisprudencia menor analizadas, del sostenido esfuerzo argumentativo desarrollado a lo largo de los años por diversos operadores jurídicos, principalmente, abogados, jueces de instancia y magistrados

de Audiencias Provinciales (en adelante, AP). Por esta razón, se ha considerado de interés reconstruir el itinerario interpretativo que condujo, en primer lugar, al Tribunal Supremo (en adelante, TS) en el año 2012 y, posteriormente, al legislador en 2022 a dar una solución al problema que durante años fue objeto de debate entre distintos sectores del ámbito jurídico, pues, como expresa GUERRA PÉREZ[1], «no había un foro, encuentro o discusión donde no se planteara el tema».

Como indica VALMAÑA CABANES[2], con la finalidad de evitar el peregrinaje jurisdiccional que conllevaría tener que interponer en un primer proceso la acción de reclamación contra la sociedad deudora y, en caso de insolvencia de ésta, tener que iniciar un segundo proceso contra su administrador para ejercitar contra él la acción de responsabilidad por deudas sociales, fue frecuente en el foro que se acumularan ambas acciones, tratando de extender la responsabilidad de la empresa al patrimonio personal de sus administradores, ante el temor de que el de la sociedad acabase resultando insuficiente. Con ello, la parte actora trataba de evitar los altos costes económicos y temporales que se derivarían de la tramitación de dos procesos, que podrían llegar a frustrar o dificultar el cobro de su crédito, como sucedería, por ejemplo, si el administrador deviniese también insolvente durante la sustanciación del primero.

Ahora bien, la consecución de tan noble objetivo encontraba en la legislación procesal civil un obstáculo que, a priori, parecía insalvable, toda vez que el artículo 73.1.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), en su redacción anterior al año 2022, establecía como requisito para la acumulación objetiva de acciones que la competencia objetiva para el conocimiento de todas ellas viniese atribuida al mismo tribunal, y en el caso de estudio ello no sucedía, ya que: 1) por un lado, la competencia objetiva para el conocimiento de la acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad deudora correspondía a los anteriormente denominados Juzgados de Primera Instancia (hoy, tras la entrada en vigor de la reciente Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[3], denominados Secciones Civiles

1 GUERRA PÉREZ, M., "Competencia en acumulación de acciones contra sociedad y administrador: urge la solución del TS", 2012, recogido en https://blog.sepin.es/2012/10/competencia-en-acumulacion-de-acciones-contra-sociedad-y-administrador-urge-la-solucion-del-ts/ (última visita: 04/04/2025).

2 VALMAÑA CABANES, A., "La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: un problema no resuelto de peregrinaje jurisdiccional", 2011, recogido en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4611-la-acumulacion-de-acciones-contra-la-sociedad-y-su-administrador:-un-problema-no-resuelto-de-peregrinaje-jurisdiccional/ (última visita: 05/04/2025).

3 La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en vigor desde el 3 de abril de 2025, ha supuesto una importante reforma en la Administración de Justicia española. Para los fines del presente estudio, conviene destacar que uno de los cambios más relevantes introducidos por esta norma ha sido la sustitución de los juzgados unipersonales que conocían de la primera instancia procesal por Secciones integradas en los nuevos Tribunales de Instancia, de carácter colegiado. En consecuencia, los anteriores Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de Menores, de Vigilancia Penitenciaria, de lo Contencioso-Administrativo

de los Tribunales de Instancia) o Juzgados de Paz (hoy, Jueces y Juezas de Paz), si la cuantía de lo reclamado no superaba los 90 euros (hoy en día, 150 euros); y 2) por otro lado, la competencia objetiva de la acción de responsabilidad de los administradores sociales venía legalmente atribuida a los anteriores Juzgados de lo Mercantil (hoy, Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia).

El presente estudio jurídico, por tanto, tiene como objeto el análisis doctrinal y jurisprudencial de la superación del óbice procesal que se planteaba en España desde el año 2003[4], con la creación de los Juzgados de lo Mercantil, para la acumulación de las acciones contra una sociedad deudora y contra su administrador. Y, más en concreto, se estudiará la construcción jurisprudencial llevada a cabo por la Sala de lo Civil del TS en el año 2012, salvando el obstáculo procesal existente y permitiendo dicha acumulación, en contra de lo estrictamente establecido en la legislación procesal civil, a fin de salvaguardar con ello el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), y atribuyendo el conocimiento de las acciones acumuladas a los órganos judiciales mercantiles. La doctrina así consolidada constituyó el fundamento de la posterior reforma del artículo 73.1.1º de la LEC, cuyo párrafo segundo fue incorporado en el año 2022, dando cobertura legal expresa a la solución anticipadamente alcanzada por el TS una década antes.

2. DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LAS DOS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Se ha considerado oportuno incluir, con carácter preliminar y desde una perspectiva sustantiva, un capítulo destinado al análisis de las diferencias existentes entre las dos acciones de responsabilidad que pueden ser ejercitadas por

y de lo Social han pasado a convertirse en Secciones homónimas de los indicados Tribunales. Asimismo, en aquellos municipios que no sean cabeza de partido judicial y, por tanto, no cuenten con un Tribunal de Instancia, los antiguos Juzgados de Paz han sido sustituidos por Jueces y Juezas de Paz. Por razones de contextualización histórico-jurídica, este trabajo empleará en muchas ocasiones la denominación anterior de algunos órganos judiciales, indicándolo siempre expresamente. Igualmente, muchos autores, normas y resoluciones judiciales que se citarán textualmente utilizan la anterior denominación, que se mantendrá inalterada para respetar la literalidad de los términos empleados. Salvo que se advierta expresamente, debe entenderse que toda modificación nominal en el presente artículo responde a lo dispuesto en esta reforma legal, evitándose así reiteraciones innecesarias.

4 Téngase en cuenta que este problema surgió a partir del año 2003, con la creación de los Juzgados de lo Mercantil. Previamente, ambas acciones recaían en un mismo órgano jurisdiccional, ya fuera, con carácter general, en los anteriores Juzgados de Primera Instancia, ya fuera, excepcionalmente, en los antiguos Juzgados de Paz, cuando la cuantía de la demanda no superaba los 90 euros (hoy en día, como se ha indicado, dicha cuantía ha aumentado a 150 euros) y había sido interpuesta contra una persona que tuviese su domicilio en un municipio que no fuese cabeza de partido judicial. Así lo pone igualmente de manifiesto el profesor GARBERÍ LLOBREGAT, cuando explicó que, con la creación de los Juzgados de lo Mercantil, de Marca Comunitaria y de Violencia sobre la Mujer, las reglas tradicionales de competencia se vieron alteradas. Véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 2009, p. 57.

un acreedor social contra el administrador de una sociedad mercantil deudora: 1) la acción de responsabilidad por deudas, también denominada acción de responsabilidad «*ex lege*»; y 2) la acción de responsabilidad por daño. Si bien pudiera parecer que dicho análisis excede el objeto estrictamente procesal del presente estudio, lo cierto es que resulta necesario a efectos expositivos, pues ambas acciones serán referidas reiteradamente a lo largo del trabajo, por lo que se precisa diferenciarlas. Además, se ha constatado que la distinción entre ambas sigue planteando ciertas dudas interpretativas, lo que refuerza el interés de abordarlas en este momento. No obstante, una vez expuestas sus diferencias, y a los efectos que aquí interesan, ambas acciones serán tratadas por igual, pues la competencia objetiva para su conocimiento corresponde, en todo caso, al mismo órgano judicial, las actuales Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia (y, en el contexto del análisis planteado en este estudio, los anteriores Juzgados de lo Mercantil).

2.1. La acción de responsabilidad por deudas o «*ex lege*»

La acción de responsabilidad por deudas, también denominada «*ex lege*», se encuentra regulada en el artículo 367.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), en relación con el artículo 363.1 del mismo cuerpo normativo. El primero de estos preceptos establece que la base fáctica para que los administradores respondan con su patrimonio personal por las deudas de la sociedad es que ésta se encuentre en causa legal, o estatutaria, de disolución y aquellos hayan inobservado los deberes que ante esta situación les impone la legislación societaria vigente. Por su parte, el segundo de los preceptos contiene un listado, *numerus clausus,* de cuáles son esas causas legales de disolución (al margen de las que pudieran establecerse estatutariamente). Del juego de ambos preceptos nace la responsabilidad del administrador por deudas, calificada como «*ex lege*» precisamente por basarse en causas tasadas explícitamente en la ley.

Así, siguiendo a ZURITA VICIOSO[5], los requisitos que han de darse para que nazca esta responsabilidad y surja la obligación solidaria del administrador para responder con su patrimonio personal presente y futuro de las deudas sociales han sido jurisprudencialmente establecidos, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) nº 680/2010, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:6380) y en la STS nº 919/2011, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9212), y son los siguientes:

1) que exista un crédito contra la sociedad, pues se trata de una acción reservada a los acreedores sociales, y que aquél sea posterior al acaecimiento de la causa de disolución;

5 ZURITA VICIOSO, J. M., "La responsabilidad de los administradores", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* volumen 10, Universidad de Almería, 2015, pp. 18 y 19.

2) que concurra alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en la propia legislación societaria (artículo 363.1 de la LSC);
3) omisión por parte de los administradores de la convocatoria de junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas;
4) transcurso de dos meses desde que concurriese la causa de disolución;
5) imputabilidad al administrador de la conducta pasiva;
6) inexistencia de causa justificadora de la omisión.

Para mayor abundamiento, resulta de interés citar la Sentencia de la AP (en adelante, SAP) de La Coruña, nº 55/2016, de 18 de febrero (ECLI:ES:APC:2016:242; F.J. 2º), que se pronuncia en los siguientes términos literales:

«Así pues, la declaración de responsabilidad solidaria exige la prueba de que la sociedad de que el demandado es o era administrador está incursa en alguna de las causas legales de disolución que el artículo 363 enumera y que el actor haya señalado en su demanda, y la del incumplimiento de los deberes que, en tal situación incumben a los administradores conforme a los artículos 364 a 366».

También conviene recordar, tal y como hace la STS nº 246/2015, de 14 de mayo (ECLI:ES:APC:2016:242; F.J. 3º) que estamos ante «una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, que no tiene naturaleza de "sanción" o "pena civil", como señalan las SSTS 367/2014, de 10 de julio, 1063/2012 de 7 de marzo, 13 de abril de 2012, entre otras».

Y para finalizar su configuración, como expresa la SAP de Cáceres, nº 4/2016, de 13 de enero (ECLI:ES:APCC:2016:29; F.J. 2º), se trata de una responsabilidad «que es personal, ilimitada, autónoma, no objetiva, de carácter cumulativo y solidaria».

2.2. La acción de responsabilidad por daño

La acción de responsabilidad por daño, por su parte, se encuentra regulada en el artículo 241 de la LSC y configura un mecanismo de exigencia de responsabilidad fundado en la conducta antijurídica de los administradores sociales. Esta conducta negligente puede consistir en una acción u omisión contraria a la ley o a los estatutos sociales que ocasione un perjuicio directo a los intereses de los acreedores[6].

Así, siguiendo a SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE[7], los requisitos que han de darse obligatoriamente para que nazca esta acción de responsabilidad contra los administradores sociales son los siguientes:

a) tiene que producirse un daño directo a los socios o a los terceros;

6 Véase al respecto ESTEBAN MONASTERIO, I., "Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual", en *Revista de derecho de sociedades,* nº 54, 2018, pp. 165-191.

7 SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil,* citado por ZURITA VICIOSO, J. M., "La responsabilidad de los administradores", *op. cit.,* p. 15.

b) que se trate de un acto de los administradores en el ejercicio de su cargo;

c) ilicitud de la acción u omisión de los administradores, es decir actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales; y

d) relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido por el socio o el tercero, recayendo sobre éste la carga de probar que el daño ha sido motivado por hechos, actos u omisiones dolosas o culposas del administrador.

El ejemplo más habitual en el que opera este tipo de responsabilidad, tal y como expone ALFARO ÁGUILA-REAL[8], es en los supuestos de endeudamiento progresivo de sociedades insolventes, es decir, en los casos en los que un administrador permite que la sociedad siga celebrando nuevos contratos con terceros, que implican la concesión de un crédito para éstos, siendo plenamente consciente de que la empresa no podrá satisfacer dichos pagos y, por tanto, incurriendo en una conducta dolosa. Esta actuación fraudulenta, además, suele ir acompañada de la desaparición fáctica de la sociedad del tráfico jurídico y mercantil sin haber atendido la totalidad de sus deudas, surgiendo así el nexo causal que la jurisprudencia exige para el nacimiento de dicha responsabilidad, pues la ordenada disolución y liquidación de la sociedad es un deber de los administradores, no sólo en beneficio de los socios, sino sobre todo de los acreedores, como lo demuestra, por ejemplo, la prohibición de repartir el haber social entre los accionistas o socios en tanto no se hayan pagado todas las deudas sociales (artículo 391.2 de la LSC).

Ahora bien, es importante recordar que el daño ocasionado por los administradores debe ser directo, ya que no se trata de una suerte de responsabilidad solidaria ante el impago de un crédito por parte de una sociedad sino que, tal y como establece la ya citada SAP de La Coruña, nº 55/2016, de 18 de febrero (ECLI:ES:APC:2016:242; F.J. 3º):

«Se suele admitir que entre los terceros a que alude la norma se encuentren los acreedores sociales, pero siempre y cuando el daño que hayan experimentado se derive directamente de una actuación u omisión del demandado en su condición de administrador de una compañía, y sea distinto del que ocasione la mera inefectividad de un crédito contra la sociedad. La acción individual de responsabilidad no proporciona a los acreedores un patrimonio de refuerzo para el cobro de sus créditos contra la sociedad y ello porque ni los socios ni los administradores de las sociedades de capital responden, ni solidaria ni subsidiariamente, del cumplimiento de las obligaciones sociales salvo en los casos establecidos en la Ley.

La argumentación según la cual cuando el crédito contra la sociedad no ha sido hecho efectivo el administrador de la compañía debe responder con su patrimonio personal frente al acreedor es, desde luego, inadmisible y contraria a la esencia misma de la limitación de responsabilidad que es propia de las sociedades de capital. Como lo es, igualmente, el hecho de que los administradores hayan faltado

8 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales", en *InDret*, nº 1, Barcelona, 2007, p. 15.

al cumplimiento de deberes inherentes a su cargo si no queda demostrado que entre el incumplimiento de esos deberes y el daño ocasionado existe una relación causal directa».

Por último, resulta de interés lo expuesto por la SAP de Madrid, nº 50/2016, de 9 de febrero (ECLI:ES:APM:2016:1375; F.J. 2º), que hace una breve, pero precisa, diferenciación entre ambas acciones, y que se pronuncia en los siguientes términos literales:

«…estribando la diferencia entre ambas [acciones] en que, mientras que a través de la primera de ellas lo que se exige es una responsabilidad por daño (de manera que es preciso acreditar que el acreedor padeció un quebranto directo causalmente vinculado a un comportamiento antijurídico del administrador), lo reclamado a través de la segunda es una responsabilidad por deudas (responsabilidad que nace por el simple hecho de que el administrador haya observado una conducta omisiva en presencia de una causa de disolución obligatoria, sin que se precise la existencia de un daño ni la prueba de vínculo causal alguno)».

3. PRECEPTOS QUE DETERMINABAN LA IMPOSIBILIDAD ESTRICTAMENTE LEGAL PARA LA ACUMULACIÓN DE AMBAS ACCIONES

Realizado el análisis sustantivo de las diferencias entre las acciones de responsabilidad que los acreedores sociales pueden ejercer frente a los administradores de una sociedad deudora, se da paso a abordar el objeto principal del presente estudio: el obstáculo procesal que, con anterioridad al año 2022, impedía la acumulación de dichas acciones con la acción de reclamación de cantidad dirigida contra la mercantil deudora. Como punto de partida, se procederá a un análisis comparado, desde una perspectiva temporal, del precepto legal sobre el que gravita esta investigación, el artículo 73.1.1º de LEC, examinando su redacción anterior y posterior a la reforma operada en 2022. Esta comparación permitirá comprender, una vez concluido el desarrollo del trabajo, el proceso jurídico y argumentativo que condujo al legislador a incorporar una solución acorde con la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala de lo Civil del TS en el año 2012. En todo caso, debe advertirse que, salvo que expresamente se indique lo contrario, toda referencia posterior al citado artículo se entenderá hecha a su redacción anterior a la reforma, por ser la relevante a efectos del análisis histórico-jurídico que aquí se propone.

Artículo 73.1.1º de la LEC (versión anterior a la reforma operada en el año 2022):

«1. Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso:

1. º Que el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas…»

Párrafo segundo del artículo 73.1.1º de la LEC (modificación en vigor desde el año 2022):

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se acumulen inicialmente varias acciones conexas cuyo conocimiento se atribuya a tribunales con diferente competencia objetiva, corresponderá conocer de todas ellas a los Juzgados de lo Mercantil si éstos resultaren competentes para conocer de la principal y las demás fueren conexas o prejudiciales a ella…»

Como se ha expuesto, y prescindiendo en adelante del párrafo segundo introducido por la reforma de 2022, el artículo 73.1.1º de la LEC establecía los requisitos procesales cuya concurrencia resultaba necesaria para la admisión de la acumulación de acciones[9]. La exigencia fundamental era que el órgano judicial competente para conocer de la acción principal lo fuera también, objetivamente, respecto de la acción acumulada[10]. O, dicho de otro modo, el legislador excluía la posibilidad de admitir la acumulación de acciones cuando los órganos objetivamente competentes para el conocimiento de cada una de ellas fuesen distintos. Partiendo, pues, de este motivo de inadmisibilidad de la acumulación de acciones, se procederá a examinar los preceptos legales que determinaban qué órganos judiciales resultaban competentes para conocer, por un lado, de las acciones de reclamación de cantidad dirigidas contra una sociedad deudora y, por otro, de las acciones de responsabilidad ejercitadas frente a sus administradores.

En primer lugar, los órganos competentes objetivamente para conocer de la acción de reclamación de cantidad frente a una sociedad deudora eran los anteriormente denominados Juzgados de Paz (hoy, son los Jueces y Juezas de Paz), si la cuantía de lo reclamado no superaba los 90 euros (hoy, 150 euros), de conformidad con el artículo 47 de la LEC, y, en el resto de casos, que serían los más numerosos, los antiguos Juzgados de Primera Instancia (hoy, las Secciones Civiles de los Tribunales de Instancia), los cuales, al amparo de lo dispuesto en los artículos 85.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y 45.1 de la LEC, poseían competencia residual para el conocimiento en el orden jurisdiccional civil de todos los asuntos que no viniesen expresamente atribuidos a otros órganos judiciales.

En segundo lugar, los órganos competentes objetivamente para el conocimiento de las acciones de responsabilidad que los acreedores tienen frente a los administradores sociales eran los anteriores Juzgados de lo Mercantil (hoy, las Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia), de conformidad con el anterior artículo 86 ter.2.a) de la LOPJ (hoy, artículo 87.6.a) de la LOPJ)[11], por

9 Para un minucioso estudio de los caracteres fundamentales del instituto procesal de la acumulación objetiva de acciones, y de sus diferencias con otras figuras afines como el litisconsorcio, la acumulación de autos o la reconvención, véase FONS RODRÍGUEZ, C., *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil,* J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 21 a 63.

10 Aunque excede del objeto de este estudio, para ver los problemas que puede plantear la competencia territorial en la acumulación de acciones, así como para continuar profundizando en dicha institución, puede verse, como obra clásica y genérica de referencia, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acumulación de acciones y de procesos civiles,* Wolters Kluwer, 2019.

11 Si bien, a efectos del presente estudio, interesa conocer la regulación que se encontraba en vigor a lo largo del desarrollo jurídico que va a exponerse, pues es la que va a utilizar la doctrina

tratarse de acciones amparadas en la específica legislación que regula a las sociedades mercantiles. A este respecto, tal y como expuso GUERRA PÉREZ[12], «hay que partir de una premisa, la reclamación de cantidad derivada de un contrato con una sociedad mercantil no se sustenta en la legislación societaria. Se trata de una acción por incumplimiento de una relación jurídica preexistente entre la sociedad y el demandante y no tiene su fundamento en la normativa reguladora de las sociedades mercantiles ni, necesariamente, en alguna de las materias que la Ley reserva a los Juzgados de lo Mercantil. Por el contrario, la acción de reclamación de responsabilidad de los administradores sí tiene su fundamento en la legislación societaria, está expresamente contemplada en la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital».

Por tanto, del análisis conjunto de los preceptos legales anteriormente citados se desprendía, de forma inequívoca, que una interpretación estrictamente literal de la normativa vigente en aquel momento conducía a la inadmisibilidad de la acumulación de las acciones objeto del presente estudio, en tanto que la competencia objetiva para su conocimiento correspondía a órganos jurisdiccionales distintos. No obstante, y pese a esta aparente incompatibilidad normativa, la acumulación de dichas acciones constituía una práctica procesal frecuente en los tribunales, como recuerda VALMAÑA CABANES[13]. Se procede, por tanto, al examen de los fundamentos que explican esta discordancia entre la letra de la ley y la realidad jurisdiccional, con el fin de comprender las razones que permitieron la superación de dicho obstáculo procesal.

4. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL A LA IMPOSIBILIDAD QUE EXISTÍA DE ACUMULAR AMBAS ACCIONES

Una vez expuestas las diferencias existentes entre las dos acciones de responsabilidad dirigidas contra los administradores sociales y analizada la imposibilidad, conforme a una interpretación estrictamente legal, de su acumulación con la acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad deudora, se procederá a examinar las distintas posturas adoptadas por la jurisprudencia menor a lo largo de los años en relación con la procedencia o improcedencia de dicha acumulación. Asimismo, se analizará si, en los supuestos en los que se admitía su viabilidad, el órgano objetivamente competente para su conocimiento debía ser el Juzgado de Primera Instancia (o, en su caso, el de Paz) o el Juzgado de lo Mercantil, conforme a la anterior denominación de todos estos órganos judiciales. Como indica

y jurisprudencia analizada, por lo que se debe atender al contenido del artículo 86 ter.2.a) de la LOPJ, aunque el mismo hoy haya cambiado de ubicación y se encuentre en el artículo 87.6.a) del mismo cuerpo legal.

12 GUERRA PÉREZ, M., "Competencia en acumulación de acciones contra sociedad y administrador: urge la solución del TS", *op. cit.,* (última visita: 04/04/2025).

13 VALMAÑA CABANES, A., "La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: un problema no resuelto de peregrinaje jurisdiccional", *op. cit.,* (última visita: 05/04/2025).

MANZANO FERNÁNDEZ[14], la cuestión no fue pacífica en los tribunales y suscitó notables divergencias en la práctica judicial, pues el criterio seguido dependía del órgano enjuiciador que asumiera el conocimiento de las actuaciones, creando así una «caótica inseguridad jurídica» que «implicaba una situación de riesgo para los profesionales que debían plantear demanda en estos casos».

Continuando con el precitado autor, las posiciones existentes en la jurisprudencia menor podían resumirse en las siguientes:

a) una posición estricta y contraria a la acumulación, basada en que la ley no preveía tal posibilidad y, por tanto, no podían acumularse ambas acciones, obligando con ello al demandante a accionar ante dos órganos judiciales distintos;

b) una posición flexible y favorable a la acumulación, que entendía que, aunque la ley no lo contemplara, la satisfacción de la tutela judicial efectiva, así como motivos de economía procesal, de conexidad entre acciones, de peligro de resoluciones contradictorias y de la posible prescripción de las acciones contra los administradores, justificaban una interpretación integradora de la legislación que permitiese tal acumulación; y

c) una posición intermedia, que abogaba por que únicamente se permitiese tal acumulación de acciones en los casos en que existiesen juzgados mixtos, es decir juzgados que ejerciesen funciones de Primera Instancia y de lo Mercantil, atendiendo a sus anteriores denominaciones. Solución que tuvo escasa acogida, pues, por un lado, no resolvía el problema cuando no existían tales órganos judiciales mixtos y, por otro, como bien apreció GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ[15], la situación se hacía «difícilmente compatible con valores esenciales en nuestro ordenamiento como los de seguridad jurídica e igualdad procesal».

Esta misma división de corrientes jurisprudenciales menores la resumió a la perfección GUERRA PÉREZ[16], quien explica que había argumentos claros a favor de admitir tal acumulación como eran la conexidad e interdependencia entre ambas acciones, el peligro de poder encontrase resoluciones contradictorias, la posibilidad de entorpecer la tutela judicial efectiva, el riesgo a las dilaciones indebidas del proceso o las claras razones de economía procesal, pero que, igualmente, existía

14 MANZANO FERNÁNDEZ, M. A., "¿Se puede demandar a los administradores de sociedades de capital por responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC) sin tener que demandar, previa o simultáneamente, a la sociedad?", 2014, recogido en https://manzanoabogado.es/se-puede-demandar-a-los-administradores-de-sociedades-de-capital-por-responsabilidad-por-las-deudas-sociales-art-367-lsc-sin-tener-que-demandar-previa-o-simultaneamente-a-la-sociedad (última visita: 06/04/2025).

15 GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial: Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, 2006, pp. 47-64.

16 GUERRA PÉREZ, M., "Competencia en acumulación de acciones contra sociedad y administrador: urge la solución del TS", *op. cit.,* (última visita: 04/04/2025).

un fuerte argumento para los detractores de esta posibilidad: la estricta aplicación del artículo 73.1.1º de la LEC.

Procede ahora analizar, directamente, las distintas posturas mantenidas por la jurisprudencia menor en relación con la posibilidad de acumular las acciones objeto del presente estudio, así como los argumentos esgrimidos para fundamentar su admisión o inadmisión. Se debe recordar que ambas acciones de responsabilidad dirigidas contra los administradores sociales serán tratadas de manera indistinta, en tanto que los razonamientos jurídicos utilizados para sostener una u otra posición respecto a su acumulación resulta coincidentes.

4.1. Posiciones de la jurisprudencia menor a favor de la acumulación

En el presente apartado se examinarán las razones que llevaron a diversas AP a considerar procedente la acumulación de las acciones objeto de estudio. Se abordará, por tanto, el análisis de los argumentos jurídicos esgrimidos por la jurisprudencia menor en defensa de dicha posibilidad, con el objetivo de dar respuesta al siguiente interrogante: ¿qué fundamentos sostenían la viabilidad de acumular estas acciones?[17]

1. El primer criterio que se utilizó fue el de la íntima relación, conexidad e interdependencia de las acciones. Se trataba de un supuesto de acumulación de acciones tan estrechamente relacionadas que difícilmente podían separarse y ser autónomas una de la otra, ya que para el nacimiento de la responsabilidad de los administradores es un requisito indispensable que previamente se haya declarado judicialmente la existencia de una deuda social. Constituyéndose, por tanto, una solidaridad de origen legal entre la sociedad deudora y los administradores, ya sea porque uno (el administrador) es responsable solidario de la deuda del otro (la sociedad), en el caso de la responsabilidad por deudas, o *«ex lege»*, o bien, porque la indemnización contra el administrador le convierta en responsable de la deuda de la sociedad, en los casos de la responsabilidad por daño. Véase, a modo de ejemplo, la SAP de Barcelona, nº 257/2011, de 14 de junio (ECLI:ES:APB:2011:7535; F.J. 2º):

   «Acumulándose ambas pretensiones, no se trata tanto de reconocer en ellas una conexidad que pueda justificar su acumulación (que la hay, sin duda), cuanto de admitir su dependencia en régimen de subordinación, pues, en el supuesto de acumulación, el éxito de la acción contra la sociedad (mediante la cual se reclama a la misma el pago de una deuda) deviene presupuesto de la acción de responsabilidad del administrador. Pero no puede ignorarse que esa relación de subordinación no es consustancial o genética, ya que sólo lo será si la actora acumula la demanda frente a la sociedad. De no hacerlo, si se dirige

17 Además de las resoluciones judiciales que van a citarse, para la elaboración de este apartado ha sido imprescindible la excelente exposición que el profesor GERBERÍ LLOBREGAT realiza del debate jurisprudencial existente en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil, op. cit.,* pp. 58 a 62.

sólo contra el administrador, subsiste la necesidad de enjuiciar la deuda social, bien que ahora como requisito de la acción de naturaleza societaria-mercantil».

2. El segundo criterio que se utilizó fue el relativo a la seguridad jurídica y el peligro a la existencia de resoluciones contradictorias. Es conocido que, precisamente, evitar esta situación es lo que inspiró la creación del instituto de la acumulación de acciones[18][19]. Por tanto, es absolutamente contrario a tales principios tener que plantear dos demandas distintas, ante dos órganos judiciales diferentes, para obtener dos pronunciamientos de condena basados en el mismo *petitum*, esto es, el cobro del crédito del actor. Y todo ello contra dos sujetos deudores solidarios por disposición legal, con el riesgo de que existiesen resoluciones con fundamentos jurídicos o pronunciamientos incompatibles, contradictorios o excluyentes entre sí. Y ello es así porque los anteriormente denominados Juzgados de lo Mercantil, para enjuiciar acerca de la responsabilidad de los administradores, deberían pronunciarse obligatoriamente sobre la existencia de la deuda social previa, pues es el requisito necesario para el nacimiento de las acciones contra los mismos. Véase de nuevo, a modo de ejemplo, la SAP de Barcelona, nº 257/2011, de 14 de junio (ECLI:ES:APB:2011:7535; F.J. 2º):

   «En principio, carece de sentido y contraría la economía procesal e incluso la seguridad jurídica, el planteamiento de dos demandas, por separado, ante dos órganos judiciales distintos, cuando se trata de conseguir el mismo pronunciamiento de condena frente a dos sujetos, ya sea porque son deudores solidarios o uno responsable solidario de la deuda del otro… o sea porque la acción indemnizatoria dirigida contra uno de ellos, el administrador… le convierta en responsable de la deuda del otro (la sociedad), al identificarse la indemnización con el crédito del acreedor social (o con una parte del mismo). Esa hipotética situación, de demandas paralelas, por haberse prescindido de la acumulación de acciones en la misma demanda, podría dar lugar a sentencias contradictorias».

3. El tercer argumento utilizado está basado en la afectación a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y a la economía procesal y, en consecuencia, a la necesidad existente de adoptar una solución integradora y conciliadora ante este obstáculo procesal. Puede que fuera este el más consistente de los argumentos que esgrimieron los defensores de esta tesis, pues se basa en la afectación directa a un derecho fundamental, en concreto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la CE, pues en el caso de no aceptarse la acumulación se obligaría al actor a un

---

18 Para ver una resolución del TS acerca de la justificación del instituto procesal de la acumulación de acciones, puede consultarse, con cita de otras muchas, la STS nº 871/2000, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7020).

19 Para conocer la fuerte raigambre de este instituto en nuestro país, cuyos antecedentes históricos identificables han sido situados por los procesalistas en las Siete Partidas de Alfonso X "el Sabio" (1260-1265), véase MARTÍN JIMÉNEZ, C. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, J. J., *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y Formularios,* Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 151.

peregrinaje procesal que implicaría iniciar dos procesos judiciales, duplicando con ellos los gastos a su cargo y los tiempos de respuesta para ver atendida la tutela que ha solicitado. Y, además, se debe tener en cuenta, a los efectos de valorar la economía procesal, no solo las cargas que supondría para el accionante la imposibilidad de la acumulación de acciones y la duplicidad de procesos, sino también las que conllevaría para la Administración de Justicia.

Por lo tanto, ante esta situación, aunque de la literalidad del artículo 73.1.1º de la LEC se desprendía la imposibilidad de llevar a cabo tal acumulación, debía imponerse una solución integradora y conciliadora con el espíritu de la LEC, que nunca abogaría por entorpecer la tutela judicial efectiva, menoscabar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ni, en definitiva, por incluir artificialmente dificultades técnicas en el desarrollo del proceso. Ello puede apreciarse claramente en su Exposición de Motivos (VIII), donde se puede leer, literalmente, lo siguiente:

«Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo…

… Con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pretende la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios».

Por último, resulta de interés la SAP de Zaragoza, nº 340/2010, de 31 de mayo (ECLI:ES:APZ:2010:2342; F.J. 2º), por su claridad expositiva y sintética a la hora de analizar este argumento:

«…debe rechazarse la interpretación restrictiva que se hace en la resolución apelada sobre la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, ya sea entendiendo que no obedece a la verdadera voluntad y dicción de la norma, ya sea porque, aun en el supuesto de que hubiera que admitir que existe una laguna legal, por no haberse previsto la solución a casos como el planteado, esa laguna debe integrarse pues la labor de los órganos judiciales es la de allanar el camino para lograr la efectividad del principio de la tutela judicial (Artículo 24 de la Constitución), mediante una labor de integración de las normas jurídicas, evitando la ruptura de la continencia de la causa que se derivaría de la proscripción apriorística de la acumulación de acciones basadas en hechos clara e íntimamente interrelacionados».

4. El siguiente criterio utilizado es el de la desigualdad territorial, que encaja a la perfección con la solución mixta o intermedia planteada anteriormente por

MANZANO FERNÁNDEZ[20], pues como expone la SAP de Madrid, nº 54/2010, de 4 de febrero (ECLI:ES:APM:2010:1255; F.J. 5º) «situaciones idénticas tendrán distintas soluciones dependiendo de si en la localidad existe o no Juzgado de lo Mercantil como órgano especializado».

5. El último de los criterios utilizados por los defensores de esta tesis es el que apelaba a la interpretación literal del anterior artículo 86 ter de la LOPJ. Se argumentaba en este punto que el precitado artículo se encontraba claramente dividido en dos tipos de competencia: 1) las del punto 1, referidas a las materias concursales de las que conocerían los antiguos Juzgados de lo Mercantil, en las que se utilizaba la expresión «jurisdicción exclusiva y excluyente», creando con ello un blindaje competencial para que en el ámbito concursal ningún otro órgano judicial pudiera conocer de ninguna materia; y 2) las del punto 2, en las que esta expresión no estaba presente, lo cual indicaba una menor rigidez respecto de las materias que se relacionaban en el mismo y, por tanto, permitiría a los órganos mercantiles que conocieran de materias conexas o relacionadas íntimamente con las expresadas.

   Véase de nuevo, a modo de ejemplo, la SAP de Madrid, nº 54/2010, de 4 de febrero (ECLI:ES:APM:2010:1255; F.J. 5º):

   «El artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, distingue dos tipos de competencias de los Juzgados de lo Mercantil: a) las prevista en el número 1, en materia concursal, que la Ley califica como "exclusiva y excluyente", y, por tanto, de interpretación estricta, y b) las relacionadas con el número 2… Dicha norma implica, pues, la competencia delos Juzgados de lo Mercantil para conocer de materias que sean competencia del orden jurisdiccional civil, competencia que puede ser interpretada de forma no tan estricta como las de materia concursal, sin infringir por ello el artículo 73 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al no existir norma específica que impida a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de las acciones conexas o íntimamente relacionadas a las que se señalan en los distintos apartados del número 2 del mencionado artículo 86 ter. Sostener que a los Juzgados de lo mercantil corresponde enjuiciar todas las acciones que se refieran a las materias o sectores del ordenamiento jurídico enumerados en el Art. 86.ter.2, bastaría con que una de las demás acumuladas fueran conexas a ella (es decir, que también estuvieran relacionadas con una materia competencia de dichos Juzgados), para que debiera admitirse la procedencia de la acumulación».

   Como resumen de toda esta argumentación favorable a la acumulación de las acciones objeto de este estudio, véase el Auto de la AP (en adelante, AAP) de Pontevedra, nº 62/2006, de 31 de enero (ECLI:ES:APPO:2006:23A; F.J. 3º):

   «Advertencia final que realizan los defensores de esta tesis es que dicha extensión deberá ser sin duda cautelosa, debiendo atenderse en cada caso a la

20 MANZANO FERNÁNDEZ, M. A., "¿Se puede demandar a los administradores de sociedades de capital por responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC) sin tener que demandar, previa o simultáneamente, a la sociedad?", *op. cit.,* (última visita: 06/04/2025).

naturaleza de las acciones acumuladas y a la finalidad pretendida con la acumulación para evitar posibles fraudes procesales o una extensión no querida por el legislador de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil. Sin duda, existe una laguna legal en esta materia y, siguiendo el criterio de la jurisprudencia y con el objeto de responder adecuadamente a las peticiones de tutela de los ciudadanos, deberá admitirse la acumulación inicial de pretensiones por los Juzgados de lo Mercantil siempre que se trata de pretensiones íntimamente conexas que tramitadas separadamente den lugar a problemas de división de la continencia de la causa y, en último término, a sentencias contradictorias».

4.2. Posiciones de la jurisprudencia menor en contra de la acumulación

Se trata de una corriente jurisprudencial más antigua y de marcado corte positivista, cuyo principal fundamento residía en el estricto respeto a lo preceptuado por el artículo 73.1.1º de la LEC. Como ya se ha expuesto, dicho precepto, atendiendo a su literalidad, imposibilitaría la admisión de la acumulación las acciones objeto de este estudio[21]. Ahora bien, conviene preguntarse: ¿qué argumentos se esgrimían para sostener esta tesis?[22]

1. El primer argumento utilizado fue el criterio estrictamente legal, esto es, el respeto a lo establecido en el artículo 73.1.1º de la LEC. Como se ha visto, ateniéndose a la literalidad del mismo sería imposible llevar a cabo la pretendida acumulación de acciones, pues los órganos judiciales con competencia objetiva para el conocimiento de cada una de ellas eran distintos.

   Resulta de interés, por ser quizás la resolución más contundente con este criterio, la SAP de Alicante, nº 424/2005, de 20 de octubre (ECLI:ES:APA:2005:2884; F. J. 2º), que fue tajante a la hora de establecer la imposibilidad de acumular ambas acciones por este motivo, y que se transcribe como exponente de todo este sector doctrinal:

---

21 Como autor defensor de esta posición jurisprudencial se encuentra, entre otros, al profesor PICÓ I JUNOY, que llegó a reconocer: «Que sea ésta la solución jurídicamente más fundamentada no significa que sea la más lógica atendiendo a los principios generales del derecho, como el de la economía procesal. Probablemente, en orden a evitar al justiciable tener que acudir a una duplicidad de procedimientos, y a lograr el máximo ahorro de costes y tiempo, lo más adecuado sería haber permitido dicha acumulación a favor de los Juzgados de lo Mercantil. Sin embargo, como he tenido ocasión de exponer, el ordenamiento jurídico no lo permite, por lo que en la pugna entre la legalidad y la lógica el juez debe hacer prevalecer la legalidad». Véase a tal efecto, PICÓ I JUNOY, J., "El problema de la acumulación de acciones ante los Juzgados de lo Mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse", en *Diario La Ley,* nº 6499, Sección Doctrina, 2006, pp. 1 a 6.

22 Además de las resoluciones judiciales que van a citarse, para la elaboración de este apartado ha sido imprescindible, de nuevo, la excelente exposición que el profesor GERBERÍ LLOBREGAT realiza del debate jurisprudencial existente en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil, op. cit.,* pp. 58 a 62.

«Una vez delimitadas las acciones acumuladas en la demanda presentada ante el Juzgado de lo Mercantil, la cuestión es la de determinar si la ley la permite o no: si la ley ampara esa acumulación de acciones y su conocimiento conjunto por el Juzgado de lo Mercantil. Como se anticipó, la respuesta a esta cuestión, de estricta aplicación de la ley, no reviste demasiada complicación. Para dar la respuesta, el Tribunal acudirá a la LEC, y más concretamente a su art. 73, que se halla bajo la rúbrica de "Admisibilidad por motivos procesales de la acumulación de acciones. Casos especiales de acumulación necesaria". Comienza diciendo el art. 73.1 "Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso...". De lo que se colige, necesariamente, que no será admisible la acumulación si no concurren los requisitos que, a continuación, se detallan. De inmediato se advierte que el primero no se respeta en el caso ante el que nos hallamos. Dice el primer apartado lo siguiente: "1º Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas…

…La consecuencia de lo dicho es clara: faltando la competencia por razón de la materia para conocer de una de las dos acciones acumuladas, esa acumulación no es posible. El Juzgado de lo Mercantil no puede conocer, por tanto, de las dos acciones acumuladas, sino tan sólo de aquella para la que, objetivamente, tiene competencia, que es la dirigida contra el administrador de la sociedad. Con ello, se resuelve la cuestión, de estricta aplicación de la ley…».

En el mismo sentido, puede verse la SAP de las Islas Baleares, nº 291/2006, de 20 de junio (ECLI:ES:APIB:2006:1355; F.J. 2º):

«En definitiva, el principio de legalidad nos conduce a mantener la imposibilidad de acumular dichas acciones, ya que falta el presupuesto básico de toda acumulación de acciones, esto es, el de la homogeneidad competencial - artículo 73.1º LEC-…».

2. El segundo de los argumentos empleados se basaba en la imposibilidad de aplicar el criterio jurisprudencial de flexibilidad en la acumulación de acciones desarrollado por el TS[23]. Tal criterio requiere, para su aplicación, que la acumulación pretendida no infrinja las prohibiciones en materia de competencia objetiva legalmente establecidas, dado que son normas que revisten carácter de *ius cogens*, es decir, son normas de derecho necesario e imperativo. Por tanto, la acumulación deviene inadmisible cuando su estimación implicaría la vulneración de dichas disposiciones. En definitiva, el respeto a las reglas sobre competencia objetiva constituye un presupuesto ineludible para la operatividad del criterio jurisprudencial de flexibilidad en la admisión de acumulación de acciones, pues de lo contrario, como acertadamente se ha preguntado el profesor GARBERÍ LLOBREGAT[24], «¿de qué servirían las normas reguladoras

23 Véanse al respecto, entre otras, la STS nº 537/1998, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:1998:3560) y la STS nº 950/1995, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:1995:5613).

24 GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil, op. cit.,* p. 55.

de la jurisdicción y competencia?; ¿dónde quedaría su invocado carácter imperativo o necesario?»

En este sentido, resulta de interés el AAP de Madrid, nº 143/2008, de 24 de abril (ECLI:ES:APM:2008:5811A; F.J. 3º):

«Cuando la jurisprudencia (STS de 28 junio 1994 y 30 de mayo de 1998) ha admitido el criterio de flexibilidad en la acumulación de acciones no lo ha hecho a costa de eludir prohibiciones legales, que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que aquí interesa, se plasman en el artículo 73.1.1 º. Porque, en definitiva, sin competencia objetiva, no cabe acumulación, ya que el juzgado no podrá pronunciarse sobre aquella materia acumulada respecto de la que no podría conocer si se le presentase por separado. No es posible derogar las normas sobre competencia objetiva por razón de la materia al amparo de la acumulación de acciones. La competencia objetiva del órgano judicial es un presupuesto del que no puede prescindirse para la aplicación del criterio de flexibilidad».

Respecto al carácter imperativo de las normas de competencia, es interesante citar de nuevo la SAP de las Islas Baleares, nº 291/2006, de 20 de junio (ECLI:ES:APIB:2006:1355; F.J. 2º):

«…dichas acciones no son acumulables por mor de lo dispuesto en el artículo 73.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil…norma que tiene carácter imperativo y que ha de ser aplicada incluso de oficio, tal como previene el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la competencia objetiva, por lo que concluye que "de lege data" la acción contractual debe ejercitarse ante el juzgado de 1º instancia y la de responsabilidad de los administradores ante el juzgado de lo mercantil».

3. En tercer lugar se encuentra el criterio histórico del desarrollo parlamentario de la legislación, en el que puede apreciarse claramente la absoluta falta de voluntad que tuvo el legislador para admitir la acumulación de estas acciones concretas. Los defensores de este argumento entendieron que:

   a) El legislador rechazó expresamente que los anteriormente denominados Juzgados de lo Mercantil pudieran conocer de materias que no estuvieren expresamente establecidas en el anterior artículo 86 ter LOPJ;

   b) Si se analiza el desarrollo legislativo que hubo al respecto, se aprecia la absoluta falta de voluntad que el legislador tuvo en aquel entonces para aceptar tal posibilidad. Cuando se presentó el proyecto de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se presentó, igualmente, una enmienda ante el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, que pretendía incluir en el artículo 86 ter.2 de la LOPJ un último apartado del siguiente tenor: «de las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores». Sin embargo, tal enmienda fue rechazada, por lo que el legislador expresó claramente que no quiso extender la competencia de los órganos judiciales mercantiles

más allá de las materias que finalmente fueron aprobadas, sin que fuera posible ampliar el ámbito de su competencia objetiva a través de la acumulación de acciones.

c) Finalmente, el legislador entendió que podrían existir ocasiones en las que sí fuese necesario llevar a cabo una acumulación de acciones, aun cuando la misma afectase a las normas de competencia objetiva, y, por ello, redactó el artículo 73.2 de la LEC, en el que se estableció que «también se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados». Pues bien, ni con la existencia de esta norma de cierre el legislador quiso incluir ninguna regulación específica que permitiese que se acumulasen la acción de reclamación de cantidad frente a una sociedad deudora y de responsabilidad frente a sus administradores, por lo que implícitamente rechazó tal posibilidad.

Al respecto, puede verse de nuevo el AAP de Madrid, nº 143/2008, de 24 de abril (ECLI:ES:APM:2008:5811A; F.J. 2º):

«Es más, existe el significativo precedente de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial se propuso una enmienda al artículo 86 ter que sugería la siguiente adición "g) las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores". Tal enmienda fue rechazada, lo cual es signo de la voluntad del legislador de excluir la posibilidad de acumulación de acciones fuera de los casos en los que exista atribución expresa de competencia al Juez de lo Mercantil».

4. Un cuarto criterio utilizado en defensa de la imposibilidad de acumulación de ambas acciones fue el de la inviabilidad de determinar la naturaleza principal y subsidiaria de cada una de ellas. Los defensores de este criterio utilizaron el siguiente iter argumentativo: si la acumulación de acciones no estaba permitida cuando el órgano judicial que debiera conocer de la acción principal no tuviese competencia para conocer de la acumulada (artículo 73.1.1º LEC), en este supuesto, al tratarse de acciones de igual naturaleza principal, con más razón debía impedirse acumularlas. Este sector doctrinal entendía que ambas acciones operaban como principales, no apoyaban la idea de que una se encontrase en un régimen de subordinación respecto de la otra, únicamente admitían que una operase con carácter prejudicial, como precedente o antecedente lógico de la otra, pero equiparables en cuanto a su naturaleza principal.

   En base a este mismo criterio, además, este sector criticaba que los defensores de la acumulación entendiesen que los órganos judiciales competentes para conocer de la misma fuesen los anteriormente denominados Juzgados de lo Mercantil, pues, en todo caso, admitiendo una interpretación laxa de los preceptos legales relativos a la acumulación de acciones, se debiera llegar a la conclusión de que la acción principal es la de reclamación de cantidad, pues es fundamento o antecedente lógico para la existencia de la acción de responsabilidad de los administradores. En consecuencia, los órganos competentes para el conocimiento de la acumulación de ambas debieran ser los antiguos

Juzgados de Primera Instancia (este aspecto se abordará en profundidad en el siguiente capítulo).

Es interesante respecto a este argumento, la SAP de Pontevedra, nº 302/2006, de 25 de mayo (ECLI:ES:APPO:2006:1032; F.J 2º):

«Aunque se hiciese una interpretación laxa del art. 73 LEC 2000 para sustentar la acumulación de una acción subsidiaria por la principal con independencia de la materia –o cuantía-, no sería posible la acumulación de la acción de reclamación de cantidad frente a sociedades por razón de un contrato civil o mercantil propio del mercado jurídico ordinario junto a una acción de responsabilidad de administradores, ya que no es viable establecer a priori la categorización de acción principal de una respecto de la otra porque responden a distintos orígenes en la determinación de la condena - una la responsabilidad del administrador, otra, el incumplimiento contractual».

5. El quinto de los criterios empleado por los defensores de la imposibilidad de la acumulación de las acciones objeto de estudio, y aún más por los defensores de que en ningún caso debieran conocer de la misma los antiguos Juzgados de lo Mercantil, es la inexistencia de vis atractiva de estos órganos judiciales. El argumento es sencillo, pero contundente. Si se decidiese accionar por separado, no se discutiría que la competencia objetiva para el conocimiento de la acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad deudora residía en los órganos judiciales civiles y, por su parte, la competencia objetiva para el conocimiento de la acción de responsabilidad de los administradores correspondía, al estar amparada en la legislación societaria, a los órganos judiciales mercantiles. Sentadas estas bases, y siendo inexistente una suerte de vis atractiva de los órganos judiciales mercantiles, resultaría imposible la pretendida acumulación de acciones y, en concreto, ante estos últimos.

   Resulta de nuevo de interés el AAP de Pontevedra, nº 62/2006, de 31 de enero (ECLI:ES:APPO:2006:23A; F.J. 4º):

   «Y es singularmente por este argumento por el que no resultan acogibles las razones que en ocasiones se arguyen para la aplicación de la doctrina de la "vis atractiva" en base a la solidaridad legal; ni desde luego la necesaria evitación del denominado peregrinaje jurisdiccional, porque esta doctrina surgió con la apreciación de supuestos sin atribución concreta competencial y que llevaron al Tribunal Supremo a entender que había qué residenciarlos en la jurisdicción civil al entenderla residual (y preponderante) en base al art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Pero es que en el caso de las competencias tanto especiales como ordinarias, la atribución es clara y no presenta, duda ninguna, y no existe razón legal alguna para que puedan entenderse alteradas por razón de la solidaridad que en la responsabilidad por las deudas sociales se atribuye al administrador con la sociedad frente al acreedor».

6. El penúltimo criterio empleado fue el de la inexistencia de vulneración de la tutela judicial efectiva. Este argumento se basa en el siguiente razonamiento: del mismo modo que no se vulnera el derecho fundamental a la defensa cuan-

do se inadmite una prueba por haber sido solicitada extemporáneamente, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por inadmitir una acumulación de acciones conexas o íntimamente relacionadas que la ley impide, simplemente se trata de normas y garantías procesales imperativas que deben ser respetadas, tanto por las partes como por los jueces, y que son necesarias para el correcto desarrollo de la justicia[25]. La existencia, por tanto, de esta causa de inadmisión de la acumulación de acciones por falta de competencia objetiva no generaba ningún tipo de indefensión al perjudicado, ni le suponía ningún impedimento para el ejercicio de ambas acciones. Si decidiese ejercitarlas a la vez y se produjera una situación de prejudicialidad civil respecto de la existencia de la deuda social, simplemente entraría en juego el artículo 43 de la LEC y, en consecuencia, la suspensión del proceso ante los órganos mercantiles hasta que los civiles resolviesen lo procedente, evitando así, igualmente, el riesgo de sentencias contradictorias y la inseguridad jurídica que ello conllevaría.

Para este criterio conviene citar de nuevo la SAP de Pontevedra, nº 302/2006, de 25 de mayo (ECLI:ES:APPO:2006:1032; F.J 2º):

«…del mismo modo que, por ejemplo, no hay indefensión por la inadmisión de pruebas fuera del periodo preclusivo correspondiente. Tampoco aceptan que exista infracción de esa tutela porque se produzca impedimento para el ejercicio de la acciones por parte del legitimado, ya que la defensa de pretensiones se puede hacer de modo indistinto y simultáneo sin temor a ver perjudicada (salvo por el transcurso de los plazos prescriptivos que son distintos) una acción por la otra, dado que, si ejercitadas ambas se produjera una situación de prejudicialidad civil respecto de la determinación de la deuda, devendría de aplicación el artículo 43 LEC y, consecuentemente, la suspensión hasta la decisión del procedimiento sobre la deuda».

7. El último de los criterios utilizados, aunque ya ha sido tratado de soslayo en los argumentos referentes a la literalidad de la norma sobre la acumulación de acciones, fue el de la imposibilidad de que la conveniencia práctica modificase una norma legal, lo que indudablemente generaría una enorme inseguridad jurídica. Las meras razones de oportunidad no son suficientes para justificar que una norma existente quede inoperativa, y esto es lo que supondría aceptar la tesis de la acumulación de acciones. Incluso los detractores de ésta entendían que sería más conveniente para el accionante poder acudir únicamente a un órgano judicial para ejercer sus pretensiones, pero ello no era motivo suficiente para inaplicar una norma arbitrariamente, pues la certeza de la ley se vería gravemente perjudicada y llevaría a preguntarse ¿quién sería el encargado de decidir en qué situaciones es conveniente dejar inoperativa una norma y en cuáles no? ¿qué acumulaciones de acciones contrarias al artículo 73.1.1º

25 Para mayor abundamiento sobre la consideración de las normas de competencia como garantías constitucionales inalterables, véase QUESADA LÓPEZ, P. M., "Cuestiones controvertidas sobre la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil", en *Revista Jurídica de Catalunya,* nº 2, 2017, pp. 301 a 334.

de la LEC se permitirían y cuáles no? Esta situación no podría sostenerse en un Estado Constitucional y de Derecho como lo es España, pues ante situaciones iguales se adoptarían soluciones distintas. Por ello, predeterminar el ámbito competencial de cada órgano judicial y mantenerlo inamovible constituye otra garantía más a la seguridad jurídica.

Resulta de interés a este respecto el preciso análisis realizado por la ya citada SAP de Alicante, nº 424/2005, de 20 de octubre (ECLI:ES:APA:2005:2884; F. J. 3º):

«La interpretación de la norma jurídica presenta como límite la propia norma: no se puede interpretar una norma para que esa norma deje de existir o de producir efecto. La norma existe porque el legislador la ha promulgado. El juzgador se ve obligado, por mandato constitucional, a aplicarla en sus términos, sin que pueda interpretarla para que, a suerte de derogación judicial, deje de regir y de ser eficaz en los términos que le son propios. Es decir, que si la ley dice, con meridiana claridad, que el Tribunal tiene que tener competencia para conocer, por razón de la materia, de las dos acciones acumuladas, ninguna interpretación de la norma puede llevar a que pueda conocer de ellas sin ser competente, objetivamente, respecto de una.

Este Tribunal no puede entrar a hacer valoraciones sobre si la opción elegida por el legislador es o no la más adecuada, o si producirá o no efectos nocivos, particularmente en lo atinente a la presentación de demandas contra los administradores societarios. Mientras la ley no cambie, el Juzgado de lo Mercantil no es competente para conocer de reclamaciones de cantidad (cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de Primera Instancia); razón por la que, ni por vía de demanda en la que se ejercite de modo único, ni por vía de demanda en la que esa acción se acumule con otras respecto de las que sí tiene competencia, de oficio, y en aplicación del art. 48, dicho Juzgado debe apreciar de oficio su falta de competencia objetiva para conocer de las mismas…

… Que de esa aplicación pudieran resultar efectos perversos, e incluso con tintes discriminatorios, no es cuestión imputable a la labor jurisdiccional, que no pueden ser obviados o minimizados, como se ha dicho, sin eliminar la norma analizada de nuestro ordenamiento procesal. Y esta no es, desde luego, labor de este Tribunal».

Como resumen de toda esta argumentación contraria a la acumulación de las acciones objeto de este estudio, véase de nuevo la SAP de Madrid, nº 54/2010, de 4 de febrero (ECLI:ES:APM:2010:1255; F.J. 6º):

«En definitiva, la voluntad del legislador quedó expresada en la norma legal de atribución de competencias específicas, de naturaleza objetiva, que ponía en juego otra norma expresa contraria a la posibilidad de acumulación sin competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía, aun cuando contaba con el aval de la LEC en su Art. 73.3, y la Sala evaluando seriamente todos los argumentos hasta aquí esgrimidos a favor de una u otra tesis, encuentra más sólidos, técnicos y menos aventurados los proporcionados por los defensores de la tesis en contra de la acumulación, sin perjuicio, como apuntábamos más arriba una eventual reforma legislativa, o interpretación jurisprudencial del T.

Supremo venga a clarificar o llenar la laguna legal con la que en este momento nos hallamos. Resultará, del mismo modo, menos traumático inclinarnos por la tesis de la no-acumulación que a la inversa para el caso de que eventualmente una u otra pueda ser decisión final a adoptar».

Expuestas las posiciones de las corrientes jurisprudenciales menores, se puede observar que ambas tenían argumentos sólidos y convincentes para respaldar sus respectivas tesis, creando el perfecto escenario para que el TS tuviese que pronunciarse al respecto

4.3. Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Como ha sido puesto de manifiesto, y expresaron VALMAÑA CABANES[26] y MANZANO FERNÁNDEZ[27], la jurisprudencia menor se encontraba absolutamente dividida y los operadores jurídicos esperaban una solución legal o jurisprudencial que pusiera fin a la inseguridad que provocaba a los actores que ejercitaban conjuntamente ambas acciones que cada órgano judicial adoptase un criterio distinto, según la línea jurisprudencial a la que se adscribiesen, contando ambas con sólidos argumentos jurídicos a su favor[28].

Finalmente, la solución vino dada por el Pleno de la Sala Primera, de lo Civil, del TS que, viendo las enormes discrepancias habidas entre los órganos judiciales nacionales, decidió pronunciarse al respecto en la STS nº 539/2012, de 10 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:7528)[29]. Aunque las reglas generales de competencia no amparaban por sí solas la posibilidad de acumular las acciones objeto de estudio, el TS decidió adoptar una posición flexible y favorable a la acumulación de las mismas. Esta decisión fue confirmada posteriormente por la STS nº 315/2013, de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2742) y por la STS nº 253/2016, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1650), creando con ello una sólida y uniforme doctrina jurisprudencial que garantizaba la seguridad jurídica de los accionantes.

---

26 VALMAÑA CABANES, A., "La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: un problema no resuelto de peregrinaje jurisdiccional", *op. cit.,* (última visita: 05/04/2025).

27 MANZANO FERNÁNDEZ, M. A., "¿Se puede demandar a los administradores de sociedades de capital por responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC) sin tener que demandar, previa o simultáneamente, a la sociedad?", *op. cit.,* (última visita: 06/04/2025).

28 Otro análisis de esta situación se puede encontrar en ESTERUELAS FOJ, M., "La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador. Un problema de peregrinaje jurisdiccional sin resolver", en *Revista de derecho de sociedades,* nº 38, 2012, pp. 325-332.

29 Para un detallado análisis de dicha resolución, véanse DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 (7528/2012). Acumulación de acción de reclamación de cantidad frente a sociedad mercantil y de acción de responsabilidad de los administradores por deudas de la sociedad", en AA. VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil,* vol. 5, Dyckinson, 2016, pp. 303 a 313; y BLANCO GARCÍA, A. I., "Competencia objetiva de la acumulación de acciones "civiles-mercantiles" ¿Fin del debate? Sentencia de 10 de septiembre de 2012", en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* nº 93, 2013, pp. 91-112.

Podría resumirse toda la argumentación del TS a favor de la acumulación de estas acciones en los siguientes extremos: la estrecha conexión existente entre ambas acciones y el obstáculo desproporcionado que para la tutela judicial efectiva supondría tener que ejercitarlas separadamente ante distintos órganos judiciales, aconsejaban la admisibilidad de su acumulación. Expuesto este resumen de jurisprudencia, se procede a analizar más detenidamente los distintos argumentos empleados por el TS.

1. En primer lugar, entre ambas acciones existía una relación de prejudicialidad de tal suerte que el éxito de la acción frente a la sociedad deudora es el fundamento o antecedente lógico para la procedencia de la acción frente a sus administradores. Dicho de otra forma, aunque las acciones de responsabilidad frente a los administradores tuviesen otros presupuestos adicionales, el primero de ellos es el incumplimiento de la sociedad ante sus acreedores.

2. En segundo lugar, la finalidad perseguida por el actor con ambas acciones era única: el resarcimiento de su crédito frente a la sociedad que ha incumplido sus obligaciones contractuales. Y, en la mayoría de los casos, tal y como expone SANTOS REQUENA[30], el único pronunciamiento eficaz para obtener dicho resarcimiento sería el correspondiente a la responsabilidad de los administradores sociales.

3. En tercer lugar, inadmitir la acumulación de estas acciones exigiría interponer dos demandas, una ante los órganos judiciales civiles y otra ante los mercantiles, lo que implicaría una duplicidad de procesos y una carga injustificada y desproporcionada para el actor que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debiera considerarse totalmente contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24.1 de la CE.

4. Por último, existía una clara laguna legal que había que colmar, ya que si bien la LEC no permitía directamente la acumulación de estas acciones, tampoco resolvía las situaciones de prejudicialidad entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados Mercantiles, en la denominación anterior de ambos órganos judiciales. Por ello: i) basándose en el principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la CE (artículo 5.1 de la LOPJ); ii) con el objetivo de evitar un criterio procesal que podría vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE); y iii) habida cuenta que la propia legislación procesal admitía, cuando así lo dispusiese un precepto legal (artículo 73.2 de la LEC), la posibilidad de acumular acciones de las que sean objetivamente competentes para su conocimiento órganos judiciales distintos, el TS sentó como doctrina jurisprudencial la procedencia de la acumulación de las acciones que se están considerando en el presente trabajo.

30 SANTOS REQUENA, A. A., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Arts. 45 a 49: De la competencia objetiva", en *InDret,* nº 2, 2007, p. 14.

5. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL ACERCA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL CON COMPETENCIA OBJETIVA PARA ENJUICIAR LAS ACCIONES ACUMULADAS

Tanto la jurisprudencia menor que desde un primer momento se mostró favorable a la acumulación de ambas acciones, como la Sala Primera del TS, hubieron de enfrentarse a una cuestión adicional de no menor relevancia: determinar cuál debía ser el órgano jurisdiccional ante el que interponer la demanda en la que se ejercitasen acumuladamente dichas acciones. En otros términos, se trataba de dilucidar qué órgano jurisdiccional ostentaba la competencia objetiva para enjuiciar este tipo de supuestos acumulativos.

5.1. Posición de la jurisprudencia menor

Una vez analizados todos los argumentos a favor de la posibilidad de la acumulación de las acciones de reclamación de cantidad frente a una sociedad deudora y de responsabilidad de sus administradores sociales, se deben estudiar los fundamentos en que se basaron unas y otras AP para defender su postura acerca de si la competencia objetiva para su enjuiciamiento correspondía a los órganos judiciales civiles o a los mercantiles.

1. La posición mayoritaria entendía que la competencia objetiva, por especialidad, debía corresponder a los anteriores Juzgados de lo Mercantil.

   a) En primer lugar, se argumentaba que no suponía un obstáculo lo legalmente establecido en los artículos 73.1.1º de la LEC y 86 ter.2 de la LOPJ para que pudiese producirse la pretendida acumulación de acciones, siempre y cuando su conocimiento recayese en los órganos judiciales mercantiles. Como se estudió en el criterio 5, del apartado 4.1, del capítulo anterior, el punto 1 del antiguo artículo 86 ter de la LOPJ establecía que en materia concursal los antiguos Juzgados de lo Mercantil tendrían «jurisdicción exclusiva y excluyente», dotando así de rigidez competencial al ámbito concursal, e impidiendo con ello que ningún otro órgano judicial pudiera conocer del mismo. Sin embargo, esta expresión era omitida intencionadamente en el punto 2 del meritado artículo, lo que implicaba cierta flexibilidad con las materias que allí se relacionaban, permitiendo con ello que estos órganos judiciales conociesen de materias conexas.

   b) En segundo lugar, se esgrimía el argumento de que aunque se ejercitasen las acciones por separado, inevitablemente el órgano judicial mercantil, a la hora de decidir sobre la concurrencia o no de responsabilidad de los administradores sociales, debiera enjuiciar previamente la existencia de la deuda social, aunque ello no viniese expresamente atribuido en las materias objeto de su competencia. En otras palabras, existía, además de una conexidad e íntima relación entre las acciones objeto de estudio, una dependencia en régimen de subordinación, de tal suerte que el éxito de una de ellas (la acción de responsabilidad de los administradores), dependía necesariamente

de lo decidido previamente respecto de la otra (la acción de reclamación de cantidad).

En definitiva, utilizando los términos empleados en la SAP de Barcelona, nº 257/2011, de 14 de junio (ECLI:ES:APB:2011:7535; F.J. 2º), se puede concluir:

«…la acción mercantil engloba o abriga la materia propia de la acción que, en principio, correspondería al Juez de Primera Instancia, y de aquí la esencial quiebra del art. 73.1 LEC si se aplica con estricto apoyo en su literalidad y prescindiendo de su finalidad y espíritu, pues o bien conduce a sustraer del Juez mercantil el conocimiento de uno de los requisitos de la acción de responsabilidad del administrador, o bien propicia la división de la causa dando lugar a dilaciones por prejudicialidad o, en otro caso, a sentencias que podrían ser incompatibles y contradictorias.

Para evitarlo, el órgano jurisdiccional mercantil debe atraer el conocimiento de ambas acciones acumuladas pues, en todo caso, se pretenda o no la condena de la sociedad, debe resolver sobre la materia que constituye su objeto, teniendo en cuenta, además, que aquéllos pertenecen al orden jurisdiccional civil, dentro de cuyo ámbito se desenvuelve la pretensión contra la sociedad».

2. La posición minoritaria entendía que la competencia objetiva, por residualidad, debía corresponder a los anteriores Juzgados de Primera Instancia (o, en su caso, a los anteriores Juzgados de Paz).

   a) En primer lugar, los defensores de esta tesis se basaban en el mismo razonamiento que sus detractores, pero extraían conclusiones distintas del mismo. En virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LEC, en relación con el artículo 98 de la LOPJ que se encontraba en vigor en el contexto histórico del presente estudio, los anteriormente denominados Juzgados de lo Mercantil, como órganos especializados, debían declararse incompetentes cuando el objeto del proceso excediese de las competencias que tuviese específicamente atribuidas, es decir, cuando las materias no se encontrasen incluidas en el artículo 86 ter de la LOPJ. Pero, al igual que sus contrarios, distinguían claramente entre las materias del punto 1, que eran «exclusivas y excluyentes», y las del punto 2, que carecían de dicha calificación. Por tanto, sobre estas últimas materias podían conocer otros juzgados del orden jurisdiccional civil cuando ello fuera procedente. Puesto que los antiguos Juzgados de Primera Instancia tienen atribuido el conocimiento de las materias que no estén reservadas a otros órganos judiciales, es decir, que tienen una competencia subsidiaria y residual en el orden jurisdiccional civil, debían ser los competentes objetivamente para el enjuiciamiento de la acumulación de acciones planteada.

   b) En segundo lugar, de forma idéntica a lo ocurrido con el anterior argumento, los defensores de esta posición utilizaban un mismo razonamiento que sus detractores: ambas acciones son conexas o están íntimamente relacionadas y, además, en régimen de subordinación. Pero, a diferencia de sus contrarios, este sector entendía que la acción principal era la de reclamación de cantidad, pues la existencia de la deuda social es un requisito previo y

un presupuesto indispensable para entrar a conocer de la concurrencia de responsabilidad de los administradores sociales. Por tanto, debían ser los órganos judiciales civiles los competentes objetivamente para el conocimiento de la pretendida acumulación de acciones.

Se puede citar, para finalizar este apartado, la SAP de Las Palmas, nº 282/2009, de 13 de julio (ECLI:ES:APGC:2009:2236; F.J. 2º), que concluye:

«El conocimiento de la acción de reclamación de cantidad, por razón de incumplimiento de contrato de compraventa, corresponde al Juzgado de Primera Instancia pero también le corresponderá el conocimiento de la conexa acción acumulada de responsabilidad del administrador, por no tener respecto de la misma el Juzgado Mercantil competencia exclusiva y excluyente. La atribución competencia de los Juzgados de lo Mercantil es de significado negativo, en cuanto no pueden conocer otras materias que las explicitadas en el art. 86 ter LOPJ. En cambio, los de Primera Instancia tienen competencia, genérica, residual y subsidiaria y conocen de aquella materias conexas no atribuidas a los de lo Mercantil con carácter exclusivo y excluyente. Es por ello que el conflicto de competencia objetiva o por razón de la materia debe decidirse a favor del Juzgado de Primera Instancia y, en su consecuencia, confirmar la resolución del Juzgado Mercantil».

5.2. Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo

La Sala de lo Civil del TS, una vez aceptada la posibilidad de acumulación de las acciones objeto del presente estudio, atribuyó la competencia objetiva para su conocimiento a los antiguos Juzgados de lo Mercantil. Tal designación se fundamentó en los siguientes argumentos[31]:

1. En primer lugar, ante estos órganos judiciales se ejercitaba la acción más específica, la acción de responsabilidad frente los administradores sociales, que operaría con carácter principal respecto a la acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad deudora, que tendría un carácter meramente prejudicial[32]. Unido a lo anterior, las normas sobre la prejudicialidad civil establecen que la competencia para el conocimiento de una cuestión prejudicial corresponde a los órganos judiciales que debieran conocer de la acción principal, atribuyéndose, en consecuencia, el conocimiento de la acumulación de acciones a los órganos mercantiles.
2. En segundo lugar, el criterio establecido en el artículo 45.1 de la LEC, que atribuye competencia residual en la jurisdicción civil a los anteriores Juz-

31 Para mayor abundamiento en la competencia que se atribuyó a los antiguos Juzgados de lo Mercantil respecto a la acumulación de acciones, véase SALAS CARCELLER, A., "Acumulación de acciones y competencia de los juzgados de lo mercantil", en *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 2, 2013, pp. 99-105.

32 Esta misma diferenciación entre acción principal y prejudicial se puede ver en otros muchos autores, por ejemplo, en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., "Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma", en *La Notaría,* nº 1, 2015, pp. 88 a 97.

gados de Primera Instancia, y que consagra el principio de vis atractiva de tales órganos judiciales, debe ser entendido como un criterio de cierre del sistema normativo de distribución de competencias. Pero no debe prevalecer ante una norma de especialización competencial, como la que se establecía en el artículo 86 ter de la LOPJ respecto de los antiguos Juzgados de lo Mercantil. Esta norma tenía como objetivo adaptar la jurisdicción civil (de la que debe recordarse forman parte también los órganos judiciales mercantiles) a la complejidad de la realidad socioeconómica de los tiempos[3334] y, por tanto, debe tener prioridad frente a una norma genérica y de clausura.

3. Por último, esta atribución de competencias a los anteriormente denominados Juzgados de lo Mercantil no provocaba ningún tipo de indefensión a las partes, no modificaba en lo más mínimo sus posibilidades de alegación y defensa, ni alteraba el sistema de garantías procesales ni de recursos del que quisieran hacer uso. A su vez, comportaba una alteración mínima del sistema de distribución de competencias legalmente establecido.

En definitiva, la Sala Primera del TS puso fin, en el año 2012, a las discrepancias judiciales que durante años habían rodeado la posibilidad de acumulación de las acciones objeto del presente estudio, resolviendo asimismo las divisiones existentes en torno a la atribución de la competencia objetiva para su conocimiento. Con ello se puso término a una situación de incertidumbre procesal claramente contraria a los principios de seguridad jurídica y de certeza de la ley. Esta inseguridad afectaba tanto a los demandantes, que desconocían si podían acumular ambas acciones y ante qué órgano jurisdiccional debían hacerlo, como a los propios tribunales, que carecían de una base legal inequívoca o de un criterio jurisprudencial consolidado al respecto. A partir de la mencionada resolución del TS, el panorama cambió radicalmente: la Sala Primera, de lo Civil, cumplió con su función institucional de unificar y pacificar la jurisprudencia menor discrepante, garantizando con ello la vigencia de los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) e igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la CE). Diez años más tarde –aunque, como reza el refrán, más vale tarde que nunca–, el legislador se hizo finalmente eco de esta realidad jurisdiccional y de la doctrina jurisprudencial consolidada, incorporando en 2022 una modificación al tantas veces citado artículo 73.1.1º de la LEC. La inclusión de su actual párrafo segundo no hizo sino positivizar una solución ya asentada en la práctica forense, dotándola de la necesaria cobertura normativa y reforzando con ello la coherencia del sistema procesal civil.

---

33 Para un análisis detallado de los principios que inspiraron la creación de los Juzgados de lo Mercantil (hoy Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia), véase MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., "Primeras notas sobre la competencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil", en *Revista Jurídica Gallega,* nº 43, 2004, pp. 41 a 74.

34 Para un estudio de las recentísimas novedades respecto al instituto de la acumulación en el ámbito mercantil, véase CANTOS PARDO, M., "Novedades respecto a la acumulación de pretensiones y procesos en el ámbito mercantil", en AA.VV., *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del derecho procesal*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 635-646.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. La práctica judicial venía reclamando una solución normativa o jurisprudencial que legitimase la posibilidad de acumular, en un mismo proceso y ante un mismo órgano jurisdiccional, las dos acciones analizadas en el presente trabajo: la acción de reclamación de cantidad frente a la sociedad mercantil deudora y la acción de responsabilidad dirigida contra sus administradores. La necesidad de permitir tal acumulación se fundamentaba, esencialmente, en la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), en tanto que obligar al actor a iniciar procedimientos distintos ante órganos jurisdiccionales diferentes suponía un claro menoscabo de los mismos. No en vano, el instituto procesal de la acumulación de acciones tiene como razón de ser la economía procesal y la garantía de seguridad jurídica, principios que resultaban claramente comprometidos por la inexistencia de una solución normativa o jurisprudencial que permitiera tal acumulación.

SEGUNDA. Resulta imprescindible distinguir, siquiera de forma sintética, entre las dos acciones de responsabilidad que el ordenamiento pone a disposición del acreedor frente a los administradores sociales. Por un lado, la acción de responsabilidad por deudas, o acción «*ex lege*» (arts. 363 y 367 LSC), presupone la concurrencia de una causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad y la omisión por parte de los administradores del deber de convocar la junta general en el plazo legal para su remoción o disolución. Por otro, la acción de responsabilidad por daño (art. 241 LSC) exige una actuación u omisión ilícita del administrador (contraria a la ley o a los estatutos) que cause un perjuicio directo al acreedor, así como la concurrencia de un nexo causal entre dicha conducta y el daño sufrido. Se trata, por tanto, de acciones con presupuestos materiales distintos, aunque puedan ser ejercitadas de forma acumulada en determinados supuestos.

TERCERA. Pese a la creciente demanda por parte de los operadores jurídicos de una solución práctica que permitiera la acumulación de ambas acciones, existía un obstáculo procesal relevante en el artículo 73.1.1º de la LEC, cuya redacción anterior a 2022, interpretada de forma estrictamente literal, impedía dicha posibilidad. En efecto, dicho precepto exigía como presupuesto para la acumulación que la competencia objetiva de todas las acciones acumuladas recayera en un mismo órgano jurisdiccional, requisito que no se cumplía en este supuesto. Mientras que la acción de reclamación de cantidad correspondía a los anteriormente denominados Juzgados de Primera Instancia (o de Paz, en función de la cuantía), la acción de responsabilidad de los administradores debía ser conocida por los antiguos Juzgados de lo Mercantil. Este conflicto competencial revelaba la necesidad de articular una solución jurisprudencial o legislativa que superase el formalismo excesivo y diera respuesta a las exigencias de economía procesal y tutela judicial efectiva en la práctica forense.

CUARTA. Cabe subrayar que uno de los elementos fundamentales en la consecución de la solución a este problema jurídico fue el constante impulso de la aboga-

cía española, que, mediante la presentación de numerosas demandas acumulando ambas acciones, logró, por un lado, llamar la atención de los tribunales sobre la necesidad de un cambio normativo que habilitase dicha acumulación y, por otro, evidenció la disparidad de pronunciamientos jurisdiccionales. Estos pronunciamientos reflejaron la creciente necesidad de una resolución coherente por parte del Tribunal Supremo, con el fin de unificar la doctrina y establecer un criterio jurisprudencial estable y pacífico sobre la materia.

QUINTA. De igual importancia fue la labor desempeñada por parte de la jurisprudencia menor, la cual, al reconocer la necesidad práctica de llevar a cabo la acumulación de acciones, optó por no aplicar de manera estricta el artículo 73.1.1º LEC frente a las demandas interpuestas por la abogacía. Esta actitud evitó que las acciones indebidamente acumuladas fueran inadmitidas *ab initio*, lo que permitió, por un lado, que muchos demandantes pudieran ver atendidas sus pretensiones, salvaguardando su derecho a la tutela judicial efectiva, y por otro, contribuyó a generar el necesario debate judicial que se destacó en la conclusión anterior y que resultó en la solución jurisprudencial alcanzada por el Tribunal Supremo.

SEXTA. El Pleno de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, en su Sentencia nº 539/2012, de 10 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:7528), reconoció la admisibilidad de la acumulación de las acciones de reclamación de cantidad contra la sociedad deudora y de responsabilidad de los administradores, adoptando una interpretación procesal acorde con las necesidades de la práctica forense. Este pronunciamiento pacificó la jurisprudencia menor y, mediante su reiteración en resoluciones posteriores, consolidó doctrina. Las principales razones que sustentaron esta decisión fueron la estrecha conexión entre ambas acciones y el perjuicio que suponía para la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas el ejercicio separado de las mismas ante distintos órganos jurisdiccionales. A partir de 2012, y a pesar de la falta de una modificación legislativa, la doctrina consolidada garantizó la admisibilidad de dicha acumulación, lo que proporcionó seguridad jurídica, agilizó la tutela de los acreedores y fomentó la diligencia de los administradores para evitar su responsabilidad solidaria.

SÉPTIMA. Una vez admitida la posibilidad de acumular ambas acciones, el Pleno de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo se pronunció también sobre la competencia objetiva para su conocimiento, atribuyéndola a los anteriores Juzgados de lo Mercantil. Las razones fundamentales que sustentaron esta decisión fueron, en primer lugar, que la acción de responsabilidad de los administradores debía considerarse como la acción principal, mientras que la acción de reclamación de cantidad tenía un carácter prejudicial. En segundo lugar, la especialización de los órganos judiciales mercantiles debía prevalecer sobre la competencia residual de los civiles, dada la complejidad de los asuntos mercantiles. El Tribunal Supremo justificó esta decisión en la necesidad de que los antiguos Juzgados de lo Mercantil se enfrentaran adecuadamente a la realidad socioeconómica actual, en la que la acumulación de ambas acciones se presenta como una herramienta procesal perfectamente acorde con las exigencias de la práctica jurídica y mercantil contemporánea.

OCTAVA. Finalmente, tras nueve años de intenso litigio en los tribunales, iniciado con la creación de los Juzgados de lo Mercantil en 2003, los operadores jurídicos finalmente vieron resuelta la cuestión planteada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se pronunció al respecto en 2012. Y tras diez años de jurisprudencia pacífica, el legislador, en 2022, decidió hacerse eco de la realidad jurisdiccional y de la práctica judicial consolidada, y procedió a blindar legalmente la solución adoptada por el Tribunal Supremo mediante la modificación del artículo 73.1.1º de la LEC, añadiendo su actual párrafo segundo. Este cambio legislativo pone de manifiesto un claro ejemplo de cómo, en determinadas circunstancias, la jurisprudencia indica el camino al legislador, pues, en ocasiones, resulta una vía más eficiente para resolver lagunas legales y alcanzar soluciones específicas en comparación con los procesos legislativos tradicionales.

7. BIBLIOGRAÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad "externa" de los administradores sociales", en *InDret*, nº 1, Barcelona, 2007, recogido en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/upf,+jesus+alfaro+II.pdf (última visita 13/11/2024).

BLANCO GARCÍA, A. I., "Competencia objetiva de la acumulación de acciones "civiles-mercantiles" ¿Fin del debate? Sentencia de 10 de septiembre de 2012", en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 93, 2013, pp. 91-112.

CANTOS PARDO, M., "Novedades respecto a la acumulación de pretensiones y procesos en el ámbito mercantil", en AA.VV., *Más allá de la Justicia: nuevos horizontes del derecho procesal*, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 635-646.

DE FÉLIX PARRONDO, E., "¿Hacia la inadmisibilidad de la acumulación de acciones «civiles y mercantiles»?", en *Diario La Ley*, nº 7935, 2012, pp. 1-16.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 (7528/2012). Acumulación de acción de reclamación de cantidad frente a sociedad mercantil y de acción de responsabilidad de los administradores por deudas de la sociedad", en AA. VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 5, Dyckinson, 2016, pp. 303 a 313.

ESTEBAN MONASTERIO, I., "Reclamación de deudas sociales al administrador a través de la acción individual", en *Revista de derecho de sociedades,* nº 54, 2018, pp. 165-191.

ESTERUELAS FOJ, M., "La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador. Un problema de peregrinaje jurisdiccional sin resolver", en *Revista de derecho de sociedades,* nº 38, 2012, pp. 325-332.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., "Competencia objetiva y arbitraje en las controversias mercantiles: necesidad de reforma", en *La Notaría*, nº 1, 2015, pp. 88 a 97.

FONS RODRÍGUEZ, C., *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., "La competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial: Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento, 2006, pp. 47 a 64.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acumulación de acciones y de procesos civiles,* Wolters Kluwer, 2019.

GUERRA PÉREZ, M., "Competencia en acumulación de acciones contra sociedad y administrador: urge la solución del TS", 2012, recogido en https://blog.sepin.es/2012/10/competencia-en-acumulacion-de-acciones-contra-sociedad-y-administrador-urge-la-solucion-del-ts/ (última visita: 04/04/2025).

MANZANO FERNÁNDEZ, M. A., "¿Se puede demandar a los administradores de sociedades de capital por responsabilidad por las deudas sociales (art. 367 LSC) sin tener que demandar, previa o simultáneamente, a la sociedad?", 2014, recogido en https://manzanoabogado.es/se-puede-demandar-a-los-administradores-de-sociedades-de-capital-por-responsabilidad-por-las-deudas-sociales-art-367-lsc-sin-tener-que-demandar-previa-o-simultaneamente-a-la-sociedad (última visita: 06/04/2025).

MARTÍN JIMÉNEZ, C. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, J. J., *Teoría y práctica del ejercicio de las acciones civiles. Comentarios y Formularios.* Lex Nova, Valladolid, 2010.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, F. J., "Primeras notas sobre la competencia de los nuevos Juzgados de lo Mercantil", en *Revista Jurídica Gallega,* nº 43, 2004, pp. 41 a 74.

PICÓ I JUNOY, J., "El problema de la acumulación de acciones ante los Juzgados de lo Mercantil. La legalidad versus la lógica: un problema que debe resolverse", en *Diario La Ley*, nº 6499, Sección Doctrina, 2006, pp. 1811 a 1814.

QUESADA LÓPEZ, P. M., "Cuestiones controvertidas sobre la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil", *en Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2017, pp. 301 a 334.

SALAS CARCELLER, A., "Acumulación de acciones y competencia de los juzgados de lo mercantil", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2013, pp. 99-105.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, citado por ZURITA VICIOSO, J. M., "La responsabilidad de los administradores", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 10, Universidad de Almería, 2015.

SANTOS REQUENA, A. A., "Comentarios a la LEC. Arts. 45 a 49: De la competencia objetiva", en *InDret,* nº 2, 2007, recogido en https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78587/102663 (última visita: 13/11/2024).

VALMAÑA CABANES, A., "La acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: un problema no resuelto de peregrinaje jurisdiccional",

2011, recogido en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4611-la-acumulacion-de-acciones-contra-la-sociedad-y-su-administrador:-un-problema-no-resuelto-de-peregrinaje-jurisdiccional/ (última visita: 05/04/2025).

ZURITA VICIOSO, J. M., "La responsabilidad de los administradores", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 10, Universidad de Almería, 2015, recogido en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/%C3%81gora-LaResponsabilidadDeLosAdministradores-5603773.pdf (última visita 13/11/2024).

Delito de maltrato animal: límites penales y administrativos

Animal abuse crime: criminal and administrative boundaries

M. ISABEL MERINO DÍAZ

Doctoranda en Derecho

Universidad de Valladolid (España)

mariaisabel.merino.diaz23@estudiantes.uva.es

https://orcid.org/0009-0007-8441-7872

Resumen: El presente artículo analiza de forma integral los límites penales y administrativos en lo que al maltrato animal se refiere. A tal fin, tras un sucinto recorrido histórico sobre la evolución de la concepción de los animales y sus derechos, se proporciona una contextualización del delito de maltrato animal en España, teniendo presente la reforma de este delito en el año 2023. Posteriormente, se exponen y estudian pormenorizadamente los parámetros delimitadores entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en relación con el maltrato animal.

***Abstract**: This article provides a comprehensive analysis of the criminal and administrative limits of animal abuse. To this end and initially, after a brief historical overview of the evolution of the conception of animals and their rights, a contextualisation of the offence of animal abuse in Spain is provided, bearing in mind the reform of this offence in the year 2023. Subsequently, the delimiting parameters between Criminal Law and Administrative Law in relation to animal mistreatment are set out and studied in detail. Finally, some general conclusions are drawn from the contribution.*

Palabras clave: maltrato animal, bienestar animal, sanción penal, sanción administrativa, tutela penal, tutela administrativa.

***Key words:** animal cruelty, animal welfare, criminal sanction, administrative sanction, criminal protection, administrative protection.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCEPCIÓN DE LOS ANIMALES Y SUS DERECHOS. 3. DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN ESPAÑA. 3.1. Apartado 1 del artículo 340 bis CP. Tipo básico. 3.2. Apartado 2 del artículo 340 bis CP. Circunstancias agravantes. 3.3. Apartado 3 del artículo 340 bis CP. Causación de la muerte del animal. 3.4. Apartado 4 del artículo

---

Recepción: 24/02/2025 Aceptación: 19/05/2025

Cómo citar este trabajo: MERINO DÍAZ, M. Isabel, "Delito de maltrato animal: límites penales y administrativos", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 193-231, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.07

340 bis CP. Tipo leve. 3.5. Artículo 340 ter CP. El delito de abandono de animales. 3.6. Artículos 340 quater y quinquies: personas jurídicas y medidas cautelares. 4. LÍMITES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 4.1. Gravedad. 4.2. Condición del sujeto pasivo. 4.3. Actividades legalmente reconocidas. 5. SANCIÓN PENAL VS. SANCIÓN ADMINISTRATIVA. 5.1. Sanción penal. 5.2. Sanción administrativa. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

> "La grandeza de una nación puede medirse y su progreso moral puede ser juzgado por la forma en que sus animales son tratados"
>
> Mahatma Ghandi

1. INTRODUCCIÓN

A comienzos de septiembre del año 2022, en fechas próximas a la celebración del polémico y tradicional festejo conocido como "Toro de la Vega", el Ministerio de Asuntos Sociales llevó ante la Fiscalía de Medio Ambiente unas diligencias preliminares solicitando la suspensión del espectáculo como medida cautelar, ante los indicios de que esta celebración fuera constitutiva de un delito de maltrato animal conforme al (ya suprimido) art. 337 de nuestro Código Penal (CP, en adelante). Sin embargo, el Fiscal de Sala de Medio Ambiente no apreció indicios de maltrato animal en dicho espectáculo y procedió al archivo de las diligencias. Pese a todo, acudiendo a la vía administrativa, los abogados del Partido Animalista con el Medio Ambiente de España (PACMA, en adelante) consiguieron interponer un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCYL, en adelante), en el cual instaron a la suspensión inmediata del festejo, argumentando que la Ordenanza que regulaba la celebración del festejo del Toro de la Vega, aprobado por el Ayuntamiento de Tordesillas, que permitía clavar punzones al astado (entre otras muchas cosas)[1], contravenía el artículo único del Decreto-Ley 2/2016, de 9 de mayo[2] (Decreto-Ley 2/2016, en adelante), jerárquicamente superior al citado reglamento. Conforme al artículo único de este Decreto-Ley, se prohíbe dar

1 "Ordenanza para el inmemorial Torneo del Toro de la Vega de la Villa de Tordesillas". Bases reguladoras, de 10 de septiembre de 2022. Ayuntamiento de Tordesillas. Disponible en página web oficial: https://tordesillas.ayuntamientosdevalladolid.es/-/ordenanza-para-el-inmemorial-torneo-del-toro-de-la-vega-de-la-villa-de-tordesillas (última consulta: 28 de diciembre de 2024).

2 Decreto - Ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León. BOCL, núm. 96, de 20 de mayo de 2016, pp. 22147 a 22150. ELI: https://bocyl.jcyl.es/eli/es-cl/dl/2016/05/19/2/ (última consulta: 28 de diciembre de 2024).

muerte a las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales. Por el contrario, la Ordenanza aprobada, al permitir la persecución del animal por hasta cincuenta lanceros (art. 39 de la Ordenanza) con punzones de grandes dimensiones[3], podría provocar no sólo graves lesiones en el animal, sino, incluso, la muerte. Y en caso de darse el fallecimiento del animal en público (con altas probabilidades dados los instrumentos que se pretendían usar), habría supuesto una vulneración del artículo único del Decreto-Ley 2/2016. Por todas estas razones, el TSJCYL decidió suspender cautelarmente la celebración del festejo[4].

Esto no es más que un ejemplo de otros festejos populares que se suceden en España, como pueden ser los *bous a la mar*, las becerradas, el Toro Júbilo de Medinaceli (Soria), largo etc. Todos ellos ponen de manifiesto la apremiante necesidad de conceptualizar el maltrato animal (*animal abuse*) y armonizar la legislación reguladora de los derechos de los animales (*animal rights*) y las demandas de una sociedad que clama por la protección de los derechos de estos animales. En este sentido, las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Cultura y Deporte del Gobierno de España sobre Asuntos Taurinos, exponen que la asistencia anual a espectáculos taurinos durante 2021-2022 decreció en comparación con el período 2018-2019, disminuyendo de un 8%[5] a un 1.9%[6]. Adicionalmente, la encuesta realizada por Statista en 2023, ilustra que un 45% de las personas encuestadas afirmaba que las corridas de toros deberían prohibirse, frente a un 24% que sostenía que deberían fomentarse[7]. Todo ello proyecta un notable descenso del apoyo social a estas prácticas. A escala internacional y europea, es menester hacer alusión al hecho de que la UNESCO rechazó en 2021 considerar

3 En concreto, en el art. 41 del Capítulo VII de la Ordenanza se especifica que "La lanza usada en el Torneo no tendría hoja de metal y estaría formada por un mástil cilíndrico de 2,80 metros de longitud como máximo. En uno de los extremos irá una divisa […] sujetas con un punzón o un doble arpón de una longitud máxima de 80 milímetros, de los que 30 milímetros como máximo serán destinados al elemento punzante, que tendrá una anchura máxima de 16 milímetros". Como puede observarse, hablamos de lanzas de elevada peligrosidad por sus dimensiones, capaces de provocar graves lesiones e, incluso, la muerte.

4 Nota de prensa de la Junta de Castilla y León: "El torneo del Toro de la Vega se podrá celebrar según la normativa de la Junta de 2016 como reconoce la Justicia que rechaza la petición del Gobierno de suspenderlo". Disponible en página web oficial: https://comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1281372051501/NotaPrensa/1285202145127/Comunicacion (última consulta: 28 de diciembre de 2024).

5 En porcentaje de la población de cada colectivo.

6 Estadística de Asuntos Taurinos, nota informativa, Ministerio de Cultura y Deportes de España, 2021-2022, p. 1.

7 Statista, encuesta "¿Está a favor o en contra de los toros?", España, 2023. 1.928 personas mayores de 18 años fueron encuestadas durante el período 12-25 de agosto de 2023. A todos ellos se les formuló la siguiente pregunta: "Qué debería hacerse, a su juicio, con las corridas de toros en España?". Disponible en página web: https://es.statista.com/estadisticas/1124203/porcentaje-de-la-poblacion-que-esta-a-favor-y-en-contra-de-los-toros-en-espana/ (última consulta: 27 de enero de 2025).

la tauromaquia como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad[8]. En la misma línea, la Eurocámara rechazó en 2020 subvencionar estos festejos[9].

Como se mostrará a lo largo de las próximas líneas, el Derecho Administrativo juega un papel fundamental en la tutela de los derechos de los animales, tanto domésticos y amansados como silvestres y salvajes. De ahí que se haya considerado imperativo determinar con exactitud cuáles son los estándares limitativos entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal en materia de maltrato animal.

A tal fin, se contextualizará al lector sobre el origen del delito de maltrato animal en España, y cómo la evolución del mismo en nuestros países vecinos ha desembocado en lo que era inevitable: una protección *in crescendo* de los animales domésticos en nuestra legislación, concebidos como seres sintientes y merecedores de respeto. Igualmente se ha pretendido analizar la reforma del delito y estudiar si ésta supone realmente un acertado acatamiento del Derecho a las reivindicaciones sociales y si realmente es eficaz en lo que respecta a la lucha contra el maltrato animal. Seguidamente, se procederá a describir y explicar de forma general el contenido del delito de maltrato animal, explotación sexual y abandono de animales recogidos en los arts. 340 bis CP y ss. tras la reforma del CP aprobada, esto es, la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal[10] (LO 3/2023, en adelante). Posteriormente, se procederá con mayor profundidad a exponer y explicar las fronteras entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en materia de maltrato animal. En el transcurso de la contribución se irán ofreciendo sucintas propuestas de *lege ferenda* a problemas detectados. Para finalizar, se expondrán unas conclusiones del conjunto del trabajo.

2. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONCEPCIÓN DE LOS ANIMALES Y SUS DERECHOS

Innegable es la más que estrecha, aunque a veces inadvertida o menospreciada, vinculación entre el ser humano y los animales, donde el uno ha necesitado del trabajo del otro para desarrollar sus actividades y expandirse, y el otro se ha sometido al uno. Pese a la manifiestamente palpable convivencia entre ambos, que comenzó siglos atrás, resulta complejo establecer un momento histórico concreto en que el animal sea objeto de una legislación con finalidad de salvaguarda, puesto que, el entender

8 Para más información consultar página web del periódico digital *Público*: https://www.publico.es/internacional/unesco-rechaza-considerar-tauromaquia-patrimonio-cultural-inmaterial-humanidad.html (última consulta: 10 de febrero de 2025).

9 Para más información consultar página web del periódico digital Eldiario.es: https://www.eldiario.es/sociedad/eurocamara-rechaza-subvencionar-tauromaquia_1_6311757.html (última consulta: 10 de febrero de 2025).

10 Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2023. ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/03/28/3/con (última consulta: 2 de enero de 2025).

a un animal como objeto de protección jurídica y susceptible de obtener derechos, ha necesitado de una marcada y profunda evolución en el pensamiento ético-social que, en muchas ocasiones, el Derecho se ha resistido a plasmar. En este sentido, el pensamiento antropocéntrico se ha superpuesto a las tendencias de protección de los animales, tanto domésticos y domesticados como salvajes. No obstante, siglos atrás, importantes figuras filosóficas como Pitágoras, Platón, Locke, Bentham, y el mismo Aristóteles, ya exhortaban al respeto hacia los animales[11]. Durante el cristianismo hubo quienes, incluso, llegaron a amenazar con la excomunión a quienes asistieran a espectáculos taurinos, como es el caso del Papa Pío V en 1567 mediante la promulgación de la bula *Salutis Gregis Dominici*[12].

En España, cabe destacar como punto de inflexión en la materia la creación de la primera Asociación de la Defensa de Derechos del Animal (ADDA, en adelante) en 1976[13], considerada de Utilidad Pública en 1981[14], o la constitución de un partido político animalista (PACMA) que existe en la actualidad. El reconocimiento de los animales como seres sintientes (*sentient beings*) en nuestro país no sucedió hasta enero de 2022[15] con la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales (Ley 17/2021, en adelante)[16]. Ello responde a la evidencia científica y la etología que constataron la sensibilidad de todos los animales[17].

Tímidamente, el legislador español se atrevió con la introducción de una figura delictiva en el CP vigente de la Dictadura de Primo de Rivera en 1928[18] por la cual se castigaba con una pena de multa, de 50 a 500 pesetas, a "los que públicamente

11 ROJO-ÁVILA, C.Y., "Derechos de los animales desde una perspectiva filosófica", *Jus Revista Jurídica*, vol. 1, núm. 10, 2022, p. 24.

12 BOISO CUENCA, M., "Análisis del delito de maltrato animal (art. 337 CP)", *da.Derecho Animal (Forum of Animal Legal Studies)*, vol. 12, núm. 1, 2021, p. 84.

13 BOISO CUENCA, M., "Análisis del delito de maltrato animal (art. 337 CP)", ob. cit., 2021, p. 84.

14 Para más información consultar página web de ADDA: https://www.addaong.org/es/#:~:text=Fundada%20en%201976%20ADDA%2C%20Asociacion,No%20Gubernamental%2C%20apol%C3%ADtica%20e%20independiente. (última consulta: 2 de enero de 2025).

15 Con la aprobación y posterior entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales, que, en particular, modificará el art. 333 del Código Civil español, donde se establece que los animales son "seres vivos dotados de sensibilidad".

16 Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales. BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2021, pp. 154134 a 154143. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/12/15/17 (última consulta: 28 de diciembre de 2024).

17 LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., "La Unión Europea y el bienestar animal: análisis actualizado de sus normas", *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, núm. 6, 2009, p. 97.

18 Real decreto-ley aprobando el proyecto de Código Penal, que se inserta, y disponiendo empiece a regir como Ley del Reino el día 1º de Enero de 1929. Gaceta de Madrid núm. 257, de 13 de septiembre de 1928, pp. 1450-1526.

maltrataren a los animales domésticos o los obliguen a una fatiga excesiva", según rezaba el art. 810 nº4. No obstante, en estas figuras, no existía aún una finalidad de naturaleza ética, sino que se abordaban otras cuestiones de carácter público y de salud pública y, a lo sumo, de intereses generales.

Esta misma situación se reprodujo durante la Dictadura Franquista, en particular en 1944, durante la cual se establecieron en el CP[19] infracciones penales constitutivas de "falta" por cazar o pescar de forma ilegal y arrojar basura o animales fallecidos a la vía pública[20]. El bien jurídico protegido se enfocaba en la protección del orden público, en detrimento de la salvaguarda del bienestar animal. De hecho, se hacía mención a animales muertos y se les equiparó con basuras, por lo que queda constatado que se pretendía tutelar la salud pública (la evitación de enfermedades zoonóticas, por ejemplo) y la salubridad como interés general. Así se deduce del Capítulo II en el que se encontraba tal infracción, cuya rúbrica rezaba "De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones"[21].

No será hasta el año 2003 cuando, a través de la modificación de la LO 10/1995, con base en el delito tipificado en su art. 632, se establezca un delito de maltrato animal más exigente y se tipifique como "falta" el abandono, siguiendo las vertientes europeas con una protección penal más rigurosa hacia los animales[22]. Este delito será modificado por las posteriores reformas de los años 2010 y las modificaciones y abrogaciones del año 2015, que derivaron en los suprimidos arts. 337 y 337 bis CP.

Desde finales del siglo XX, comienza a hacerse palpable y expresa la exigencia social de otorgar una protección penal a los animales domésticos, materializada en el activismo animalista. Prueba de ello es que, en consonancia con este pensamiento en plena expansión mundial, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, en adelante) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, en adelante por sus siglas en inglés) propusieron en el año 1978 la "Declaración Universal de los Derechos del Animal" no vinculante jurídicamente y cuyos arts. 2.1 y 3.1 proclaman respectivamente que "todo animal tiene derecho al respeto" y que "ningún animal será sometido a malos tratos ni a actos de crueldad"[23].

En la misma línea, en el transcurso del proceso de creación de la actual Unión Europea, los diversos Tratados constitutivos, como el Tratado de Ámsterdam de 1997

19 Decreto por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE núm. 13, de 13 de enero de 1945, pp. 427-472.

20 Art. 577 nº7 del Código Penal de 1944.

21 AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "El delito de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", *La Ley Penal*, núm. 166, 2024, p. 3.

22 Ibid, pp. 1-2.

23 CAPACETE GONZÁLEZ, F.J., "La Declaración universal de los derechos del animal", dA., *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, Vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 143-146.

mediante el Protocolo nº33[24], convirtió el bienestar animal en una política transversal europea[25]; con la firma del Tratado de Lisboa en el año 2007, en particular, a través del art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[26] (TFUE, en adelante) se les dotó del carácter de "sensibles", y, por ende, se abandonó la cosificación de los mismos[27]. Para ser exactos, el citado artículo (art. 13 TFUE) establece que:

> "Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados Miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados Miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional"

Finalmente, se debe citar el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los animales domésticos (hecho en 1987, no entró en vigor hasta 2018), al que España se adhirió, y el cual prohibió, entre otras cosas, las operaciones en animales domésticos que requiriesen intervención quirúrgica con fines estéticos, como es el caso del corte de orejas o de rabos. De esta forma, se regulariza a escala europea el tratamiento humano hacia los animales domésticos, estableciendo límites claros cuando las conductas humanas puedan menoscabar la salud o integridad física de los animales domésticos[28].

3. DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN ESPAÑA

Tras la reforma aprobada el 28 de marzo de 2023 por las Cortes Generales (la LO 3/2023), el Libro II del Código Penal pasa a recoger en el nuevo Título XVI bis denominado "De los delitos contra los animales", los arts. 340 bis, 340 ter, 340 quater y 340 quinquies. En estos artículos se tipifica el maltrato animal, la explotación sexual y el abandono animal. Con la LO 3/2023, se constituye un Título autónomo e independiente, el Título XVI bis, en el que la tutela penal del bienestar animal (de los animales domésticos y amansados) adquiere el reconocimiento y protagonis-

24 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada). D. Protocolos anexos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Protocolo (n.º 33) sobre la protección y el bienestar de los animales (1997). DOUE C 321E de 29 de diciembre de 2006, pp. 314-314. ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/tec_2006/pro_33/oj (última consulta: 2 de enero de 2025).

25 ALONSO GARCÍA, E., "El bienestar de los animales sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010.

26 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE, C 326, de 26 de octubre de 2012, pp. 47-390. ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj (última consulta: 2 de enero de 2025).

27 GIMÉNEZ-CANDELA, T., "La descosificación de los animales (II)", *dA. Derecho animal: Forum of Animal Legal Studies*, Vol. 8, núm. 3, 2017, p. 3.

28 AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "Los delitos de maltrato animal tras la reforma en el Código penal de la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 8.

mo que merece. Anteriormente, los delitos de maltrato animal, explotación sexual y abandono animal se recogían en los suprimidos arts. 337 y 337 bis en el Título XVI del Libro II, donde se regulaban también los delitos contra la flora y la fauna, teniendo entonces menor notoriedad. Esta modificación responde a la alteración del régimen jurídico de los animales como consecuencia de la aprobación de la Ley 17/2021 que mediante la modificación del art. 333 del Código Civil elevó el estatus jurídico de los animales, considerados desde aquel entonces y en adelante como seres "dotados de sensibilidad" (*sentient beings*), abandonando de esta forma el estatus jurídico de los bienes muebles o bienes semovientes. De esta forma, las doctrinas animalistas que han abrazado una significativa parte de la sociedad española y europea han puesto de relieve la apremiante necesidad de reforzar la protección penal frente a conductas violentas contra los animales domésticos, como así lo afirma el legislador español en el Preámbulo de la LO 3/2023, a lo que se supone que se responde con dicha reforma. Tanto es así que, el legislador español afirma que las repetidas conductas de violencia contra los animales domésticos y silvestres imperan a reforzar la respuesta penológica ante estas prácticas violentas, ejercidas sobre seres vulnerables. Anticipa también que esta reforma pretende dar solución a la sensación de impunidad en materia de maltrato animal.

3.1. Apartado 1 del artículo 340 bis CP. Tipo básico

Los dos tipos básicos iniciales del delito de maltrato animal se recoge en el art. 340 bis 1 CP y estipula que "será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud". Asimismo, se advierte de que "si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales". Por último, señala el legislador que "si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de uno a cuatro años".

El bien jurídico protegido como bien señala el Preámbulo de la LO 3/2023 en su tercer párrafo es "la vida y la integridad física y psíquica del animal". Ello podría ser asumido en el término "bienestar animal", como bien defiende HAVA GARCÍA[29]. Desafortunadamente, la redacción del tipo señala que la conducta penada

29 HAVA GARCÍA, M.E., "La protección del bienestar animal a través del Derecho penal", *Estudios*

es sólo aquella que produce algún tipo de malherida sobre el cuerpo del animal, siendo ésta de suficiente envergadura como para que requiera tratamiento veterinario; no se hace referencia alguna a la salud psíquica o emocional del animal (a excepción del Preámbulo de la LO 3/2023). Por consiguiente, las conductas violentas que puedan afectar psicológicamente al animal, si no le causan ningún tipo de lesión corporal de cierta gravedad, quedarían excluidas del tipo delictivo. Esta postura ha sido defendida por parte de la doctrina[30], aunque existe algún que otro debate doctrinal sobre la interpretación inclusiva o no del maltrato psicológico en el tipo, no sólo por su redacción sino por la dificultad probatoria de las lesiones psíquicas y la relación de causalidad entre el maltrato y la lesión psicológica[31]. No obstante, al ser la redacción en este aspecto similar a la del suprimido art. 337 CP cabe resaltar cierta jurisprudencia que sí consideró en su momento la salud psíquica como objeto de protección por el tipo delictivo (véase Sentencia del Juzgado de lo Penal n º 1 de Santander, n º 338/2014, de 28 de octubre). Y, en realidad, lo es, o al menos así lo manifiesta el legislador español en el Preámbulo de la LO 3/2023, pese a que se contradice en la redacción en el tipo básico. Podría afirmarse que la voluntad no se ha sincronizado del todo con la redacción.

El resultado típico, como ya se venía adelantando, es una lesión lo suficientemente grave como para que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud. A diferencia de su antecesor, el art. 337, que no hacía referencia alguna a la necesidad de tratamiento veterinario, el art. 340 bis establece como requisito imperativo esa actuación veterinaria, quizá equiparándolo al delito de lesiones del art. 147 CP aplicable a las personas que exige también una "primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico". En este sentido, el delito de lesiones podría servir de referencia a la hora de delimitar y conceptualizar el "tratamiento veterinario", homologándose a la asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, y, *sensu contrario,* excluyendo la simple vigilancia o simple seguimiento facultativo, en consonancia con la redacción del art. 147 CP[32].

En relación a la acción y los medios comisivos, el precepto señala que podrá causarse la lesión "por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual", exactamente los mismos términos empleados en el art. 337. La expresa referencia a los actos de carácter sexual podría calificarse de redundancia, al poder ser incluidos en "cualquier medio o procedimiento"[33]. Dentro de los actos de carácter sexual podría estar comprendida la explotación sexual del animal con

Penales y Criminológicos, Vol. 31, 2011, p. 289; BLANCO CORDERO, I., "Art. 337 CP", en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 180.

30 CUERDA ARNAU, M. L., "Maltrato y abandono de animales (arts. 337 y 337 Bis CP)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1076-1078.

31 Ídem.

32 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", *Diario La Ley*, núm. 10282, 2023, p. 4.

33 Ídem.

vistas a obtener ánimo de lucro[34]; al no ser considerado el ejercicio de una práctica sexual de un humano con un animal como una enfermedad mental (en todo caso podría ser una parafilia)[35], se encuentra desprovista de la inimputabilidad del art. 20.1 CP[36].

Asimismo, el tercer párrafo del art. 340 bis CP como delito cualificado contempla aquellos supuestos en que la lesión se produce por razón del uso de armas de fuego por parte del infractor. Llama la atención que, para este supuesto, el juez o tribunal podrá imponer "de forma motivada" la correspondiente pena señalada. Parece ser que el legislador ha querido exigir una motivación para que el juez aplique la pena del delito cualificado, como si por el mero hecho de emplear un arma de fuego, que por sí misma es más peligrosa, dañina y mortal, no fuese suficiente motivo de justificación. Algunos autores como MANZANARES SAMANIEGO aplauden la especificación de las armas de fuego, que en su artículo antecesor se señalaba únicamente "arma" de forma más imprecisa y confusa, generando numerosos problemas de carácter exegético[37]. No obstante, esta misma cuestión puede ser interpretada como una omisión de otro tipo de armas que, aunque no sean de fuego, pueden ser igualmente dañinas, como es el caso de las armas blancas. Afortunadamente, el legislador ha querido incluir el uso de otro tipo de armas dañinas distintas de las armas de fuego como una circunstancia agravante específica en el apartado 2 del art. 340 bis CP letra a), siguiendo la redacción del suprimido art. 337.2 CP letra a) que incluía "armas, instrumentos, objetos, medios, métodos […]".

Respecto a la cabida o no de la comisión por omisión, la redacción "[...] por cualquier medio o procedimiento [...]" abre la puerta a una interpretación que incluiría la omisión como tipo delictivo, en consonancia con la anterior redacción del tipo[38]. Por tanto, la conducta típica podría cometerse por acción u omisión. En el ámbito de la comisión por omisión, se entiende que va dirigida a los titulares del sujeto pasivo; el titular ostenta la condición de garante del animal del que se supone que es responsable, teniendo que responder por aquellas lesiones producidos por su falta de cuidado y atención.

El sujeto activo es aquel individuo, independientemente de que sea o no propietario, dueño o poseedor del animal, que lleva a cabo cualquier acto de maltrato, con base en que provoque una lesión sobre el animal con las condiciones que indica

34 Siguiendo la línea de la anterior redacción del tipo, el art. 337 CP que aludía expresamente a la explotación sexual. Al respecto, BOISO CUENCA, M., "Análisis del delito de maltrato animal (art. 337 CP)", *da.Derecho Animal (Forum of Animal Legal Studies)*, vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 90-91.

35 CUERVO NIETO, C., "La explotación sexual de animales en el Código Penal español: análisis y consideraciones", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 7, 2023, pp. 223, 228 y 238.

36 AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 9.

37 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 6.

38 Así lo confirmó Fiscalía con la Circular 7/2011, de 16 de noviembre, ante unas dudas similares que se suscitaron con la redacción del tipo en la reforma de 2010, siempre que se cumplieran los requisitos del art. 11 CP y el sujeto activo estuviese en posición de garante.

el tipo del art. 340 bis[39] CP. Como excepción, en la comisión por omisión, se entiende que el único sujeto que puede cometer el delito por omisión es el titular/garante del animal, conforme al art. 11 CP y como así lo defiende CUERVO NIETO[40]. El infractor podrá ser tanto persona física como persona jurídica como así lo estipula el art. 340 quater, novedad que introduce la LO 3/2023.

Por otro lado, el objeto material o, dependiendo de la postura doctrinal, sujeto pasivo del tipo básico es el animal doméstico, domesticado, amansado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano; de ello se desprende que además de los animales domésticos (a modo de ejemplo, un gato o un perro), se podría incluir a los animales de trabajo, renta o abasto, así como aquellos que por su naturaleza son salvajes o silvestres (por ejemplo, una iguana o un camaleón) pero que conviven y dependen del ser humano; interpretación inclusiva que hacen BRAGE CENDÁN[41] y MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ[42] en relación con redacciones anteriores que incluían dichos términos, esto es, "domesticados" o "amansados". Por "animal [...] que viva temporal o permanentemente bajo el control humano [...]" entiende RÍOS CORBACHO que se deben incorporar en la interpretación a todos aquellos animales de carácter salvaje (a título ejemplificativo: panteras, tigres, leones, gorilas, etc.) que se encuentran en cautiverio por diversas razones, como son los animales pertenecientes a zoológicos, acuarios, etc[43]. Si bien cabe hacer mención a las dificultades de la determinación del concepto de animal "doméstico", "amansado" o simplemente "bajo control humano"[44], por lo que, a modo de propuesta de *lege ferenda*, podría resultar más efectivo agrupar al sujeto pasivo u objeto material en otro tipo de clasificación como "animal vertebrado o no vertebrado", como se planteaba en uno de los proyectos de ley[45]. Ello supondría ampliar los tipos de animales que serían objeto material o sujeto pasivo del delito (puesto que animales vertebrados son también los silvestres y salvajes), siendo así un mayor número de animales los que se beneficiarían de esta protección penal frente a conductas de violencia. Con esto, se quiere decir que podría barajarse la idea de otorgar un idéntico tratamiento penal tanto a los animales domésticos,

39 ARREGUI MONTOYA, R., *El delito de maltrato animal*, ob. cit., p. 122.

40 CUERVO NIETO, C., "La explotación sexual de animales en el Código Penal español: análisis y consideraciones", ob. cit., p. 228.

41 BRAGE CENDÁN, S., *Los delitos de maltrato y abandono de animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 65.

42 MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ, N., "La explotación sexual de animales en la Ley Orgánica 10/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal español", *dA. Derecho Animal (Forum Animal Law Studies),* Vol. 6, núm. 2, 2014, p. 15.

43 Señala RIOS CORBACHO, J.M., "Comentario en relación al maltrato de animales en la nueva reforma del Código Penal español", *dA. Derecho Animal (Forum Animal Law Studies),* Vol. 6, núm. 2, 2015, p. 6.

44 MUÑOZ LLORENTE, J., "Comentario al art. 337 CP" en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, CESEJ Ediciones, Madrid, 2011, p. 467.

45 Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal. Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 118-1, de 12 de septiembre de 2022.

amansados y similares, y a los animales silvestres y salvajes. De hecho, el legislador a través del Preámbulo de la LO 3/2023 ya afirma que el empleo de la terminología "animal vertebrado" sigue los pasos de los legisladores alemán y británico, y que con ello entiende que de esta forma se "amplía la lista tasada de animales protegidos por el actual Código Penal". Irónicamente, sólo se emplea esta terminología o forma de catalogación de los animales en un tipo leve, el del párrafo segundo del art. 340 bis CP. Además, no hay en sentido estricto ninguna "lista tasada de animales protegidos por el actual Código Penal", pues apenas se ofrecen varios términos generales que son doméstico, domesticado y amansado, sin especificar ni aportar definiciones sobre cada uno de ellos[46]. Afortunadamente, con la aprobación y entrada en vigor de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales[47] (Ley de Bienestar Animal, en adelante) es posible encontrar ciertas definiciones que aportan algo de claridad y nitidez. Para ser precisos, el art. 3 de la Ley de Bienestar Animal en la letra a) define el concepto de animal de compañía como "animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía […]".

En la letra b) del mismo artículo se define el concepto de animal doméstico, siendo éste "todo aquel incluido en la definición de la Ley 8/2003, de 24 de abril".

Por supuesto, en el tipo básico quedan excluidos el resto de animales vertebrados, esto es, los silvestres y salvajes (con la salvedad de los tipos leves que les otorgan un somero amparo). Igualmente, de incluirse en el tipo básico al resto de animales vertebrados en lo que al objeto material se refiere, probablemente se despertaría un polémico debate doctrinal en torno a la proporcionalidad, lo cual es en cierta medida lógico, aunque no se comparta.

Existe cierto debate entre la doctrina científica en torno a la consideración de los animales objeto de protección del art. 340 bis CP como posibles sujetos pasivos del delito. A diferencia del pensamiento de filósofos como PETER SINGER[48], penalistas de reconocido prestigio en España defienden la tesis de que no pueden ser los animales sujetos pasivos del delito, por cuanto ello conllevaría que pudiesen ostentar la

46 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 3.

47 Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2023, pp. 45618-45671. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2023/03/28/7 (última consulta: 7 de enero de 2025).

48 Para más información sobre Peter Singer y su pensamiento de "liberación animal", consultar PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., "Sobre los derechos de los animales", *Anuario de Filosofía del Derecho VII*, 1990, p. 548 y ss.

capacidad de ser sujetos activos en otros delitos, situación carente de reconocimiento en España, puesto que como defiende MUÑOZ LLORENTE, se les equipara con el raciocinio de un niño, donde no puede atribuírseles conductas dolosas o imprudentes, sino instintivas[49]. Por el contrario, si se asume que el bien jurídico protegido del art. 340 bis CP es el bienestar animal, indiscutiblemente, se deberá reconocer a los animales como víctimas de las conductas de maltrato y, por ende, sujetos pasivos del delito[50]. Postura última que ya defendían muchos autores antes incluso de la reforma operada por la LO 3/2023, como es el caso de BORJA JIMÉNEZ[51].

Cabe hacer mención a la exclusión como elemento del tipo de los animales objeto de las "actividades legalmente reguladas", sin más especificaciones. Podría considerarse una norma penal en blanco, de la que se desprende que se hace referencia a, por ejemplo, animales objeto de espectáculos tradicionales o de actividades científicas, regulados en normativa autonómica o en leyes especiales. En este sentido, actividades como la vivisección con fines médicos, las actividades de producción y las de experimentación, actividades "deportivas" como la caza (reconocidas por el Consejo Superior de Deportes, véase el "tiro a caza lanzada", el "pichón a brazo", largo etc.[52]) y los espectáculos taurinos (véase el "Toro de la Vega" citado en la introducción de este escrito) podrían ser consideradas como "actividades legalmente reguladas" que emplean animales en el desarrollo de dichas actividades. A modo de ejemplo, los espectáculos taurinos se regulan en la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos[53]; los animales objeto de actividades de protección son regulados en la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio[54]; el empleo de animales usados con fines científicos se regula en el Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia[55]; largo etc.

---

49 AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 6.

50 ARREGUI MONTOYA, R., *El delito de maltrato animal*, ob. cit., p. 132.

51 BORJA JIMÉNEZ, E., "Tres cuestiones dogmáticas y una político criminal en torno a la tutela penal de los animales frente al maltrato", en LEÓN ALAPONT, J. (Dir.), *Temas clave del derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 124-125.

52 Ver apartado "caza" en la página web oficial del Consejo Superior de Deportes relativa a las modalidades y especialidades deportivas: https://www.csd.gob.es/es/modalidades-especialidades-deportivas (última consulta: 7 de enero de 2025).

53 Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos. BOE núm. 82, de 5 de abril de 1991, pp. 10254-10257. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/1991/04/04/10 (última consulta: 7 de enero de 2025).

54 Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2007. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2007/11/07/32/con (última consulta: 7 de enero de 2025).

55 Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos,

De esta forma, en estos supuestos de "actividades legalmente reguladas" se estaría ante una eximente completa que se podría ubicar en el art. 20. 7ª CP, como señala MANZANARES SAMANIEGO[56]. Por el contrario, autores como BOISO CUENCA afirman que estas actividades suponen una causa de justificación en el ejercicio legítimo de un derecho[57]. En otro orden de ideas, podrían estas actividades tener cabida en las conductas atípicas.

De nuevo, con la contemplación de esta eximente, causa de justificación o conducta atípica, se sucedería un debate más bien de naturaleza ética o moral, en el que colisionarían perspectivas antropocéntricas (en las que podrían posicionarse el sector cinegético y taurino, entre otros) y perspectivas ecocéntricas y animalistas (sector antiespecista, anticaza, ecologista y animalista). Cabe cuestionar la idoneidad y coherencia de la contemplación como actividades "deportivas" o "festejos" en las que animales domesticados y amansados son lesionados y asesinados, sin que nadie asuma ninguna responsabilidad. Todo ello únicamente con fines de entretenimiento y ocio.

En relación a los tipos leves, el primero se ubica en el párrafo segundo del art. 340 bis CP, dirigido a aquellas conductas de maltrato que recayeran sobre cualquier animal vertebrado[58] distinto de los mencionados en el tipo básico, por lo que se incluyen una gran gama de seres vivos como son los mamíferos, aves, reptiles, anfibios y peces. Esta ampliación que lleva a cabo la reforma sobre animales que pueden ser considerados como objeto material supone un gran avance en materia penal en España respecto a los derechos de los animales, puesto que anteriormente únicamente los animales domésticos o amansados podrían ser objeto de protección penal frente a conductas de violencia. De esta forma, en la actualidad, cualquier animal vertebrado podrá ser objeto de amparo del Derecho Penal, sólo que aquellos que no sean ni domésticos ni amansados, serán protegidos de forma más leve. El segundo tipo leve se encuentra ubicado en el cuarto apartado del art. 340 bis CP, para aquellos supuestos en que se haya causado una lesión al animal que no requiera de tratamiento veterinario.

Dicho esto, se podría afirmar que la actual redacción del tipo contempla dos sujetos pasivos posibles a los que tutela de distinta forma: a los domésticos, domesticados, amansados o los que viven temporal o permanentemente bajo el control humano y a los vertebrados que no tengan dicha consideración (los salvajes, silvestres, exóticos, etc.) sólo que, a estos últimos, se les otorga una protección más modesta con la correspondiente menor penalidad.

---

incluyendo la docencia. BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2013. ELI: https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/02/01/53/con (última consulta: 7 de enero de 2025).

56 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 5.

57 BOISO CUENCA, M., "Análisis del delito de maltrato animal (art. 337 CP)", ob. cit., pp. 97 y ss.

58 Atendiendo a esa diferenciación que hace el tipo de "vertebrado" e "invertebrado", se entiende que se excluyen de protección a los animales invertebrados, esto es, artrópodos (insectos, arácnidos, crustáceos…), moluscos, gusanos, etc.

3.2. Apartado 2 del artículo 340 bis CP. Circunstancias agravantes

Seguidamente, el art. 340 bis 2 regula nueve circunstancias agravantes. Todas las circunstancias agravantes implicarán la imposición de una pena en la mitad superior de la contemplada para los tipos básicos del apartado 1 del art. 340 bis. Las letras a), b), c) y e) provienen del suprimido art. 337.2[59]. A continuación, se expondrá el *numerus clausus* de las circunstancias agravantes con una clasificación especial que atenderá a diversos criterios.

Por razón del sujeto activo se encuentra la agravante de la letra d) "realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal". Se contempla como circunstancia agravante el hecho de que el propietario o responsable del animal sea quien cometa los actos de violencia, pues se desprende que ostenta una posición de garante sobre el animal.

Por razón de la persona perjudicada se encuentra la agravante de la letra e) "ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable". Podría decirse que el menor de edad ostentaría la condición de "perjudicado" que, sin ser sujeto pasivo ni del delito ni de la acción, sufre las consecuencias dañinas del hecho punible, generándole en el marco de este delito un impacto psicológico que merece una tutela penal[60].

Por razón de la intencionalidad, se distingue la letra f) "ejecutar el hecho con ánimo de lucro" y la letra g) "cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia". La letra f) referida al ánimo de lucro, podría encajar con las peleas de animales (peleas de gallos, por ejemplo). A su vez, podría referirse a la explotación sexual y los beneficios obtenidos de ella[61]. Sobre la letra g) se debe señalar que hace alusión a aquellos supuestos de violencia de género, en el que la lesión al animal perteneciente a la víctima de violencia de género es instrumentalizada para dañar a la víctima. En este sentido, se sigue la línea de la violencia vicaria con los menores.

Por razón de los medios comisivos o la acción, se establecen la letra a) "utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o la salud del animal", la letra b) "ejecutar el hecho con ensañamiento", la letra h) "ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de las tecnologías de la información o la comunicación", i) "utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva". En lo referente a la letra a), se mantiene una redacción similar a la del art. 337.2 CP, ya suprimido, y, básicamente se incluyen todo tipo de armas o

59 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 7.

60 BORJA JIMÉNEZ, E., "Tres cuestiones dogmáticas y una político criminal en torno a la tutela penal de los animales frente al maltrato", en ob. cit., p. 126.

61 AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 11.

instrumentos peligrosos para la vida o salud del animal, sin especificar las armas de fuego, cuyo uso en la producción de una lesión a un animal ya se penaliza en el párrafo tercero del art. 340 bis 1 CP. En lo que respecta a la letra b), esto es, el ensañamiento, coincide con la agravante genérica del art. 22. 5ª CP, así como con el art. 139.3ª CP, referido al asesinato de personas. Parece ser que el contenido relativo al ensañamiento se ha trasladado *mutatis mutandis* al art. 340 bis 2[62]. Para ser precisos, el ensañamiento comprende "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito", según reza el apartado 5º del art. 22 CP.

La letra h) responde al mal uso de las tecnologías de la información y de la comunicación, en particular como medio de difusión de actos criminales. Por último, en lo que a la letra i) se refiere, se desprende que va dirigido a aquellos casos en que por razón de los medios usados (envenenamiento, explosivos, etc.) se puede causar daño a un gran número de animales.

Por razón de las consecuencias sobre el objeto material se encuentra la letra c) "causar al animal la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal". En cierta medida, se asemeja la redacción al art. 149 CP referido a las lesiones a personas, aunque se omite la referencia a la "impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica".

3.3. Apartado 3 del artículo 340 bis CP. Causación de la muerte del animal

El apartado 3 del art. 340 bis, contempla penas imponibles de mayor envergadura para cuando realizando la acción del apartado 1, se provoque la muerte del animal doméstico, domesticado o amansado, que viva temporal o permanentemente bajo el control humano o, de otro animal vertebrado no incluido. De esta forma, advierte que "cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause la muerte de un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, se impondrá la pena de prisión de doce a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales". Asimismo, indica que "cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause muerte de un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses o multa de dieciocho a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales". Advierte a su vez el legislador de que "si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de dos a cinco años". Para concluir cierra el legislador

62 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 7.

indicando que "cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el juez o tribunal impondrá las penas en su mitad superior".

Se está ante un delito cualificado por resultado[63], que es, en este caso, la muerte del animal, penado de forma más leve cuando el animal fallecido es uno vertebrado no incluido en el párrafo anterior, esto es, animales silvestres o salvajes en libertad.

Se imita la estructura y redacción del apartado 1 del art. 340 bis en relación a la comisión del hecho delictivo con el uso de armas de fuego. Asimismo, le son aplicables las circunstancias agravantes del apartado 2 del mismo artículo.

3.4. Apartado 4 del artículo 240 bis CP. Tipo leve

En el apartado 4 del art. 340 bis se introduce un tipo leve que dice así: "las lesiones producidas no requiriesen tratamiento veterinario o se hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales".

Este tipo leve del art. 340 bis 4 también tipifica los mismos actos delictivos producidos sobre el objeto material, pero en caso de que no tengan como consecuencia la producción de una lesión de envergadura en el animal y que, por ende, no requieran de intervención veterinaria. Se considera acertado este tipo residual, puesto que el maltrato animal puede ejercerse sin necesidad de producir lesiones físicas o lesiones que requieran tratamiento veterinario. Además, no se hace referencia al objeto material, por lo que se desprende que podrán serlo tanto los animales domésticos, domesticados, amansados, los que viven temporal o permanentemente bajo el control humano, como el resto de animales vertebrados no incluidos.

3.5. Artículo 340 ter CP. El delito de abandono de animales

El artículo inmediatamente ulterior, es decir, el art. 340 ter, castiga el abandono animal con determinadas condiciones: "quien abandone a un animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales".

En la redacción se incluyen a todos los animales, pues se hace referencia a un "animal vertebrado". No obstante, se requiere que el sujeto activo que abandona al

63 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 8.

animal vertebrado tenga responsabilidad sobre el mismo. Con este requerimiento, no tendrá muchos efectos la terminología de "animal vertebrado", por cuanto será poco habitual que, por ejemplo, un animal silvestre o salvaje (véase un ciervo o un zorro) se encuentre bajo la responsabilidad de un humano. De esta forma, este tipo parece más bien dirigirse a animales domésticos, domesticados y amansados. Asimismo, la conducta típica exige que el abandono se produzca en "condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad". Esto se traduce en que el mero abandono como tal no es punible a efectos del art. 340 ter. De esta manera, el legislador español se limita a penar únicamente aquellos supuestos de "abandono grave", en el que se coloca al animal en una situación de peligro en sentido abstracto.

Esto es una mala noticia no sólo para los animales que son vulnerables al abandono, sino también para todos los miembros de protectoras de animales y demás asociaciones que se responsabilizan y asumen los gastos de los animales abandonados. No penalizar el mero abandono supone alejarse del efecto disuasorio que generaría su tipificación. El abandono como tal en todas sus formas es una conducta grave, pues el garante del animal se está desprendiendo de sus responsabilidades, las que asumió al acoger al animal. Este desprendimiento de la responsabilidad le sale gratis al infractor, al menos, en lo que al ámbito penal respecta, generando un auténtico clima de impunidad. Aunque el abandono no se lleve a cabo provocando un peligro para la vida, este peligro existe indiscutiblemente, por cuanto el animal acabará (en supuestos de abandono en calle) vagando por las calles, quedando a merced de ser atropellado o de ser captado por alguna mafia que pretenda explotarlo para la mendicidad o venderlo para fines ilícitos obteniendo ánimo de lucro, o simplemente puede acabar falleciendo por desnutrición o deshidratación. No es la primera ni la última vez que estos hechos se dan como consecuencia de un "mero" abandono. Lo mismo sucedería con abandonos en espacios cerrados, sin acceso a comida o agua; se condena al animal a una muerte lenta y segura. Una respuesta punitiva débil frente al abandono no sería justa ni para el animal ni para las protectoras que se encuentran en muchas ocasiones totalmente desbordadas. Como se decía, el abandono es *per se*, una conducta grave, por lo que no podría alegarse el principio de proporcionalidad ni el principio de *ultima ratio*.

A título ejemplificativo, se señala la STS 40/2023, de 26 de enero. En ella se estudia un caso de abandono, en el que las personas imputadas habían abandonado a unos galgos de los que eran responsables, dejándolos encerrados y únicamente vigilándoles de forma ocasional. Esta situación supuso para los galgos piodermas, falta de higiene, síntomas de falta de alimentación, largo etc. Sin embargo, se absolvió a las personas imputadas por no considerarse este abandono como una situación de riesgo para la vida de los galgos[64]. Sin lugar a dudas, este tipo de sentencias demuestran que aún se está muy lejos de dar contenido al tipo, lo cual puede ser interpretado como una debilidad por parte de la autoridad judicial al aplicar el tipo, lo que favorece el clima de impunidad sobre la contundencia de la responsabilidad penal.

64 AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 10.

3.6. Artículos 340 quater y quinquies: personas jurídicas y medidas cautelares

Una novedad introducida por la reforma se encuentra en el art. 340 quater que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de maltrato animal, acatando las estipulaciones art. 31 bis CP. Se contemplan para ellas las siguientes penas, conforme al apartado 1 del mencionado artículo:

a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a dos años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos".

Por otro lado, el legislador ha querido ampliar la horquilla de penas, estipulando en el apartado 2 del art. 340 quater que "atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, en los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en el artículo 33.7, párrafos b) a g)".

Este apartado remite al art. 33.7 CP, donde se regulan las penas aplicables a las personas jurídicas por conductas más graves. Resumidamente son: la disolución de la persona jurídica, la suspensión de las actividades realizadas, la clausura de locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales, y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Todas estas penas están condicionadas a unos límites temporales y demás requisitos que estipulan las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 CP.

Asimismo, otra novedad muy acertada es la introducida en el art. 340 quinquies por la que se otorga potestad a los jueces y tribunales para adoptar de forma motivada "cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título, incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal". De esta forma, se impide que el titular pueda volver a lesionar al animal.

4. PARÁMETROS DELIMITADORES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE MALTRATO ANIMAL

En el presente epígrafe se procederán a exponer y explicar los parámetros que delimitan la potestad competencial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en materia de maltrato animal.

4.1. Gravedad de la conducta

El principio de intervención mínima o de *ultima ratio* que rige la actuación del Derecho Penal, impide la regulación penal de conductas o hechos que, aunque

sean moral o éticamente incorrectos, no sean de cierta gravedad y no supongan un cierto riesgo para el mantenimiento de la paz social y la convivencia. Por ello, el nivel de gravedad de unos hechos será un elemento limítrofe entre la intervención administrativa y penal. A mayor nivel de gravedad de una conducta, mayor justificación para la actuación de la justicia penal. Se constituye así un Derecho Penal minimalista, que cuando no sea oportuno, deberá dejar lugar a la competencia de otros órdenes jurisdiccionales como el civil o el administrativo[65].

De hecho, en la propia redacción de muchos delitos se hace mención expresa a la "gravedad" ora de una conducta, ora de los efectos o resultados de la misma. Así, en el delito de maltrato animal del art. 340 bis 1 CP se especifica que será castigado el que "cause […] una lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud". El requisito de la intervención veterinaria para la recuperación del animal, supone que la lesión causada debe ser mínimamente grave. De tal forma que un golpe o una patada no podrá ser constitutivo de un delito de maltrato animal conforme al art. 340 bis 1 CP, a no ser que los golpes sean de tal magnitud que provoquen una fractura de huesos, o algún otro tipo de lesión que exija acudir a un hospital veterinario. En sintonía con esta redacción, el antecesor del art. 340 bis CP, el art. 337 CP, hablaba de "lesiones que menoscaben gravemente su salud". De nuevo, la lesión debía provocar daños graves en la salud del animal. Todo ello responde también al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos[66], por el cual el legislador en el ámbito penal únicamente protegerá los bienes jurídicos fundamentales para la vida social, que, en este caso, es el bienestar animal.

Todo ello no resta para que nuestro CP reconozca tipos leves dirigidos a aquellas conductas que, sin ser especialmente graves, merezcan un reproche penal. A título ejemplificativo, el art. 340 bis 4 CP penaliza de forma más leve y tibia las conductas de maltrato que no provoquen una lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de la salud del animal. Esta menor intervención responde al principio de proporcionalidad, por el cual la pena impuesta debe responder a la gravedad de la conducta o del daño producido que da lugar a dicha pena o medida de seguridad[67].

Retomando las explicaciones iniciales acerca del principio de intervención mínima o de *última ratio* que limita la intervención del Derecho Penal, precisamente el legislador español a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[68] (LO 1/2015, en adelante), elimina las antiguas "faltas" y, por ende, el Libro III del CP,

65 ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador", *Revista de administración pública*, núm. 195, 2014, pp. 138-139.

66 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.D., "Los límites del ius puniendi", ob. cit., pp. 95-96.

67 Ibid., pp. 98-102.

68 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176. ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1 (última consulta: 7 de enero de 2025).

con el fin de "facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles"[69]. Con esto, el legislador español quiso exponer que la despenalización de algunas conductas de menor gravedad o relevancia no supondría la impunidad de los infractores, sino que éstos responderán por los hechos cometidos ante una diferente autoridad, en este caso, la administrativa o civil. No supone esto un desentendimiento de la justicia penal de las conductas dañinas o lesivas de bienes jurídicos, sino una revisión de la competencia atendiendo a los principios rectores de este orden jurisdiccional; un "Dad al César lo que es del César y dad a Dios lo que es de Dios"[70]. No obstante, en ocasiones el aislamiento del Derecho Penal para conocer sobre determinadas conductas reprochables, aunque con fundamento legal, puede ocasionar cierta desprotección o sensación de impunidad, especialmente en aquellos supuestos en que otros órdenes jurisdiccionales no regulen adecuada o acertadamente determinadas infracciones. Este podría ser el caso de la despenalización del abandono que "no es grave", es decir, aquel abandono que, aparentemente, no pone en riesgo la vida o integridad física del animal. Aunque, se insiste en estas líneas en que el abandono *per se* es una conducta grave.

En el ámbito administrativo en materia de maltrato animal, la Ley de Bienestar Animal contempla infracciones clasificadas en "leves", "graves" y "muy graves" (art. 72.2 Ley de Bienestar Animal). De nuevo, se aprecia la aplicación del principio de proporcionalidad en lo referente a las infracciones y sanciones.

Las infracciones leves recogidas en el art. 73 de la mencionada Ley suponen "[…] toda conducta que, por acción u omisión y sin provocar daños físicos ni alteraciones de su comportamiento al animal, conlleve la inobservancia de prohibiciones, cuidados u obligaciones establecidas legalmente o las derivadas del incumplimiento de responsabilidades administrativas por parte de los titulares o responsables del animal".

Para que un acto sea constitutivo de una infracción leve se requiere, en primer lugar, que no se provoquen daños físicos. Como ya se ha estudiado anteriormente, la causación de lesiones es constitutiva de delito conforme al apartado 1 del art. 340 bis CP cuando se requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de la salud y conforme el apartado 4 del art. 340 bis CP cuando la lesión provocada no requiera intervención veterinaria. Se respeta la competencia penal en la materia. Asimismo, se aprecia el principio de legalidad en las líneas en las que se expone que la infracción leve debe conllevar la inobservancia de prohibiciones, cuidados u obligaciones establecidas legalmente. A diferencia del articulado dirigido a las infracciones graves y muy graves, el art. 73 de la Ley de Bienestar Animal no recoge ningún listado tasado *numerus clausus* de conductas consideradas como infracción leve.

Las infracciones graves, conforme al art. 74 de la Ley de Bienestar Animal son "[…] toda conducta que por acción u omisión y derivada del incumplimiento de

69 Legislador español en el Preámbulo de la LO 1/2015.

70 Refrán de origen bíblico. Evangelio según san Mateo capítulo 22, versículo 21, la Santa Biblia (Mt, 22:21).

las obligaciones o de la realización de conductas prohibidas impliquen daño o sufrimiento para el animal, siempre que no les causen la muerte o secuelas graves".

Recuérdese que la causación de la muerte o daños graves que requieran intervención veterinaria, son resultados típicos propios del art. 340 bis CP apartado 1 y apartado 3. De nuevo, se respeta la competencia penal en la materia, al especificar que no se incluirán como infracciones graves aquellas conductas que causen la muerte o secuelas graves. En todo caso, podría haber confusión o más bien concurrencia de ilícitos en el caso de la letra a) que recoge como infracción los daños o el sufrimiento provocado a un animal cuando se produzcan secuelas permanentes graves. Por fortuna, el legislador especifica al final de la letra a) "siempre que no sea constitutivo de delito".

Como puede observarse en las infracciones graves el art. 74 de la Ley de Bienestar Animal aporta un listado tasado *numerus clausus* de conductas, acciones u omisiones que constituyen una infracción grave.

En el supuesto contemplado en la letra k) "el abandono de uno o más animales. No se considerará como falta grave, sino como leve, la falta de comunicación de la pérdida o sustracción de un animal; por contra, se considerará como infracción grave el no recoger el animal de las residencias u otros establecimientos similares en los que haya sido recogido, y el abandono del animal en condiciones de riesgo", se encuentra la máxima representación del principio de intervención mínima o de *ultima ratio*, por cuanto la Ley de Bienestar Animal únicamente sanciona el abandono animal, independientemente del contexto y posibles riesgos que suponga ese abandono para el animal. Por el contrario, en el ámbito penal, el art. 340 ter CP castiga el abandono que se dé en condiciones en que pueda peligrar la vida o integridad del animal, esto es, el "abandono grave".

Por otro lado, podría apreciarse una concurrencia de tipificaciones. A modo de ejemplo, las letras c) "el uso de métodos agresivos o violentos en la educación del animal", d) "la administración de sustancias que perjudiquen a los animales o alteren su comportamiento, a menos que sean prescritas por veterinarios y con un fin terapéutico para el animal" y e) "practicar al animal mutilaciones o modificaciones corporales no autorizadas" sancionan conductas que podrían provocar lesiones al animal que podrían ulteriormente requerir la intervención veterinaria, pudiendo constituir, a su vez, un delito de maltrato animal conforme al art. 340 bis 1 CP. Afortunadamente, el legislador español que redactó la Ley de Bienestar Animal previó una solución para posibles supuestos de concurrencia; así, en el art. 71.2 de la citada Ley –atendiendo al principio *ne bis in idem*– se establece que en casos de concurrencia de procedimientos tendría primacía el proceso penal sobre el procedimiento administrativo, quedando el órgano administrativo a la espera de la sentencia o resolución de la autoridad judicial. Para este tipo de supuestos en que una misma conducta podría ser constitutiva de un ilícito administrativo y de un ilícito penal, la persona que pretenda interponer la correspondiente denuncia o recurso, en su caso, deberá sopesar el daño producido al animal, las secuelas del daño, el coste de la recuperación del animal, y la posibilidad de que pueda restablecerse completamente su salud, en aras de determinar si se decanta por la vía penal o la vía administrativa para enjuiciar al responsable. Igualmente, si se recurriese a la

vía penal como primera opción y ésta resultase ineficaz para el enjuiciamiento de los hechos, una vez que finalice el proceso penal sin condena (por desestimación, por ejemplo), podría iniciarse un procedimiento administrativo para así garantizar que el infractor responda por el ilícito cometido, pues así lo prevé el art. 71.3 de la Ley de Bienestar Animal.

En cuanto a las infracciones muy graves recogidas en el art. 75, no se proporciona un marco conceptual de las mismas, sino únicamente un listado de las conductas consideradas como infracción muy grave.

En este listado, se exponen conductas que muy probablemente provoquen lesiones relevantes en el animal. En algunas, incluso, es posible ocasionar la muerte del animal, como es en el caso de las letras a) "el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones exigidas por esta ley cuando se produzca la muerte del animal, siempre que no sea constitutivo de delito, así como el sacrificio de animales no autorizado", c) "el adiestramiento y uso de animales para peleas y riñas con otros animales o personas" d) "el uso de animales de compañía para consumo humano" y e) "dar muerte a gatos comunitarios fuera de los casos autorizados en esta ley"

En la letra a) del citado artículo, se aclara que dicha conducta será considerada como infracción siempre y cuando no sea constitutiva de delito.

Por otro lado, en el Preámbulo de la Ley de Seguridad Ciudadana[71], se anticipa que como consecuencia de la (en aquel momento) tramitación de la reforma del Código Penal, se deberán revisar algunas infracciones para "incorporar al ámbito administrativo algunas conductas que, de lo contrario, quedarían impunes, como son […] o dejar sueltos animales peligrosos". Como consecuencia, el art. 37 de la mencionada Ley, en su apartado 16, establece como infracción leve "dejar sueltos o en condiciones de causar daños animales feroces o dañinos, así como abandonar animales domésticos en condiciones en que pueda peligrar su vida." No obstante, al estar descrita la conducta de abandono de animales domésticos en idénticos términos que el art. 340 ter CP, la infracción leve de la Ley de Seguridad Ciudadana no podrá ser aplicable. Además, el propio art. 45.2 de dicha Ley en el que se materializa el principio *ne bis in idem*, establece el carácter preferente de la jurisdicción penal.

4.2. Condición del sujeto pasivo u objeto material

La condición del sujeto pasivo u objeto material (dependiendo de la postura doctrinal adoptada) puede ser crucial para determinar la atribución de competencia penal o administrativa para conocer sobre casos de maltrato animal.

En primer lugar, se debe hacer mención a los animales silvestres y salvajes. La Ley de Bienestar Animal ya anticipa en su Preámbulo y en el art. 1.1 referente al objeto y ámbito de aplicación de la Ley, que su finalidad es "establecer el régimen jurídico

71 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4/con (última consulta: 21 de mayo de 2025).

básico en todo el territorio español para la protección, garantía de los derechos y bienestar de los animales de compañía y silvestres en cautividad". Al igual que el tipo básico del art. 340 bis 1 CP, la tutela y protección jurídica va dirigida a los animales domésticos o "de compañía", o en su caso, a los domesticados, amansados y a los que vivan temporal o permanentemente bajo el control humano (véase los animales en cautividad). Únicamente, y de forma excepcional, se protegerán en el CP de forma leve al resto de animales vertebrados no incluidos en materia de maltrato animal, a través, por ejemplo, del párrafo segundo del art. 340 bis 1 CP. Aunque el art. 340 ter CP relativo al abandono de animales hace referencia al abandono de "animales vertebrados", se especifica que se refiere al "[…] animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad […]". Por lo que, inevitablemente, se hace referencia a animales que conviven o dependen del ser humano, lo que por regla general excluye a los animales silvestres y salvajes.

Asimismo, en el ámbito administrativo, la protección de los animales silvestres se regirá por lo dispuesto en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad[72]. En la misma línea, se ha catalogado a la fauna silvestre atendiendo a su situación (peligro de extinción, etc.). Como consecuencia, se encuentran diversos Listados y Catálogos que enumeran a estas especies que gozan de una protección especial: el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y el Catálogo Español de Especies Amenazadas[73].

Por el contrario, en el ámbito penal habrá que acudir a los delitos contra la fauna y flora regulados en el Capítulo III del Título XVI del Libro II del CP. En casos excepcionales, los animales salvajes podrán ser objeto de tutela penal mediante el art. 334 CP cuando se cace, pesque, adquiera, posea, destruya especies protegidas de fauna silvestre, o se trafique con ellas o con alguna de sus partes, o se realicen actividades que dificulten su reproducción o migración.

A modo de conclusión en lo que a los animales silvestres respecta, la protección penal y administrativa se reduce a aquellos animales silvestres y salvajes especialmente protegidos por su situación (peligro de extinción, etc.). Y, en general, no se podría hablar de maltrato animal, sino de conductas que provocan la pérdida de la biodiversidad. Por esta razón, se puede afirmar que la fauna silvestre y salvaje no es objeto de tutela administrativa y/o penal en el marco de la lucha contra el maltrato animal, únicamente de forma leve o atenuada a través del art. 340 bis CP.

En segundo lugar, la Ley de Bienestar Animal hace mención en su art. 1.1 destinado a su objeto y ámbito de aplicación a la tutela de los animales de compañía y los silvestres en cautividad. Más adelante, en el art. 3 letra a) se proporciona una definición precisa sobre la idea de animal de compañía, que viene a ser un animal

72 Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad. BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/13/42/con (última consulta: 7 de enero de 2025).

73 Real Decreto 139/2011, de 4 de febrero, para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas. BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2011. ELI: https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/02/04/139/con (última consulta: 8 de enero de 2025).

doméstico o silvestre en cautividad, dependiente del ser humano y mantenido por norma general en el hogar. A título ejemplificativo, se cita en dicho artículo a los perros, gatos y hurones. Asimismo, en la letra d) del mismo artículo se define cono animal silvestre en cautividad aquel cuyo geno/fenotipo no se ha visto significativamente alterado por el ser humano y se encuentra en cautividad. De esta forma, parecen quedar excluidos los animales "domesticados" y "amansados". En todo caso, otros animales de compañía silvestres o de producción sólo podrán ser considerados animales de compañía si se inscribiesen en el Registro de Animales de Compañía.

Con todo ello, parece ser que los animales que no sean considerados animales de compañía o domésticos y animales silvestres en cautividad, únicamente podrán obtener amparo en el ámbito penal, al menos en lo que a la protección frente al maltrato animal se refiere, ya que, el art. 340 bis 1 CP ofrece un "catálogo" más amplio y abierto de los animales que podrán ser sujeto pasivo u objeto material del tipo, incluyendo a los animales domésticos, domesticados, amansados, los que vivan temporal o permanentemente bajo el control humano, y el resto de animales vertebrados, a no ser que, cualquiera de los anteriores fuese inscrito en el Registro de Animales de Compañía, en cuyo caso podría serles de aplicación lo dispuesto en la Ley de Bienestar Animal y, por ende, en el ámbito administrativo.

4.3. Actividades legalmente reconocidas

He aquí el principal criterio que dilucidará la competencia primordial del ámbito penal o administrativo, en su caso. Indiscutiblemente, las actividades específicas en las que se emplean animales y que están legalmente reguladas son las que otorgan prioridad y preferencia a la competencia administrativa para conocer de los asuntos correspondientes a dichas actividades en relación con la tutela de los animales.

Ya el art. 340 bis 1 CP advertía que se castigaría a todo aquél que "fuera de las actividades legalmente reguladas" cometa un acto constitutivo de maltrato animal, en los términos que especifica el tipo. No obstante, ni dicho artículo ni los siguientes aportan más información acerca de esas "actividades legalmente reguladas". En la misma línea, la Ley de Bienestar Animal recoge en su art. 1.3 un listado *numerus clausus* de animales empleados en actividades específicas a los que no les podrá ser aplicable la citada Ley, puesto que su tutela quedará bajo el amparo de otras leyes específicas en el ámbito administrativo. A diferencia de los citados artículos del CP, la Ley de Bienestar Animal si aporta un listado que aclara cuáles son las actividades legalmente reguladas que excluye su competencia.

De esta forma, en lo que al maltrato animal respecta, las actividades que a continuación se expondrán y los animales empleados en ellas no tendrán amparo ni de la Ley de Bienestar Animal ni del art. 340 bis CP y siguientes. Únicamente su protección quedará limitada a las disposiciones legislativas que las regulan en el terreno administrativo que, probablemente, les proporcione una protección mucho más restringida que la que podría ofrecerles la Ley de Bienestar Animal o el CP.

A continuación, se exponen las principales actividades legalmente reguladas que hacen uso de animales (domésticos, domesticados, amansados o silvestres) y que se regulan en legislaciones específicas en el ámbito administrativo.

En primer lugar, se encuentran los animales empleados en espectáculos taurinos. La arcaica (y aún vigente) Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos[74] en sus arts. 2 y 10[75] hace mención a los mismos de forma superficial. Se menciona a las "reses de lidia", las "vaquillas" (art. 10 de la citada Ley) y "novillos" (art. 2 de la mencionada Ley). Asimismo, se define como espectáculo taurino en el art. 2 a "las corridas de toros o de novillos celebradas en plazas de toros permanentes o habilitadas temporalmente para ello, y en festejos taurinos realizados en tales plazas o en lugares de tránsito público". El art. 10 con la rúbrica "otras corridas y fiestas taurinas" añade más tipologías de espectáculos taurinos, tales como los festivales taurinos benéficos, las becerradas y el toreo cómico[76]. En ninguna ocasión se hace referencia a las garantías y derechos del animal; lo mismo sucede con el Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos[77]. En todo caso, como consecuencia de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA, en adelante) son muchas las Comunidades Autónomas y Entidades Locales las que *motu propio* regulan la celebración de estos espectáculos en sus respectivos territorios. La justificación atiende al art. 148.1 7ª (agricultura y ganadería) CE. Retomando la competencia de las CCAA en la materia, a modo de ejemplo, y remitiendo a las líneas introductorias de esta contribución, Castilla y León estableció en el año 2016 mediante el artículo único del Decreto-ley 2/2016 la prohibición de dar muerte a las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales. Esta prohibición responde, como bien señala el legislador castellanoleonés en la Exposición de Motivos, a "la necesidad de la dignificación de la vida en todas sus manifestaciones". No obstante, y como ya hemos relatado en anteriores apartados, el tratamiento del animal en estos festejos no está libre de polémica (véase el "Toro de la Vega" del año 2022).

De esta forma, la "protección" de los animales objeto de espectáculos taurinos queda por norma general bajo el mandato del legislador autonómico. Cada animal

74 Véase nota a pie de página 53.

75 La Ley de Bienestar Animal remite a sendos artículos en su art. 1.3 letra a).

76 El toreo cómico protagonizado por personas con discapacidad está actualmente prohibido en España en la disposición adicional decimotercera de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. BOE, núm. 110, de 9 de mayo de 2023, pp. 64035-64201. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2023/05/08/11 (última consulta: 12 de enero de 2025).

77 Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos. BOE núm. 54, de 2 de marzo de 1996. ELI: https://www.boe.es/eli/es/rd/1996/02/02/145/con (última consulta: 8 de enero de 2025).

tendrá una "protección" diferente, atendiendo al territorio en el que se encuentre, algo que, sin lugar a dudas, se considera bastante desacertado por cuanto genera inseguridad e, incluso, esquizofrenia jurídica, proporcionándose una tutela animal totalmente dispar en cada uno de los territorios que conforman el Estado español. En este sentido, cabría valorar una regulación más centralizada en la materia como principal solución, restringiendo la competencia autonómica y/o loca, en su caso o, armonizando la legislación de todas las Comunidades Autónomas en la materia. Debe también hacerse mención a que la mayor parte de estos festejos suponen un auténtico atentado contra la dignidad y la vida de los animales, donde cabría discutir y reflexionar acerca de su agónica permanencia y anacrónica cabida en los tiempos actuales. Más aún teniendo en cuenta, la evolución de la sociedad española que se sitúa en posturas más afines al reconocimiento y protección de los derechos de los animales. Sobre esto último, la Fundación BBVA realizó un estudio en 2022 sobre la visión y actitud hacia los animales en la sociedad española[78] cuyas conclusiones y datos refuerzan esta teoría. Así, el 54% de los españoles y españolas encuestados considera que debe reconocerse el derecho a la vida de los animales de manera similar al de los seres humanos; 8 de cada 10 españoles cree que tiene sentido atribuir dignidad a los animales; y alrededor de 9 de cada 10 personas afirma que los seres humanos tienen la obligación moral de velar por los animales.

En segundo lugar, se encuentran los animales de producción, aquellos destinados a su consumo. Estos animales están tutelados en el marco de la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio[79] (Ley 32/2007, en adelante). El art. 2.1 de la citada Ley señala que aplicará a los animales vertebrados de producción (sin más detalles) y a los "animales, proyectos y procedimientos contemplados en la normativa de la Unión Europea o internacional en la materia de animales utilizados con fines de experimentación u otros fines científicos, incluyendo la educación y la docencia". En el art. 3 letra a) se proporciona una definición genérica de animales de producción siendo éstos "los animales de producción, reproducción, cebo o sacrificio, incluidos los animales de peletería o de actividades cinegéticas, y los silvestres mantenidos, cebados o criados, para la producción de alimentos o productos de origen animal, o para cualquier otro fin comercial o lucrativo. Quedan excluidos los perros, gatos y hurones. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de compañía"

En el apartado 2 del mismo artículo se excluye la caza y la pesca, los animales silvestres en cautividad (zoológicos), animales domésticos, los animales de espectáculos

78 Para más información consultar página web oficial de la Fundación BBVA: https://www.fbbva.es/noticias/los-espanoles-perciben-un-alto-nivel-de-cercania-y-continuidad-entre-seres-humanos-y-animales-que-les-hace-merecedores-de-consideracion-moral-y-exige-preservar-su-bienestar-y-dignidad/ (última consulta: 10 de febrero de 2025).

79 Véase nota a pie de página 54.

taurinos y los animales de actividades deportivas. Este mismo art. 2.2 de la Ley 32/2007 en los mismos términos que la letra b) del art. 1.3 de la Ley de Bienestar Animal, excluye a los animales de producción que sean inscritos en el Registro de Animales de Compañía, en cuyo caso ostentarán tal condición y les será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Bienestar Animal. Con la Ley 32/2007 se establecen normas mínimas en materia de bienestar animal en lo referente a la explotación, transporte, experimentación y sacrificio de los animales de producción, como consecuencia del acatamiento de las directrices de la autoridad europea (Preámbulo de la Ley 32/2007). Asimismo, incorpora un régimen sancionador en supuestos de incumplimiento.

En tercer lugar, se encuentran los animales destinados a actividades de experimentación, investigación científica, e investigación clínica veterinaria, incluyendo la docencia. Para estos fines se encuentra la regulación recogida en Real Decreto 53/2013, de 1 de febrero, por el que se establecen las normas básicas aplicables para la protección de los animales utilizados en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia[80] y Real Decreto 1157/2021, de 28 de diciembre, por el que se regulan los medicamentos veterinarios fabricados industrialmente[81]. En términos generales, se habla del establecimiento de normas mínimas en materia de protección, pues la actividad científica como tal implica *per se* colocar al animal en una situación de riesgo para su salud o su vida.

En cuarto lugar, se encuentran los animales objeto de actividades deportivas. Será el Consejo Superior de los Deportes el que establezca de forma delimitada estas actividades y los animales empleados en ella. Principalmente, se hace referencia a la caza y la pesca deportiva[82]. Algunos ejemplos de las actividades deportivas con animales son las carreras de campo con liebre mecánica y galgos, carreras en campo con galgos, carreras en pista con galgos, hípica (doma clásica, doma paralímpica, *horseball*, etc.), caza (caza con arco, caza menor con perros, cetrería, pichón a brazo, etc.) y pesca (agua dulce, altura, *black-bass*, etc.). El tratamiento de estos animales tiene lugar en la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte[83] (Ley 39/2022, en adelante). No obstante, el art. 10 de la citada Ley, remite vagamente a los "reglamentos federativos correspondientes" en materia de protección y bienestar de los animales y conservación del medio ambiente.

Por último, se encuentran los animales objeto de actividades profesionales. La Ley de Bienestar Animal en la letra e) del art. 1.3 los define como los animales "dedica-

80 Véase nota a pie de página 55.

81 Real Decreto 1157/2021, de 28 de diciembre, por el que se regulan los medicamentos veterinarios fabricados industrialmente. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021. ELI: https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/12/28/1157/con (última consulta: 10 de enero de 2025).

82 Ver apartado "caza" en la página web oficial del Consejo Superior de Deportes relativa a las modalidades y especialidades deportivas: https://www.csd.gob.es/es/modalidades-especialidades-deportivas (última consulta: 7 de enero de 2025).

83 Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte. BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2022, pp. 193306-193397. ELI: https://www.boe.es/eli/es/l/2022/12/30/39 (última consulta: 8 de enero de 2025).

dos a una actividad o cometido concreto realizado conjuntamente con su responsable en un entorno profesional o laboral, como los perros de rescate, animales de compañía utilizados en intervenciones asistidas o los animales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas".

5. SANCIÓN PENAL VS SANCIÓN ADMINISTRATIVA

En este apartado se estudiarán con detenimiento las penas y sanciones relativas al maltrato animal (incluyendo el abandono, etc.), su naturaleza, contenido, efectos y eficacia.

5.1. Sanción penal

En términos generales, las penas impuestas por delitos contra los animales recogidos en el Título XVI bis CP son pena de prisión (pena privativa de libertad, pena grave); multa (pena de carácter pecuniario); trabajos en beneficio de la comunidad; pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales; pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas.

En relación a la pena de prisión, llama la atención que el delito de abandono de animales (art. 340 ter CP) no la contemple, teniendo en cuenta que se castiga el "abandono grave", esto es, el abandono en condiciones en que pueda peligrar la vida o la integridad del animal. A excepción del apartado 3 del art. 340 bis relativo a la causación de la muerte del animal que establece una pena de prisión máxima que alcanza los dos años, en el resto de casos la pena de prisión es inferior, lo que se traduce en que podrá ser suspendida motivadamente por la autoridad judicial competente, conforme al art. 80.1 CP. Por supuesto, siempre en los términos y bajo los requisitos del apartado 2 del mismo artículo y siguientes. Dichos términos y requisitos son, entre otros: que la persona condenada haya delinquido por primera vez (es decir, que no haya sido reincidente), que la pena no sea superior a dos años y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado. La suspensión de las penas en litigios por maltrato animal es bastante habitual. A modo de ejemplo, se cita el caso "Timple" de 2020 sucedido en Lanzarote. Los titulares de un perro procedieron a amordazarlo y, posteriormente, lo ataron de sus cuatro patas, asfixiándolo hasta provocar su fallecimiento. Por si fuera poco, los maltratadores dispusieron grabar el acto en vídeo. Las autoridades judiciales sentenciaron cuatro meses de prisión para ellos, condena que fue suspendida[84]. Con la habitual suspensión de la pena de prisión, podría generarse una notoria sensación de impunidad, que es precisamente lo que (se supone) que el legislador pretende evitar, como así lo señala en el Preámbulo de la LO 3/2023. En este sentido, se debe incidir en que es la

84 Para más información visitar página web: https://www.diariodelanzarote.com/noticia/pedro-condenado-por-la-asfixia-y-muerte-de-timple-%E2%80%9Centiendo-su-odio-hacia-nosotros%E2%80%9D (última consulta: 8 de enero de 2025).

pena de prisión la que mayor efecto disuasorio genera en los potenciales infractores. A modo de solución, podría integrarse una cláusula excepcional de inaplicación de las disposiciones del art. 80 y ss. relativos a la suspensión de la pena, cuando se hayan cometido determinados delitos que deberán enumerarse, aunque éstos contemplen una pena inferior a los dos años de prisión.

Cabe destacar que la ejecución de la pena de prisión suspendida puede estar condicionada por el art. 83.1. 6ª CP que consiste en la participación en programas de protección de animales[85], condicionante introducida en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[86] (LO 5/2010, en adelante). Como propuesta de *lege ferenda*, debería, ora aumentarse ligeramente las penas de prisión en los delitos de maltrato animal y abandono animal hasta alcanzar los dos años y un día, ora endurecer los requisitos de suspensión de la pena del art. 80 CP y siguientes. Por último, hacer mención a que, debido a la duración mínima y máxima de las penas de prisión de los delitos contra los animales, se clasificaría ésta como pena menos grave (art. 33.3. a) CP).

Asimismo, la pena de multa se constituye como una pena alternativa a la pena de prisión, no simultánea. De esta forma, la autoridad judicial deberá decantarse por aplicar bien la pena de prisión, bien la pena de multa, pero nunca por ambas a la vez. Al igual que con el supuesto de la suspensión de la pena, el hecho de que la pena de prisión y multa sean penas alternativas y no simultáneas, especialmente en los casos más graves (véase tipo básico art. 340 bis 1 CP) podría favorecer un clima de impunidad, teniendo en cuenta que, en algún caso, ninguna de las dos penas es de una duración significativamente elevada.

Sobre la pena de multa, se destaca que todos los delitos en todas sus modalidades la contemplan, a excepción del primer párrafo del art. 340 bis 3 CP, relativo a la causación de la muerte de un animal doméstico, domesticado o amansado. Es llamativo que para el delito de abandono de animales apenas se recoja una pena de multa y ninguna de prisión teniendo en cuenta las escalofriantes cifras de abandono que hay actualmente en España. Según el informe de la *Fundación Affinity*, sólo en 2023 las protectoras españolas recogieron más de 286.000 perros y gatos abandonados (sin contar aquellos que no pudieron ser recogidos, véase casos de atropellos, fallecimiento, etc.), lo que se traduce en 785 animales cada día y 23.890 animales cada mes[87].

Recuérdese que el tipo básico del art. 340 ter CP relativo al abandono de animales requiere que el abandono se produzca "en condiciones en que pueda peligrar su

85 MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", ob. cit., p. 12.

86 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, 23 de junio de 2010, pp. 54811-54883. ELI: https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5 (última consulta: 9 de enero de 2025).

87 "Estudio Él nunca lo haría" de la *Fundación Affinity* de 2023. Disponible en página web oficial de la *Fundación Affinity*: https://www.fundacion-affinity.org/es/estudio-abandono-y-adopcion (última consulta: 10 de enero de 2025).

vida o integridad […]". De esta manera, se desprende que se tipifica el abandono grave en el que la posibilidad de muerte o lesión física del animal se pronostica como próxima o real por razón de dicho abandono.

En lo que respecta a las penas comprendidas para las personas jurídicas, se reconoce la pena de multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a los dos años, o una pena de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Además, señala el legislador en el apartado 2 del art. 340 quater CP, que atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán imponer las penas recogidas en el art. 33.7 párrafos b) a g), esto es, penas específicas para las personas jurídicas.

En los delitos contra los animales, se incorporan los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC, en adelante), en particular, para las conductas típicas del art. 340 bis 4 CP y del art. 340 ter CP. Por razón de la duración de la imposición de TBC, éstos en el supuesto del art. 340 bis 4 CP constituyen una pena leve, a tenor del art. 33.4 letra i) CP, y, en el supuesto del art. 340 ter CP suponen una pena menos grave, conforme al art. 33.4 letra l) CP.

La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales se considera una pena menos grave (art. 33.3 b) CP) por ser la duración que contemplan los arts. 340 bis CP y ss. inferior a los cinco años y superior al año[88].

La pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas en el marco del maltrato animal constituye una pena menos grave (art. 33.3.e) CP), por constar de una duración que se encuentra entre la horquilla de 1 año y 8 años (la pena de menor duración es de 1 año –art. 340 bis 1– y la máxima de 5 –art. 340 bis ter–).

5.2. Sanción administrativa

Para aquellos supuestos de maltrato animal, la Ley de Bienestar Animal establece varias sanciones muy graves, graves y leves aparejadas a las diferentes infracciones. En la misma línea, la Ley de Seguridad Ciudadana contempla diversas sanciones para conductas como el abandono animal (art. 37.16), aunque, en este caso, enfocadas en la protección de la seguridad ciudadana, la salubridad y el orden público[89].

En relación al régimen sancionador de la Ley de Bienestar Animal, éste es aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas "que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente ley, sin perjuicio de las responsabilidades que les pudieran corresponder en el ámbito civil o penal"

88 Si la pena de inhabilitación especial no fuese superior a los cinco años, pero fuese inferior al año, entonces se clasificaría como una pena leve (art. 33.4. c) CP).

89 Sobre ello, MARTÍN FERNÁNDEZ, C., "La infracción de animales domésticos en la Ley de Seguridad Ciudadana y en otras disposiciones penales y administrativas: concurrencia de normas punitivas y de ilícitos", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 14, 2020, p. 105.

(art. 69 Ley de Bienestar Animal). En la Sección 2ª del Capítulo II del Título VI se exponen las sanciones, medidas accesorias y responsabilidad civil.

En general, las sanciones van aparejadas a las infracciones y suelen ser de carácter pecuniario o disciplinario. De esta forma, se implanta un apercibimiento o multa de quinientos a diez mil euros para las infracciones consideradas leves; multa de diez mil uno a quinientos mil euros para las infracciones graves; y multa de cincuenta mil uno a doscientos mil euros para las infracciones muy graves. La cuantía de las multas, incluso las contempladas para las infracciones leves, son notoriamente elevadas para el ciudadano español promedio. Indiscutiblemente, generará un importante efecto disuasorio en el infractor con tendencia a la reincidencia o en el infractor en potencia.

El apartado 3 del art. 76 posibilita que las CCAA y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, mediante disposición reglamentaria, introduzcan especificaciones o graduaciones en relación a las infracciones y sanciones establecidas por la Ley de Bienestar Animal, con la salvedad de que estas modificaciones no alteren la naturaleza o límites de las mismas, entre otras cosas.

Se aplaude que el legislador imponga que el destino de la cuantía económica adquirida como resultado de la imposición de las sanciones pecuniarias sea financiar actuaciones que tengan por objeto la protección de los animales (art. 76.4 Ley de Bienestar Animal).

Posteriormente, el art. 77 de la Ley de Bienestar Animal recopila un abundante listado de medidas accesorias aplicables a las sanciones anteriormente descritas.

La medida accesoria recogida en la letra a) "la intervención del animal y su transmisión a un centro de protección animal o al que determine la autoridad competente" es muy acertada, por cuanto garantiza una mayor seguridad del animal, alejándole del autor que le haya dañado o haya puesto en peligro su vida o integridad. En este sentido, se asemeja a la medida cautelar del art. 340 quinquies CP por el cual los jueces y tribunales podrán adoptar motivadamente cambios provisionales en la titularidad y cuidado del animal.

Las medidas accesorias de las letras b) "la retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas", d) "la suspensión temporal de las licencias, autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses para las infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en esta ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves" y f) "inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con animales, y la tenencia con animales, por un periodo máximo de cinco años para las infracciones graves y de cinco a diez años para las muy graves" recuerdan a las penas de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales y la pena de privación de derecho a tenencia y porte de armas. Empero, la redacción genérica de estas medidas accesorias de la Ley de Bienestar Animal, en especial la de la letra d), referentes a la suspensión de licencias, permisos y/o autorizaciones permite ampliar el catálogo de licencias o permisos que pueden retirarse, sin exclusiones,

a diferencia de las penas establecidas en el CP, siendo más concretas y precisas. A título ejemplificativo, en los delitos contra los animales en el CP no se contempla la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores en supuestos en que se atropelle intencionadamente al animal objeto material o sujeto pasivo del tipo.

La medida accesoria de la letra e) "la clausura de los locales o establecimientos, desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses por infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en esta ley. En caso de reincidencia, la sanción podrá ser de dos años y un día hasta seis años o la clausura definitiva del establecimiento por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves" va dirigida a las personas jurídicas y se encuentra en sintonía con la pena del art. 33.7 letra d) CP de clausura de locales y establecimientos. En esta materia, el CP establece un mayor listado de penas aplicables a las personas jurídicas, en total, 7 penas, entre las que se encuentra la disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, largo etc. Este mayor catálogo de penas para las personas jurídicas es lógico y coherente, teniendo en cuenta que son penas más invasivas y que, por ende, quedan en manos del Derecho Penal.

La letra g) "retirada o no concesión de subvenciones o ayudas en materia de esta ley por un plazo máximo de cinco años para las infracciones graves y de cinco a diez años para las muy graves" hace referencia a la medida accesoria consistente en la retira de ayudas o subvenciones públicas; se entiende que podrá esta medida ser aplicada tanto a personas físicas como jurídicas, por cuanto ambas pueden ser objeto de ayudas y subvenciones de carácter público. En términos generales, se aplaude cualquier sanción, pena o medida de naturaleza económica, ora porque se le imponga al infractor un determinado pago, ora porque se le excluya de recibir cuantías económicas derivadas de ayudas públicas. Ello se debe a que, por suerte o por desgracia, tiende a ser el bolsillo lo que más importa al ciudadano español promedio, después de las restricciones a la libertad, por supuesto. Se dice por suerte puesto que, una vez localizada la debilidad del infractor en acto o en potencia, es posible redimirle o disuadirle; se dice por desgracia por cuanto sonroja que algo tan terrenal, mundano y banal, sea lo que más impacta en la conducta las personas.

La medida accesoria de la letra h) "la obligación de realizar cursos de reeducación o formación en bienestar, protección animal y derechos de los animales" se asemeja a los TBC que decreta nuestro CP.

Más adelante, el art. 78 de la Ley de Bienestar Animal, enumera los criterios que se tendrán en cuenta a la hora de graduar las sanciones y resumidamente son: el perjuicio causado al animal, el grado de culpabilidad, negligencia o imprudencia, la transcendencia social o sanitaria de la infracción cometida, el ánimo de lucro y la cuantía obtenida con la comisión de la infracción, la continuidad de la conducta infractora, la obstrucción a la inspección, el cese de la actividad infractora antes o durante la tramitación del expediente sancionador y la violencia ejercida contra el animal en presencia de menores de edad o personas con vulnerables, personas con discapacidad psíquica o su difusión en medios de comunicación social. Algunas de estas enumeraciones, coinciden con las circunstancias agravantes del art.

340 bis 2 CP, como es la comisión del acto criminal en presencia de menores de edad o personas especialmente vulnerables, y la difusión del hecho delictivo a través de tecnologías de la información y de la comunicación.

Para finalizar con el régimen sancionador de la Ley de Bienestar Animal, se establece en el art. 79 de dicha Ley que la imposición de cualquier sanción con base en ella, no excluye la responsabilidad civil de la persona o entidad sancionada en la que se hubiese incurrido. Lo mismo sucede en el ámbito penal.

6. CONCLUSIONES

Los animales, en especial los domésticos, forman parte de nuestro círculo más íntimo, llegando a constituir un miembro más de muchas familias españolas. Este cambio social de no retorno sobre la consideración de los animales, ha requerido un reconocimiento legal de su estatus jurídico como seres sintientes y, por ende, merecedores de una serie de derechos. Empero, la adaptación legal en torno a la protección de los animales respondiendo a las demandas sociales no termina de amoldarse como debiera. Algunos aspectos del Derecho Penal se vislumbran problemáticos en cuanto a un aumento de la protección penal de estos seres no humanos. El principio de proporcionalidad y el principio de intervención mínima, entre otros, se presentan reticentes a la incorporación de una tutela penal de los animales más estricta. Estas dificultades no son insalvables, teniendo en cuenta que el Derecho Penal *per se* y otras disciplinas del Derecho como puede ser el Derecho Administrativo, se encuentran revestidos de variedad de herramientas e instrumentos jurídicos que les permiten incorporar las demandas de una sociedad moderna en materia de protección animal, sin menoscabar la naturaleza jurídica de sus respectivas áreas.

En los últimos tiempos, no se toleran actos despiadados contra los animales, tales como su maltrato, abandono o muerte. Muchas protectoras de animales claman por mayor atención frente a la desbordante cantidad de animales que deben recoger; muchas denuncias se interponen contra quienes maltratan cruelmente a los animales; numerosas fotografías y vídeos de maltrato animal se difunden en redes sociales. La ciudadanía española no tolera ni pretende tolerar este tipo de hechos criminales, cuestión que ha comprendido el legislador.

Sin lugar a dudas la reforma operada bajo la LO 3/2023 supone un avance en la protección penal de los animales frente a conductas violentas. Ello no empece para que significativas debilidades hayan sido detectadas. Por supuesto, dependerá de la opinión y posicionamiento científico e, incluso, ideológico, del lector el hecho de que se consideren algunos aspectos como debilidades o aciertos.

En primer lugar, con la LO 3/2023 se amplía la gama de animales objeto de protección por el Derecho Penal, distinguiendo así entre animales domésticos, domesticados, amansados, los que viven temporal o permanentemente bajo el control humano y el resto de animales vertebrados. De esta forma, y con las especificaciones del Preámbulo, se disipan las dudas acerca del bien jurídico protegido que es el bienestar animal. No obstante, la exigencia de la intervención veterinaria despier-

ta dudas acerca de la inclusión en el tipo lesiones de carácter psíquico. Además, algunas redacciones de sendos delitos se asemejan a las de delitos cuyo sujeto pasivo son personas, como es el caso del delito de lesiones del art. 147 CP. De esta forma, se eleva la categorización de los animales a ojos del Derecho Penal, en especial de los domésticos, domesticados y amansados.

Atendiendo a una postura afín con el Derecho Animal (*Animal Law*) y la Justicia Animal (*Animal Justice*), o lo que es lo mismo, perspectivas ecocéntricas y biocéntricas, podría considerarse la desigual protección penal atendiendo al tipo de vínculo con el ser humano como especismo. En este sentido, si lo que se pretende proteger es al animal "sintiente" todos los animales deberían ser protegidos por igual, pues constatado queda que tanto los animales domésticos como silvestres o salvajes tienen la misma capacidad de sentir. Quienes abrazan doctrinas más antropocéntricas, defienden que la protección uniforme de todos los animales sería desproporcional, debiendo otorgarse una tutela más rigurosa a los animales que convivan con el ser humano y tengan un mayor vínculo con él. Independientemente de la afinidad con una u otra tesis, está claro que la reforma es acertada en contraposición con antiguas redacciones.

En segundo lugar, se incluyen circunstancias agravantes que responden a los conflictos de la sociedad española actual. Así, la agravante instrumental en supuestos de violencia de género a semejanza de la violencia vicaria, y la agravante por difusión del maltrato en redes sociales, supone una actualización del delito en relación con la actual realidad criminal en nuestro país.

En tercer lugar, la dedicación de un artículo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas era de apremiante necesidad. Lo mismo sucede con el art. 340 quinquies, en el cual se incorpora como medida cautelar el cambio de titularidad de la persona acusada con respecto al animal. La ausencia de esta medida cautelar, habría dejado estéril de eficacia al resto de sanciones penales, por cuanto se facilitaría la reincidencia.

Por lo referente a la competencia administrativa en la materia, se ensalza el régimen sancionador de la Ley de Bienestar Animal, al que podría calificarse de completo y eficaz, tanto por las conductas que recoge como infracciones, como por la dureza y eficacia de las sanciones, puesto que es la sanción de naturaleza económica la que más duele al infractor tras la pena de prisión. Conociendo la debilidad del infractor en acto o en potencia, se conocerá la medida que le redimirá. Sin embargo, se aprecia un problema de concurrencia de infracciones en el Código Penal y en la Ley de Bienestar Animal (incluso también en la Ley de Seguridad Ciudadana), que resuelve anticipadamente el legislador (aplicando acertadamente el principio *ne bis in idem*), otorgando prevalencia a la autoridad judicial en materia penal para conocer de asuntos relativos a este tema, en detrimento del órgano administrativo.

Por otro lado, aflige el hecho de que determinados animales empleados en actividades legalmente reguladas, no puedan ser objeto del merecido amparo que ofrece nuestro Código Penal y la Ley de Bienestar Animal. En particular, consterna que animales domesticados o amansados sean utilizados inhumanamente en ex-

temporáneos espectáculos como son los festejos taurinos, o en actividades calificadas discutiblemente como "deportivas" como puede ser la caza. La gravedad de los actos cometidos en estas "actividades" despierta un sensato y apremiante debate en torno a su prohibición o tipificación administrativa o penal. Precisamente, el origen de este estudio radica en el caso que ha iniciado la presente contribución: el Toro de la Vega del año 2022. Siendo llamativo que un festejo tan sanguinario no sea considerado como constitutivo de un delito de maltrato animal, pues, si clavar "lanzas con un punzón o un doble arpón de 80 milímetros de los que 30 milímetros serán un elemento punzante de máximo 16 milímetros" (art. 41 de la Ordenanza) no es maltrato animal, entonces, ¿qué lo es?

Independientemente de estas reflexiones y conclusiones más generales, se ha aportado un estudio acerca de los límites penales y administrativos en materia de maltrato animal, siendo éstos la gravedad de la conducta ejercida contra el animal, la condición del sujeto pasivo y las actividades legalmente reguladas. Se han revisado los pilares que sustentan el *Ius Puniendi* del Estado y la potestad sancionadora de la Administración pública que en ocasiones deben ser evocados para adquirir una mayor comprensión de la competencia de ambos en la materia. Ello también ayudará a encontrar soluciones alternativas a los problemas que puedan surgir fruto del aumento de la protección de los animales en ambas áreas.

Indudablemente, la pena de prisión es la pena que genera mayor efecto disuasorio en los criminales, en especial, en aquellos delitos graves o que generan conductas que merecen un ejemplar reproche penal. La sociedad moderna y, en particular, la española, está adoptando paulatinamente posturas afines con la protección de los animales y un mayor reconocimiento de sus derechos, lo que lleva a calificar las conductas violentas contra los animales como actos repulsivos que deben ser estrictamente penalizados. Más aun teniendo en cuenta la histórica convivencia entre los animales no humanos y los seres humanos, que nos acompaña desde tiempos inimaginables, llegando incluso a convertirse los animales domésticos y/o domesticados en un miembro más de la unidad familiar.

La imperativa necesidad de castigar la violencia contra los animales responde también al ideario generalizado del desvalor de la vida y los derechos de los animales, siendo aún considerados meros objetos por muchas personas y colectivos, que asumen que pueden ejercer cualquier tipo de conducta sobre ellos, incluso las más crueles, despiadas y sádicas, convencidos de que nada puede reprochárseles.

Lamentablemente, nuestro Código Penal no contempla para ninguno de los delitos contra los animales una pena de prisión superior a los dos años (apenas el art. 340 bis 3 CP contempla la pena máxima de 24 meses); ello se traduce en la posibilidad de suspender la pena de prisión cuando se cumplan determinadas condiciones, con base en el art. 80 CP. Una cuestión incoherente por parte del legislador español que en el Preámbulo de la LO 3/2023 se vanagloriaba de querer acabar con la sensación de impunidad en los casos de maltrato animal, dejando a medias la materialización de este objetivo.

Por infortunio, las penas de multa contempladas que coinciden con las penas de prisión, destacan por su alternatividad, es decir, por la imposición de una u otra,

pero nunca de forma simultánea, cuestión última que, en los casos más graves de maltrato animal, podría debilitar la respuesta punitiva frente a estas conductas criminales.

Por otra parte, se aplaude el régimen sancionador de la Ley de Bienestar Animal, al que se le debe calificar como completo y ambicioso en lo que a la protección de los derechos de los animales se refiere. Se contemplan numerosas sanciones aparejadas a variedad de conductas infractoras, en su mayoría caracterizadas por el componente económico; se establecen multas de elevadas cuantías incluso para la comisión de infracciones leves, lo cual garantiza la producción de un necesario efecto disuasorio que, en el ámbito penal, no llega a ser del todo eficaz. Por si fuera poco, a todas las sanciones se acompañan importantes y considerables medidas accesorias, evitando así cualquier tipo de percepción de impunidad.

Desde una perspectiva más personal y crítica, se debería introducir el serio debate acerca de la sanción del uso y maltrato de animales en festejos y espectáculos arcaicos que aún se celebran en nuestro país pese al rechazo generalizado a nivel nacional e, incluso, internacional, que se despierta contra ellos. A modo de ejemplo, la UNESCO denegó en 2021 la petición de considerar la tauromaquia como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, y la Eurocámara rechazó en 2020 subvencionar estos festejos.

En general, tras la pena de prisión, es la pena pecuniaria, y en concreto la multa como sanción administrativa la que podría decirse que es la más eficaz en la lucha contra el maltrato animal.

De forma global, y pese a algunos posibles desaciertos detectados, se puede afirmar que la competencia sancionadora entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en el momento actual, es asombrosamente completa, no dejando ninguna conducta constitutiva de maltrato animal impune, completando así cualquier vacío o laguna jurídica que pudiese haber en la materia.

Pese a las debilidades que se puedan detectar en el ámbito penal y administrativo en materia de maltrato animal, se debe elogiar la labor de ambas áreas (y del legislador, en términos generales) en la lucha contra el maltrato animal, pues este binomio delito-infracción ha conseguido recoger un sinfín de conductas constitutivas de maltrato animal en aras de alcanzar su efectivo enjuiciamiento, estableciendo las correspondientes penas y sanciones. Puede afirmarse con rotundidad que no hay acto de violencia contra los animales en nuestro país que, en principio, pueda quedar impune ora vía penal, ora vía administrativa, al menos en lo que a la teoría se refiere. Pues en el transcurso del proceso penal o del procedimiento administrativo, pueden avenirse numerosos problemas que impidan el eficaz enjuiciamiento de los hechos.

Para dar fin a estas líneas, se incide en que cada batalla ganada en la lucha contra el maltrato animal, no implica que se haya ganado la guerra. Aún muchos criminales se revisten de la impunidad contra la que se debe luchar y muchos animales siguen siendo víctimas de la violencia.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador", *Revista de administración pública*, núm. 195, 2014, pp. 135-167.

ALONSO GARCÍA, E., "El bienestar de los animales sensibles-sintientes: su valor como principio general, de rango constitucional, en el derecho español", en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010.

ARREGUI MONTOYA, R., *El delito de maltrato animal*, Dykinson S.L., Madrid, 2024.

AZNAR DOMINGO, A., y MARTÍN GARCÍA, F., "El delito de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", *La Ley Penal*, núm. 166, 2024, pp. 1-16.

BARQUIN DE COZAR ROURA, L.C., "Derecho penal subjetivo: Ius Puniendi", *Diario La Ley*, núm. 9716, 2020, pp. 1-4.

BLANCO CORDERO, I., "Art. 337 CP", en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

BOISO CUENCA, M., "Análisis del delito de maltrato animal (art. 337 CP)", *da.Derecho Animal (Forum of Animal Legal Studies),* vol. 12, núm. 1, 2021, pp. 81-111.

BORJA JIMÉNEZ, E., "Tres cuestiones dogmáticas y una político criminal en torno a la tutela penal de los animales frente al maltrato", en LEÓN ALAPONT, J. (Dir.), *Temas clave del derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*, JMB Bosch Editor, Barcelona, 2021.

BRAGE CENDÁN, S., *Los delitos de maltrato y abandono de animales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CANO CAMPOS, J., "Derecho administrativo sancionador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, p. 339-348.

CAPACETE GONZÁLEZ, F.J., "La Declaración universal de los derechos del animal", *dA., Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies),* Vol. 9, núm. 3, 2018, pp. 143-146.

CEREZO MIR, J., "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 28, núm. 2, 1975, pp. 160-173.

CUERDA ARNAU, M. L., "Maltrato y abandono de animales (arts. 337 y 337 Bis CP)", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CUERVO NIETO, C., "La explotación sexual de animales en el Código Penal español: análisis y consideraciones", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 7, 2023, pp. 213-242.

CUETO PÉREZ, M., "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad", *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, pp. 95-117.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L., y TALAVERA CORDERO, P., "Conceptos de Derecho Administrativo básico", en RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (Dir.) y DOMÍNGUEZ

ÁLVAREZ, J.L. (Coord.), *Manual de 350 conceptos jurídico-criminológicos básicos. Una guía para comprender el Derecho público*, Colex, A Coruña, 2024.

DUTHIE, S., "El vegetarianismo en la izquierda británica del siglo XIX: alimentar sueños utópicos de 'salud, alegría y belleza", *Políticas de la Memoria*, nº 24, Buenos Aires, 2024, pp. 247-255.

FERNÁNDEZ DE GATA SÁNCHEZ, D., "El régimen de los festejos taurinos populares y tradicionales", *Revista de Estudios Taurinos*, núm. 48-49, 2021, pp. 213-257.

HAVA GARCÍA, M.E., "La protección del bienestar animal a través del Derecho penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 31, 2011, pp. 259-304.

GIMÉNEZ-CANDELA, T., "La descosificación de los animales (II)", *dA. Derecho animal: Forum of Animal Legal Studies*, Vol. 8, núm. 3, 2017, pp. 1-5.

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., "La Unión Europea y el bienestar animal: análisis actualizado de sus normas", *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, núm. 6, 2009, pp. 96-109.

MAGALHAES, M.P., & DE OLIVEIRA, J.C., "Veganismo: aspectos históricos", *Revista Scientiarum Historia*, vol. 2, 2019, pp. 1-8.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo", *Diario La Ley*, núm. 10282, 2023, pp. 1-12.

MEDINA CUENCA, A., "Los principios limitativos del Ius Puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.,* núm. 19, 2007, pp. 87-116.

MENÉNDEZ DE LLANO RODRÍGUEZ, N., "La explotación sexual de animales en la Ley Orgánica 10/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal español", *dA. Derecho Animal (Forum Animal Law Studies),* Vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 1-18.

MUÑOZ LLORENTE, J., "Comentario al art. 337 CP" en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, CESEJ Ediciones, Madrid, 2011.

NUÑO JIMÉNEZ, I., "Derecho administrativo sancionador. Principios de la potestad sancionadora", *Gabilex*, núm. 5, 2016, pp. 25-26.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., "Sobre los derechos de los animales", *Anuario de Filosofía del Derecho VII*, 1990, pp. 543-556.

RIOS CORBACHO, J.M., "Comentario en relación al maltrato de animales en la nueva reforma del Código Penal español", *dA. Derecho Animal (Forum Animal Law Studies),* Vol. 6, núm. 2, 2015, pp. 1-21.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.D., "Los límites del ius puniendi", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 3, 1994, pp. 87-114.

ROJO-ÁVILA, C.Y., "Derechos de los animales desde una perspectiva filosófica", *Jus Revista Jurídica*, vol. 1, núm. 10, 2022, pp. 22-43.

OLMEDO DE LA CALLE, E., "Los delitos de maltrato animal", [Tesis doctoral inédita] *Universitat de València*, Valencia, 2017.

ANÁLISIS

Modelo de intervención integral en familias altamente conflictivas

Families with a high level of conflict: Criminological consequences and comprehensive intervention model

MARIELA CHECA CARUANA

Psicóloga de la Unidad Docente Asistencial (UDA) de Psicología

Universidad de Málaga (España)

mariela@uma.es

https://orcid.org/0009-0007-8783-0582

Resumen: El objetivo principal de este artículo es profundizar en las consecuencias y repercusiones emocionales, psicológicas y sociales de la alta conflictividad post ruptura, así como de la violencia filio parental asociada a estos casos. A su vez se hace una propuesta de un programa de intervención integral para familias en conflicto de alta intensidad a partir del Proyecto Filio, con el fin mayor de la protección de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en esta situación.

Abstract: *The main objective of this article is to delve into the emotional, psychological and social consequences and repercussions of high post-breakup conflict, as well as the child-parent violence associated with these cases. At the same time, a proposal is made for a comprehensive intervention program for families in high-intensity conflict based on the Filio Project, with the greater goal of protecting children and adolescents who find themselves in this situation.*

Palabras claves: conflicto, familias, NNA, interés superior, intervención, parentales, profesionales, psicología.

Keywords: *conflict, families, children, best interests, intervention, parents, professionals, psychology.*

Sumario: 1. TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS EN LA FAMILIA. 2. AUMENTO CONTRASTADO DE LA ALTA CONFLICTIVIDAD FAMILIAR. 3. SITUACIONES DE RIESGO PARA LOS NNA. 4. ABORDAJE TERAPEUTICO INTEGRAL DE FAMILIAS ALTAMENTE CONFLICTIVAS: LA PROPUESTA DEL PROYECTO FILIO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

Recepción: 11/04/2024 Aceptación: 03/05/2025

Cómo citar este trabajo: CHECA CARUANA, Mariela, "Modelo de intervención integral en familias altamente conflictivas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 235-261, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.08

1. TIPOLOGÍA DE CONFLICTOS EN LA FAMILIA

La familia es un sistema que no se encuentra exento de dificultades y conflictos entre sus miembros, en la mayoría de los casos son conflictos que tienen una solución interna del propio sistema, pero hay un porcentaje, que cada vez es mayor, que no son capaces de resolver, es más que llega a intensificarse hasta entrar en procedimientos jurídicos contenciosos y por supuesto con las consiguientes consecuencias a nivel emocional y psicológico para todos sus miembros.

Cuando hablamos de familias con alto nivel de conflictividad nos referimos a aquellas familias cuya problemática del sufrimiento les mantiene atrapadas en el conflicto producto de una errónea gestión de la ruptura. (Ortuño Muñoz, 2019)

Entre los tipos de conflictos que nos podemos encontrar dentro de las dinámicas de estas familias con alto nivel de conflictividad (modelo de Bolaños. I (2003)), hacemos especial referencia a los siguientes:

a) Conflicto por custodia o régimen de visitas

Una vez la pareja se separa, la lucha por quién permanecerá con los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) se convierte en uno de los objetivos fundamentales para algunos progenitores. En muchos casos incluso por encima del interés superior del menor.

Muchos progenitores, en especial las madres, ven de forma exclusiva el cuidado de los hijos/as, posiblemente porque en la mayoría de los casos así ha sido durante la etapa de convivencia del sistema, en otros casos porque el peso cultural que otorga a la madre esa labor es muy potente, y dificulta, especialmente a éstas deshacerse de esas creencias educativas transgeneracionales.

En muchos casos, como hemos observado, este tema se convierte en el eje del enfrentamiento post ruptura, llegando a situaciones realmente desproporcionadas de cruces de demandas justificando la custodia para uno u otro progenitor.

b) Conflicto por ausencia

Por muy extraño que parezca existe un número de casos donde uno de los progenitores "desaparece" de la vida de los menores cuando ocurre la separación. Estos casos son vividos de forma especialmente dramática por los NNA. La ausencia injustificada de uno de sus progenitores genera emociones que van desde la culpa, la rabia, la tristeza influyendo en todos los ámbitos del NNA, tanto a nivel escolar, como social o familiar.

Aquí, el objeto del conflicto será la lucha del progenitor custodio por que el otro progenitor asuma su responsabilidad parental. Entendida esta responsabilidad con deberes y derechos: el deber de cuidar, educar, atender, transmitir valores, establecer normas consensuadas y facilitar la relación de los NNA con ambos progenitores y, el derecho, de disfrutar al mismo tiempo del cariño, afecto y comunicación con los hijos e hijas.

Son variados los formatos en los que observamos esta dejadez de los progenitores para con sus obligaciones parentales, en la mayoría de los casos suele ser un abandono económico, no asumiendo las necesidades que los NNA tienen en su día a

día, y se traduce en una batalla, sin fin, por el cobro de la manutención por parte del progenitor custodio.

c) Conflicto de lealtades

Se da este conflicto cuando los NNA se posicionan con alguna de las partes, o cuando no saben bien donde posicionarse. No es extraño ver después de una ruptura como algunos de los hijos, o todos se posicionan al lado, del que ellos de forma inconsciente, consideran más débil o el que piensan que "pierde" en esta situación.

En otros casos incluso hay varios posicionamientos, dividiéndose los NNA entre los apoyos a uno y otro progenitor, y produciéndose una doble ruptura, se suma a la ruptura de los progenitores, la ruptura entre los hermanos y/o de la familia extensa (tíos, abuelos, primos…), lo que genera un mayor malestar a la situación y un consecuente aumento del conflicto.

Desde la perspectiva terapéutica del sistema familiar, parece haberse dado un mal uso al art. 12 del Comité de Derechos del Niño (en adelante CDN), hecha pública en junio de 2009, que se completa con la reciente Observación General 14 (2013); el párrafo segundo (art. 12.2 CDN) concreta el derecho a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales. A su vez la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contempla esta cuestión, en el párrafo primero de su artículo 9, en los siguientes términos:

1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.
2. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. […]
3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquellos».

La línea legislativa favorable a la escucha del menor no es uniforme. Así el mismo Código, en su artículo 92.6, establece –tras la reforma realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)–, para la guardia y custodia, en los casos de nulidad, separación o divorcio, que el juez deberá "oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

Igualmente, el art. 770.1. 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) establece que "se les oirá, si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años". También la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y

la Adolescencia frente a la Violencia, también denominada LOPIVI (2021) insiste en dar más valor a la opinión de los NNA, de manera que, en caso de que la opinión de estos no coincida con la de sus tutores, se considera que existe un conflicto de intereses y, por tanto, pueda ser necesario el nombramiento de un defensor judicial que defienda sus intereses.

Desde nuestro punto de vista, este derecho del NNA a ser oído, se ha usado en el ámbito jurídico de forma perjudicial, no cumpliendo así el fin para el que fue propuesto. En este sentido vemos muchos NNA instrumentalizados por el propio conflicto que solicitan ser escuchados por el juez, incluso expresan "…estoy esperando cumplir los 12 años para poder hablar con el juez y decirles lo que quiero…". Estas circunstancias han provocado un aumento de NNA con un exceso de responsabilidad sobre lo que debe elegir, sobre lo "correcto", y por supuesto un abuso por parte de alguno de los progenitores, que de manera tendenciosa ceden esa responsabilidad al hijo/a, posicionándolo frente al conflicto. Así hemos visto como muchos progenitores han usado excusas como: "Es decisión de mi hijo", "es lo que mi hijo quiere", "yo no puedo obligar a mi hijo…" como modus operandi para interferir en el vínculo con el otro progenitor. Nos encontramos aquí con NNA asumiendo un exceso de responsabilidad que no les corresponde, incluso a veces ni siquiera están en la madurez para ello, y desprotegidos por parte de su progenitor alienador y del propio sistema judicial.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 163/2009, señalaba que, en esta redacción, introducida por la Ley Orgánica 15/2005, "la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996), y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor".

Sin embargo, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 obliga a la audiencia del menor incluso en los casos de mutuo acuerdo, lo que se hace realmente comprometido para los NNA. Así el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 18.2.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, por posible vulneración del derecho fundamental a la intimidad del menor de edad (art. 18.1 CE). La STC de 9 de mayo de 2019 desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

De las conclusiones que se extraen de la misma según el Magistrado-Juez, titular del Juzgada Primera Instancia núm. 14 de Barcelona destacaría:

"Segunda. La protección del derecho a la intimidad del menor exige que la audiencia se practique con presencia del Ministerio Fiscal y con ausencia de las partes, los abogados y procuradores, para facilitar la espontaneidad en las manifestaciones del menor. Tercera. La especial protección del derecho a la intimidad del menor, que debe ya procurarse en el acto mismo de la audiencia, exige una documentación que se limite a las manifestaciones más relevantes e imprescindibles para la resolución de la controversia, y por exigencia del principio de contradicción y la relevancia que pueden tener las manifestaciones del menor en la motivación

de la decisión judicial, debe darse traslado a los abogados. Cuarta. En aquellos supuestos en que las manifestaciones del menor comprometen abiertamente su intimidad deberá procurarse una redacción del acta que, sin faltar a la realidad de las manifestaciones del menor, comprometa lo menos posible la intimidad del menor y evite un posterior y eventual conflicto con sus progenitores y/o demás familiares".

Especialmente cuando estamos en casos de alta conflictividad parental, sería conveniente que se priorizara la protección del menor con respecto a dicho conflicto, no olvidemos que el NNA vuelve a convivir en ese entorno tras la audiencia.

Otros NNA se debaten entre lo que cree que cada progenitor necesita de él, o lo que esperan de él. Estos sufren mucho porque se posicionan en el centro del conflicto recibiendo de forma continuada los "dardos" que se lanzan ambos progenitores. En estos casos nos encontramos con NNA muy afectados emocional y psicológicamente. Recuerdo un caso donde la menor de tan solo siete años presentaba una alopecia severa como causa de los conflictos entre sus progenitores. El deseo de esta chica era que "…todos estuvieran contentos…", se había hecho responsable de tan difícil logro, de esta manera la manifestación física fue signo evidente de lo que emocionalmente estaba sufriendo.

d) Conflicto de invalidación

En estos casos es donde observamos de forma más evidente el rechazo y la resistencia de los menores hacía uno de los progenitores, que suele ser el no custodio. Los progenitores con sus acciones (conscientes o inconscientes) producen un deterioro en la relación con los NNA, deterioro que puede ocasionar diferentes tipos de comportamientos entre éstos, como insultos, abuso psicológico, chantaje emocional, incluso llegando a producirse agresiones físicas. (Checa, 2020)

Cuando nos encontramos agresiones de cualquier índole en este contexto, por parte de los NNA, es decir, cuando son estos los que agreden, ya sea a alguno de los progenitores (normalmente el rechazado), o bien a alguno de los hermanos, nos encontramos con un problema diferenciado a cuando tratamos un caso tradicional de violencia filio parental (en adelante vifip). En estos casos la violencia verbal, moral, emocional o física, está avalada de forma voluntaria o involuntaria, por el progenitor acogedor.

2. AUMENTO CONTRASTADO DE LA ALTA CONFLICTIVIDAD FAMILIAR

Es evidente que nos encontramos en un momento social donde la conflictividad se ha intensificado a muchos niveles, en los medios de comunicación, en las escuelas, en las relaciones sociales, inclusive en la política, no podía ser excluyente el ámbito familiar. En este sentido vemos como las rupturas de las parejas son cada vez más conflictivas e implican a su vez a más número de miembros del sistema familiar.

En España, la familia es una institución protegida por la legislación, concretamente, el art. 39 de la Constitución Española, (en adelante CE) establece que los

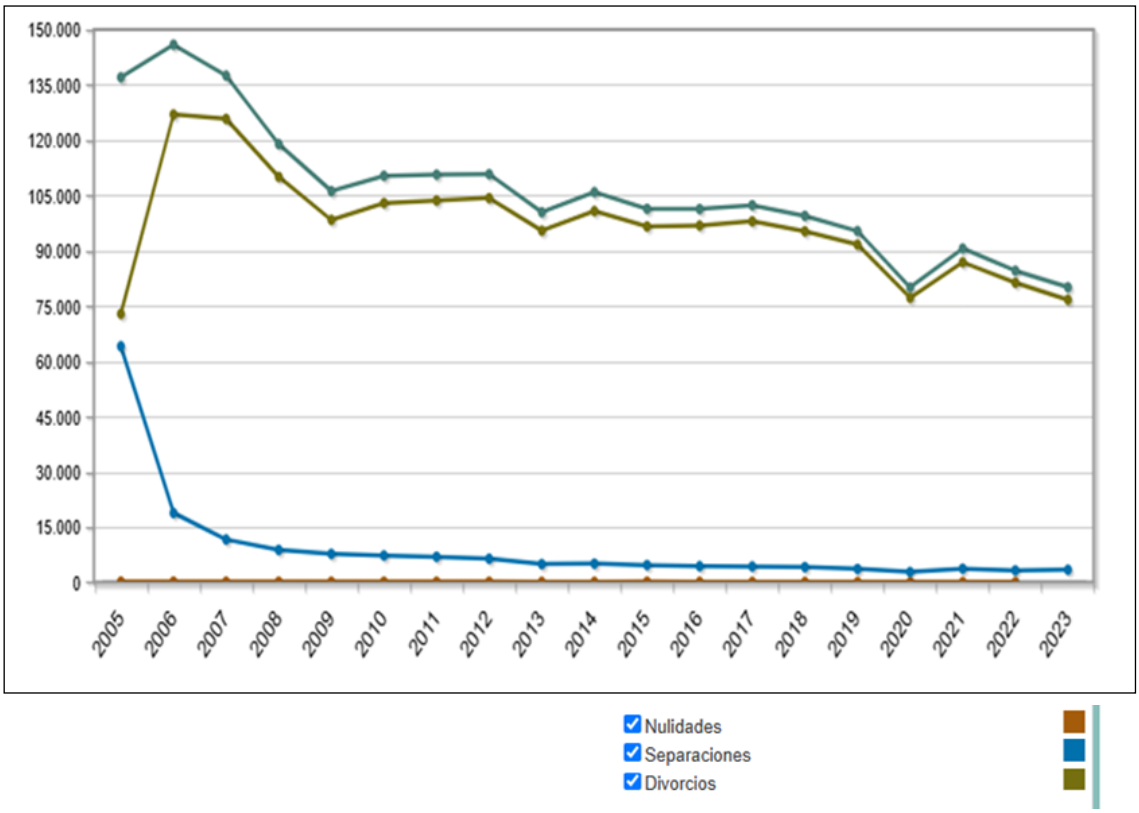
poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de la misma manera, la protección integral de los hijos y de las madres.

Los datos que tenemos del servicio estadístico del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), referentes concretamente al primer trimestre de 2023, reflejan que el número de demandas de disoluciones matrimoniales, nulidades, separaciones y divorcios, en total 22.647, disminuyó un 10,3 % respecto al del mismo trimestre de 2022. Se alude a que la huelga de los letrados de la Administración de Justicia, que se prolongó desde el 23 de enero del hasta el 28 de marzo, ha tenido un impacto en la resolución de asuntos y también en el ingreso, puesto que el número de procedimientos repartidos que han quedado pendientes de ser aceptados por los órganos judiciales, y por tanto no se han computado como ingresados, ha crecido enormemente en este primer trimestre de 2023. En el caso de los asuntos civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los asuntos pendientes de ser aceptados han pasado de 20 en el primer trimestre de 2022 a 155 en el mismo trimestre de 2023; en los Juzgados de Familia, el incremento ha sido de 177 a 4.077.

Andalucía ocupa el cuarto lugar de las comunidades autónomas con un 51,4% de número de demandas de disolución matrimonial en 2023.

Esta disminución que parece global tiene su excepción en las demandas de guarda, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales no consensuadas, de las que en el primer trimestre del año se presentaron 7.004 y que mostraron un incremento del 1,2%, todas las demás sufrieron, como hemos visto, una disminución interanual.

Gráfico 1. Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, Total Nacional. INE 2023



Precisamente son estos casos los que nos ocupan en este artículo, donde a pesar de la disminución aparente de datos, hay un claro incremento del nivel de conflictividad de los mismos, siendo especialmente significativo el aumento en la intensidad de los conflictos dentro del contexto familiar.

Es importante señalar que algunas de estas estadísticas indican que no ha existido un aumento en la cantidad de separaciones, fundamentalmente debido a que ha disminuido considerablemente el número de uniones matrimoniales, por lo que no constituye un dato realmente objetivo, más bien de cambio en los estilos de unión, existiendo un auge de las uniones de parejas de hecho, incluso de parejas sin ningún tipo de relación jurídico-administrativa. Lo que sí es evidente, es en el aumento de una alta intensidad de los conflictos familiares ocasionados por rupturas contenciosas.

Estas situaciones afectan directa e indirectamente a gran cantidad de niños, niñas y adolescente, (en adelante NNA), que se encuentran inmersos en la dinámica conflictiva adulta, requiriendo en la mayoría de los casos, ayuda profesional psicológica para superar esta situación.

Según los datos consultados del CGPJ, hacemos referencia actualmente a más de 60.000 NNA en España que están afectados como consecuencia del conflicto entre sus progenitores, encontrándose, más de 25.000 de estos NNA, afectados de forma grave. Las consecuencias inmediatas de las que hablamos irían desde problemas de autoestima, inseguridad, fracaso escolar, agresividad, a otras consecuencias más duraderas como serían problemas de alimentación, problemas de relación social y sexual (Vallejo Orellana, Reyes, Sánchez-Barranco, Sánchez-Barranco, 2004), bulling, trastorno de personalidad (borderline) (Ibabe & Jaureguizar, 2011), violencia filio parental, entre otras.

3. SITUACIONES DE RIESGO PARA LOS NNA

Este tipo de familias que estamos describiendo, son familias que han convertido el mantenimiento del conflicto en su existencia, se retroalimentan a través del daño mutuo, en muchas ocasiones sin ser conscientes del todo de las consecuencias colaterales de dicha dinámica. (Checa, 2020).

En esta dinámica del odio, nos encontramos que los mayores afectados son los NNA, víctimas del conflicto adulto doblemente doloroso, en primer lugar por tratarse de un conflicto emocional, con lo que conlleva de desgaste psicológico, ya que la separación está considerada como el segundo hecho traumático en la vida de un individuo, después de la muerte de un ser querido; y en segundo lugar, por tratarse de sus progenitores, sus dos referentes que, lejos de ser quiénes les protejan y aseguren su cuidado físico, emocional y psicológico, son quienes los exponen ante el conflicto.

Hoy día sabemos que las consecuencias para el desarrollo de la propia personalidad de los NNA serán irreversibles (Pinillos, Dolader y Fernández Vergara, 2010).

Si valoramos los efectos directos de la exposición al conflicto por parte de los hijos, es básico tener en cuenta que el conflicto "es un constructo multidimensional que incluye frecuencia, modo de expresión, cronicidad o duración, intensidad y grado de resolución" (Krishnakumar y Buehler, 2000), además de la dimensión de dominio, temas relacionados al divorcio que tiene que ver con los desacuerdos, como la custodia y el acceso a los hijos, y la actitudinal, relativa al grado de hostilidad que es dirigido desde una de las partes a otra, o mutuamente.

Es muy importante tener en cuenta los tipos de conflicto que existen pues no todos ellos están directamente relacionados, al mismo nivel, con el deterioro emocional de los NNA.

Por tanto, el bienestar y ajuste psicológico de los hijos se encuentra mediatizado por la relación que éste tiene con sus padres. Ya sea directa o indirectamente, las separaciones con un alto nivel de conflictividad acaban deteriorando dicha relación, lo que resulta perjudicial de cara a su ajuste psicológico a corto y a largo plazo. Cabe destacar que no parece tan importante la existencia del conflicto entre los progenitores, como la forma en que dicho conflicto se expresa y gestiona. (Checa, 2020).

Debemos profundizar en el diagnóstico de la violencia y describir el proceso, puesto que entendemos la violencia como un proceso y señalar en qué momento en la evolución de las relaciones paterno-filiales y en la progresiva gravedad de las agresiones nos encontramos (Clavete y Pereira, 2019).

La violencia intrafamiliar es toda aquella conducta que ejerce algún miembro de un sistema familiar contra alguno de sus integrantes en el espacio en el que se desarrolla la convivencia familiar (Mas et al., 2020). En la última década, se ha producido un crecimiento de un tipo de violencia intrafamiliar conocida como vifip, suscitando un mayor interés en la comunidad científica.

A pesar de las dificultades que han existido históricamente para generar una definición consensuada de esta violencia, un Grupo de Expertos de la Sociedad Española para el estudio de la violencia filio-parental (SEVIFIP), consensuaron la siguiente definición:

"Conductas reiteradas de violencia física, psicológica (verbal o no verbal) o económica, dirigida a las y los progenitores, o a aquellas personas que ocupen su lugar. Se excluyen las agresiones puntuales, las que se producen en un estado de disminución de la conciencia que desaparecen cuando esta se recupera (intoxicaciones, síndromes de abstinencia, estados delirantes o alucinaciones), las causadas por alteraciones psicológicas (transitorias o estables) (el autismo o la deficiencia mental severa) y el parricidio sin historia de agresiones previas". (Pereira et al., 2017).

A mi entender dentro de los tipos de nueva Vifip (violencia filio parental) (Pereira, 2019), sería interesante incluir este, puesto que en el origen de esta vifip nos encontramos indicadores compartidos entre lo que entendemos por vifip tradicional y nueva vifip.

Algunos estudios distinguen entre dos tipos de Vifip la Vifip "tradicional" y la Vifip "nueva". La Vifip "tradicional" es aquella que se produce unida a otras problemáticas como el consumo de tóxicos, la psicopatología grave o la violencia previa en el sistema familiar, más coincidentes con familias multi violencia (Carrasco et al., 2018); por su parte, la Vifip" "nueva" es aquella ejercida por menores y adolescentes NNA que proceden de un contexto familiar y social normalizado, sin patología previa ni otras problemáticas asociadas (Martínez et al., 2015).

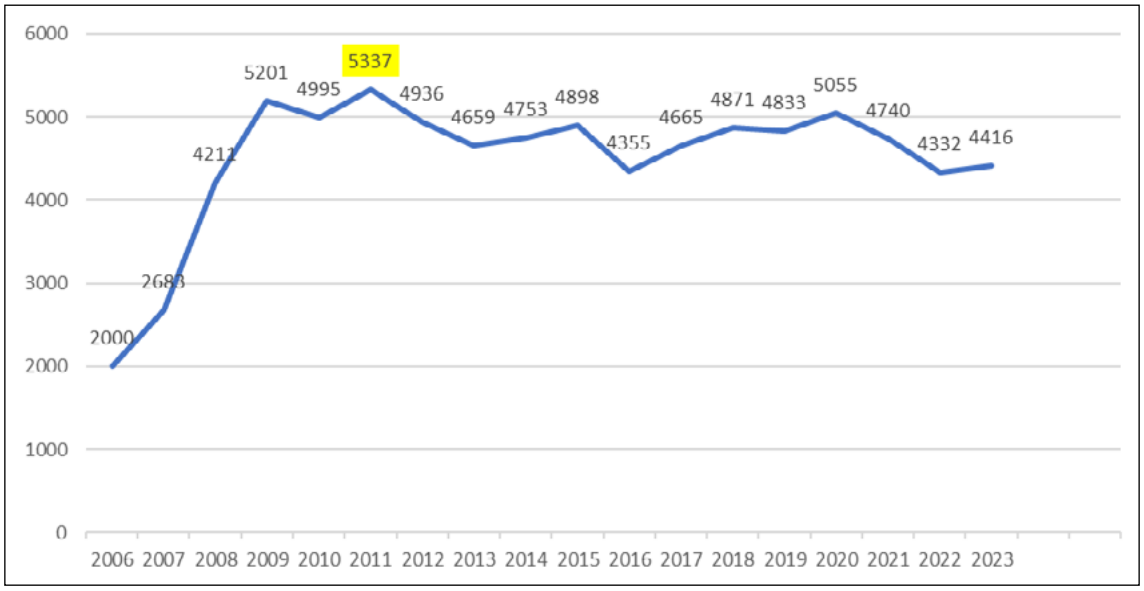
Se entiende por Vifip tradicional aquellos casos donde la propia dinámica familiar presenta un historial en el uso de la violencia como forma de resolver los conflictos, incluso como forma habitual de comunicación dentro del sistema, ya sea a nivel verbal, emocional, o física, donde los NNA resuelven los conflictos repitiendo pautas aprendidas. La expresión de este tipo de violencia parece ser exclusiva del ámbito familiar.

Por otro lado, la llamada nueva Vifip, hace referencia aquellos casos donde nos encontramos progenitores excesivamente permisivos, también sobreprotectores, sin criterio para ejercer una parentalidad responsable (Clavete y Pereira, 2019), existiendo una relación horizontal entre estos y sus hijos, no existen unas normas claras y donde las consecuencias no predomina en el aprendizaje hacía la tolerancia a la frustración, siendo el impulso violento el que prima en esos casos.

El aumento del interés en el estudio de este fenómeno se debe al incremento en las cifras de incidencia y prevalencia. La Fiscalía General del Estado español señala un aumento en las cifras de Vifip en la última década, acrecentándose considerablemente el número de casos en los últimos años (2683 en 2007; 4211 en 2008; 5209 en 2009; 4995 en 2010; 5377 en 2011; 4936 en 2012; 4659 en 2013; 4753 en 2014; 4898 en 2015, 4898 en 2016, 4355 en 2017, 4665 en 2018, 4833 en 2019, 5055 en 2020, 4740 en 2021, 4332 en 2022, 4416 en 2023).

A nivel internacional, los estudios realizados en Estados Unidos y Canadá, señalan una prevalencia de Vifip física entre el 11% y 22% y de Vifip psicológica entre el 51% y el 75% (Margolin y Baucom, 2014). En España, del Hoyo-Bilbao et al. (2018) indican una tasa de prevalencia de Vifip física entre el 8.2% y el 9% y entre el 13.1% y el 14% de Vifip psicológica. La mayoría de las investigaciones establecen la existencia de una mayor tasa de violencia hacia las madres que hacia los padres (Ibabe y Jaureguizar, 2011; Junco-Guerrero et al., 2021). Los estudios que examinan diferencias según sexo, muestran que tanto chicos como chicas cometen Vifip, aunque hay investigaciones que señalan que sí existen diferencias significativas en cuanto al tipo de violencia cometida, señalando que los chicos ejercen con mayor frecuencia violencia física y las chicas violencia psicológica (Gámez-Guadix et al., 2012; Lozano et al., 2013).

Gráfico 2. Datos fiscalía general de menores



* A partir de 2011 son específicos de VIFIP

La persistencia de esta problemática entre los adolescentes y la afectación que produce en las familias y en la sociedad en general, ha supuesto la creación de programas de intervención para la Vifip desde distintos ámbitos. Sin embargo, una revisión de dichos programas realizada por Ibabe et. alt. (2019), pone de manifiesto que los programas para la intervención de este fenómeno que comprenden un protocolo detallado y con respaldo científico, son escasos. A pesar de ello dicha revisión expone seis programas de intervención para la Vifip que mantienen unos niveles de calidad adecuados, teniendo un alto grado de protocolización. Algunos de los programas que cuentan con mayor respaldo y evidencia científica son: el programa Step Up, Building Respectful Family Relationships (Routt y Anderson, 2004), Break4Change (Wilcox y Pooley, 2015) o el programa Resistencia No Violencia (Coogan y Lauster, 2015). Asimismo, en España, recientemente se ha publicado el Programa de Intervención Precoz en Situaciones de Violencia Filio-parental (IP-Vifip) (Ibabe et al., 2019). Este programa dispone de un manual que facilita su aplicabilidad, así como de evidencia empírica sobre su efectividad.

En el contexto de las separaciones con alto nivel de conflictividad, podemos observar ambos criterios, es decir son familias donde se produce la ruptura después de un importante historial de agresiones de tipo básicamente verbal (insultos, desprestigio de alguno de los roles) y emocional (chantaje, amenazas con quitar la custodia), así como permisibilidad o sobreprotección por alguno o ambos progenitores.

La situación de ruptura y su mala gestión hace que en ocasiones los progenitores permitan en exceso a sus hijos no solo en aspectos materiales, que también, si no en cuestiones normativas como horarios de llegada, horarios de sueño, tiempo de ocio, uso de las tecnologías, etc.…, hecho que supone ver al progenitor como "preferido" por los hijos/as y que refuerza negativamente el rol de este progenitor, disminuyendo los limites existentes entre adulto y menor.

De esta forma se presenta muy grave el aumento de casos de separaciones conflictivas donde el uso de la violencia por parte de los hijos/as hacía uno de los progenitores, se convierte en el eje central del problema. En estos casos vemos claramente como las interferencias ejercidas por alguno de los progenitores (o ambos) derivan en el uso de la violencia como expresión máxima del rechazo o resistencia hacía el otro progenitor.

Son diferentes los factores predictores del conflicto adulto post ruptura; (Hodges,1996) podemos destacar los siguientes;

- Uso de los hijos en conflicto parental, ya hemos señalado algunas de las formas en que se utiliza a los menores dentro del conflicto.
- Inicio de nuevas relaciones afectivas de alguno de los progenitores. La aparición de una nueva pareja es un indicador de aumento del conflicto, aunque esta haya aparecido mucho después de la ruptura. En ocasiones la nueva incorporación de un elemento en el sistema hace que este se altere y provoque movimientos en el mismo, poniendo en alerta a los miembros del sistema. Cuando en un sistema familiar hay una historia previa de conflicto, este desequilibrio viene a incrementar la intensidad del conflicto, en rara ocasión produce el efecto contrario.
- Desacuerdo sobre el cuidado de los hijos. Las pautas psicoeducativas es también fruto de las disputas entre progenitores. Lo que antes de la ruptura podía parecer normal o tolerable, tras la ruptura se convierte en hechos intolerables por parte de los progenitores, llegando incluso a invalidar la capacidad parental de alguno de ellos.
- Cambio en el estilo de vida de alguno de los progenitores. Cambios de domicilio, de posición social…, pueden alterar también las relaciones del sistema. En muchas ocasiones un traslado de domicilio produce un verdadero problema, al quedar el progenitor no custodio expuesto a una mayor distancia de los menores, por tanto, a un posible deterioro del vínculo con estos, siendo este de mayor gravedad si los menores están en edades tempranas.
- Resentimientos económicos. Los desacuerdos a nivel económicos son también motivo de conflicto, especialmente donde ciertos beneficios económicos dependen de la custodia de los menores. Este hecho es visto por parte del progenitor no custodio, como una pérdida doble, por el patrimonio y por los hijos, con el consiguiente aumento de malestar y por tanto de manifestación del mismo.
- Irresponsabilidad en el cuidado de hijos. Padres negligentes que ponen en riesgo a los menores de alguna forma, bien por comportamientos arriesgados, bien por descuido o desatención.
- Lucha por la custodia, como hemos visto anteriormente, es el motivo "estrella" de los conflictos de alta intensidad.
- Presencia de alguna patología o adicción.

En general no es algo tan sencillo como que un progenitor ejerza interferencias en contra del otro. Existen ciertos signos de alerta, que pueden prever como ciertas características de ambos progenitores, podrán darse o no dichas interferencias (Molina, 2020). De esta forma si se une una pareja entre una persona insegura, ingenua, dependiente, junto a una persona posesiva, con exceso de manipulación, con sentimientos de superioridad, la posibilidad de que en una futura ruptura se dé interferencias, aumenta considerablemente.

Un factor determinante del bienestar de los hijos es la exposición al conflicto Inter parental (p.ej.: Amato y Keith, 1991; Arch, 2010; Booth y Amato, 2001; Emery, 1999; Grych y Fincham, 1990, 1999; Hetherington, 1999), incluso en parejas que siguen conviviendo (Amato y Afifi, 2006; Camara y Resnick, 1988). Muchas familias, después de la ruptura de pareja de los progenitores, se quedan atrapadas en una disputa continua por la custodia y las visitas de los hijos (Lebow y Rekart, 2007), alimentada por un proceso legal que los sitúa como adversarios (Sullivan, 2008). Este tipo de conflictos han sido calificados incluso como un problema de salud pública (Lebow, 2003; Vezzetti, 2016).

Cuando los progenitores mantienen una alta conflictividad, aunque permanezcan juntos, los menores se ven expuestos a un estrés crónico que puede afectar a su estado de salud psicológica y física (Fariña et al., 2013).

Muchas de las suposiciones de la terapia tradicional no pueden extenderse al tratamiento en los casos forenses (Tejedor, 2013). Casos como los que hablamos que son derivados por vía judicial o con progenitores en contextos litigiosos, carecen del carácter voluntario del que habitualmente tienen en la psicología clínica. Este hecho puede hacer que la información que recibamos como terapeutas sea distorsionada o manipulada en beneficio de algunos y en perjuicio de otros.

El trabajo con este tipo de familias pasa necesariamente por incluir a todo el sistema familiar, incluso a aquellas personas que, no perteneciendo al núcleo del sistema, si estén directamente relacionadas con la situación conflictiva (familia extensa, nuevas parejas...). No sería la primera vez que por ejemplo una nueva pareja o unos abuelos, condicionan, favorecen una intervención familiar, por tanto como terapeutas es preferible mantenerlos dentro del contexto terapéutico.

Los NNA, a los que en muchas ocasiones terapéuticas se les intenta mantener fuera del foco de intervención, serán en estos casos el centro de la misma. El llamado bien superior del menor, debe regir nuestro trabajo.

Entendemos desde un punto de vista terapéutico como bien superior del menor a un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales, emocionales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a los NNA. Se trata de una garantía para que antes de tomar una medida respecto de los NNA, se priorice adoptar aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

Cuando hablamos del término del bien superior del menor con respecto a los progenitores, es decir, cuando se percibe que se pone en tela de juicio que alguno de los progenitores no está actuando en base a este bien superior, es difícil no

obtener una reacción poco agradable al respecto por parte de alguno de los progenitores o de ambos. Muy pocos progenitores perciben el malestar provocado a sus hijos/as, en la mayoría de los casos suelen producirse interferencias de forma no consciente, donde el propio dolor, la no superación del proceso de separación, el despecho, el propio duelo, etc., puede estar funcionando de pantalla que no permite a este progenitor ver realmente las consecuencias que algunos de sus comportamientos verbales, o no verbales pueden tener en sus hijos/as.

Este tipo de casos son fácilmente tratables, ya en la fase de psicoeducación comienzan a tener consciencia de las graves consecuencias provocadas con estos hechos y suelen actuar acorde a las pautas indicadas por los profesionales, son casos en los que observamos un buen pronóstico. (Cara y Checa, 2020)

Por el contrario, existen un número menor de casos, donde esas interferencias se producen de forma consciente, primando el dolor causado en el otro progenitor y el conflicto, por delante del bienestar de los NNA. Estos casos son la mayoría de los que hacemos referencia, y aquellos en donde hemos visto consecuencias devastadoras en los NNA.

Las interferencias parentales de forma voluntaria están siendo estudiadas por los expertos como una forma de maltrato emocional en los menores (Aguilar Cuenca,2007; Norambuena Núñez, 2018).

Si los niños son testigos de frecuentes disputas entre sus progenitores, escuchan críticas de uno respecto al otro y, sobre todo, si se sienten parte de ese conflicto, es probable que presenten mayores niveles de ansiedad, miedo al abandono, problemas de conducta y depresión (Pons-Salvador, 2007; Arch, 2010).

Con respecto a la salud emocional de los menores podemos encontrarnos según su posición en el conflicto diferentes afecciones (Tejedor y colb, 2010).

El exceso de responsabilidad en algunos NNA hace que nos encontremos a niños con una madurez superior a la edad que presentan, posicionándose en ocasiones, en una relación horizontal con el progenitor custodio.

En otras ocasiones los NNA funcionan como pequeños espías manteniendo informados al progenitor custodio sobre todo tipo de detalles y circunstancias acerca de la vida del otro progenitor.

En otros casos, el posicionamiento del hijo/a entre sus progenitores lo divide entre el lugar que cree que debe tomar en cada caso, actuando el NNA de forma muy camaleónica en un entorno u otro y adoptando así la postura que cree que su progenitor espera de él/ella en cada caso. Son en estas situaciones donde nos encontramos a los propios progenitores expresando que su hijo/a les ha dicho una cosa y la contraria al otro progenitor. Los progenitores se debaten entre quién es el que falsea la información, y en realidad ambos puedan tener razón, porque es muy probable que sea cierto que el NNA haya expresado a cada uno lo que cree que desean escuchar, ya que sea una forma de ver en riesgo en cariño manifestado por uno u otro progenitor.

Son muchos los casos donde el NNA ha sido el encargado de trasmitir la información de uno a otro progenitor, funcionando de mensajeros en el conflicto adulto.

Los NNA mensajeros, terminan cansados de manejar tanto contenido emocional entre ambos y en ocasiones muestran comportamientos agresivos, que a pesar de que comience en un contexto (habitualmente el no custodio), terminará generalizándose en los dos contextos.

Otras veces el interés del NNA por preservar la relación de sus padres hace que este funcione de colchón ante el conflicto, absorbiendo toda clase de descalificaciones y verbalizaciones negativas sobre uno de los progenitores y silenciándolas, incluso justificándolas delante del otro, para regular el efecto del conflicto.

Como vemos los NNA soportan un sinfín de situaciones con un peso emocional y psicológico que no les corresponde, ocasionando ello multitud de síntomas a diferentes niveles y consecuencias devastadoras para su desarrollo como individuo.

Pero sin duda donde observamos de forma más agresiva los efectos del conflicto adulto en el NNA, es en aquellos casos donde el menor presenta un rechazo injustificado y desproporcionado a uno de los progenitores. El llamado niño alienado, aquel que está manipulado por uno de los progenitores, donde no existe ninguna causa real ni hecho traumático, que justifique ese rechazo, son los menores que mayor grado de afectación presentan.

Estos NNA se presentan totalmente fríos, inmunes al dolor de su progenitor rechazado, incluso en muchas ocasiones crueles emocional y verbalmente para con este, sin que observemos un ápice de reacción en ellos, hasta tal punto que produce miedo (Checa, 2021). Estos casos donde el NNA ejerce una violencia a cuenta gotas, que pretende desgastar al progenitor castigado con el fin de que cese en sus intentos desesperados por recuperar la relación con ellos. Violencia que, como ya hemos descrito, está avalada por el progenitor acogedor, lo que dificulta la intervención terapéutica del sistema.

Para trabajar con estos NNA y que entiendan las consecuencias de sus agresiones (especialmente con adolescentes, que tiene una mayor consciencia de sus comportamientos), es muy importante enfocarlo desde los derechos, pero también los deberes como hijos.

Así en la Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2005; en su capítulo III expone los Deberes del menor, y dice el art.9 Deberes relativos al ámbito familiar y social;

"los menores deben participar en la visa familiar respetando a sus progenitores y hermanos, así como al resto de familiares.

Los menores deben respetar a todas las personas con las que se relacionan y en el entorno donde se relacionen.

Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen…"

Casi nunca los NNA son conocedores de estos deberes como hijos, aspectos que facilita en nuestra intervención el entendimiento de su parte de responsabilidad en el conflicto, especialmente en el mantenimiento de esos comportamientos violentos de los que hablábamos.

En otros muchos casos vemos como la interferencia realizada en edades tempranas hace sus efectos a edades más avanzadas; incluso en casos donde el progenitor que interfiere cesa en su empeño, hasta muestra una actitud colaboradora en el proceso terapéutico, pero ya es demasiado tarde, el rechazo es tan fuerte que no sirven los intentos de rectificar en sus creencias. Las características aquí también de los propios NNA son un factor de riesgo en dichos resultados.

Los hijos/as son víctimas de las interferencias ejercidas, no es conveniente cargar sobre ellos, deben observar el proceso y en el trabajo terapéutico orientar a entender que puede estar ocurriendo, más allá del conflicto de sus progenitores.

4. ABORDAJE TERAPEUTICO INTEGRAL DE FAMILIAS ALTAMENTE CONFLICTIVAS: LA PROPUESTA DEL PROYECTO FILIO

Hace algún tiempo, los profesionales abordaban los temas de familia desde una perspectiva del conflicto, es decir, partiendo de que la separación era el inicio del problema que llega a contexto terapéutico. Se veía el enfrentamiento de los progenitores como el foco base del problema inicial, sin valorar realmente que podía estar ocurriendo más allá, a qué miembros del sistema estaba afectando y que es lo que mantiene el conflicto para que se perpetúe en el tiempo. (Tejedor, 2011)

Lo habitual era atender a una sola parte del sistema afectado, que suele ser la parte custodia junto a los NNA, en la mayoría de las ocasiones sin informar ni solicitar autorización a la parte no custodia, pues se entendía, erróneamente, que quién, ostentaba la custodia era quien decidía sobre sus hijos/as. En este sentido hemos sido testigos de verdaderas injusticias que han condicionado el vínculo de los NNA con la parte no custodia, incluso en el propio desarrollo posterior del NNA como individuo. Los profesionales que trabajamos con familias debemos saber que este derecho de los progenitores forma parte de la patria potestad y no de la custodia, entendiendo que la patria potestad es, en la mayoría de los casos compartida, con independencia de quién ostente la custodia de los NNA.

Estos déficits quedan recogidos en nuestro Código Deontológico del Profesional de la Psicología (así como de otros profesionales relacionados con el trabajo en familias), donde se hace referencia al tratamiento que debe darse a estos casos, por parte de los profesionales.

El Código Deontológico aún vigente (1987) es anterior a toda la doctrina actual sobre el consentimiento informado, tras las actualizaciones de Junta General de 12 de diciembre de 2015 del Consejo General de la Psicología (deja sin efecto el Anexo que regula el Reglamento de la CDE al ser aprobado el Reglamento de Procedimiento Disciplinario del Consejo COP y de los Colegios) recoge en su artículo 25º que:

Al hacerse cargo de una intervención sobre personas, grupos, instituciones o comunidades, el/la Psicólogo/a ofrecerá la información adecuada sobre las características esenciales de la relación establecida, los problemas que está abordando, los objetivos que se propone y el método utilizado.

En caso de menores de edad o legalmente incapacitados, se hará saber a sus padres o tutores.

En cualquier caso, se evitará la manipulación de las personas y se tenderá hacia el logro de su desarrollo y autonomía.

Y señala en el art. 42º;

"…los padres o tutores tendrán derecho a ser informados del hecho de la evaluación o intervención y del destinatario del Informe psicológico consiguiente…"

Igualmente, en la Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas (Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2009), en sus principios éticos de actuación en el punto 4 dice;

"El profesional obtendrá en consentimiento de todas las partes que sean necesarias para la práctica de la evaluación propuesta. En el caso de menores el psicólogo deberá informar a todas las partes que tengan la patria potestad. En el caso de que una de las partes se oponga, no debe continuarse con la intervención, salvo con autorización judicial."

En el trabajo con familias de alto nivel de conflictividad la situación de no informar al otro progenitor, se da muy a menudo, aumentando, si cabe, la distancia emocional entre los progenitores, dificultando su comunicación y poniendo de manifiesto el malestar sufrido por todos los miembros implicados. Así cuando llega una familia de estas características a terapia, observamos que el nivel de afectación es muy alto y con multitud de síntomas emocionales, psicológicos, incluso conductuales.

Es clave para el abordaje de estos casos entender conceptos fundamentales como que la familia es el primer sistema al que pertenecemos y nuestra referencia para enfrentarnos al mundo, a través de él aprendemos y nos preparamos para vivir en sociedad. De ahí el interés para la Psicología el estudio de la familia; no podemos obviar el sistema de referencia y de origen del individuo cuando realizamos una intervención terapéutica, ya sea individual o familiar. Muchos de los comportamientos observados "aquí y ahora", pueden explicarse por fenómenos no observables o no conscientes, como son las reglas y los mitos o la estructura familiar, inherentes a la historia familiar del individuo.

Existen algunos programas orientados al trabajo de familias con algún tipo de conflicto; el PIVIP, Programa de Intervención para Víctimas de Interferencia Parental (Tejedor, A., Molina, A., & Vázquez, N. (2013)).

Este programa está diseñado para atender a menores víctimas de interferencia parental. Se centra en la restauración de vínculos con el progenitor rechazado y el abordaje de las dinámicas parentales perjudiciales. Se suele aplicar en ámbitos de tribunales de familia, psicólogos forenses, y mediadores especializados en contextos de custodia.

Otro programa relacionado con los conflictos en el ámbito de la familia es Step-Up; Programa para adolescentes que ejercen violencia en el hogar (Routt, G., & Anderson, L. (2004)), que está dirigido a adolescentes que ejercen violencia hacia

sus padres. Se enfoca en la responsabilidad, la empatía y la regulación emocional, es muy usado en el sistema judicial juvenil de EE. UU.

En España tenemos programas públicos como el Programa del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (Ibabe, I., Arnoso, A., & Elgorriaga, E. (2019)), donde se pretende hacer una intervención precoz en situaciones de violencia filio-parental, con una evaluación sistemática del riesgo, intervención educativa y familiar. Este programa se diseñó como programa piloto en servicios sociales municipales.

Para trabajar con la familia desde una perspectiva integral, el terapeuta debe ampliar la conceptualización del problema. Así, desde el modelo sistémico y en palabras de uno de sus precursores, (Minuchin,1979) expone: "el sentido de identidad de cada persona se encuentra influido por su sentido de pertenencia a una familia específica. El sentido de separación y de individualización se logra a través de la participación en diferentes subsistemas familiares en diferentes contextos familiares, al igual que a través de la participación en grupos extrafamiliares".

Existen muchas y muy diferentes definiciones de familia, desde el modelo que propongo y englobando la filosofía de mi trabajo elaboré la siguiente definición de familia; "el conjunto de personas que comparten tiempo, espacio, vida, que se apoyan y se critican para crecer de forma conjunta sin instrucciones previas, pero basados en el amor y el respeto de sus miembros, solo así este sistema tendrá sentido" (Checa, 2017).

Por ello, desde este modelo que proponemos de intervención familiar multidisciplinar, tendremos un paciente identificado que presenta el síntoma, por ejemplo, un niño con problemas de adaptación en su centro escolar, donde el terapeuta familiar abordará el caso no sólo con el niño de manera individual, sino que, basándonos en la circularidad cuando un problema aparece en uno de los miembros, tiene repercusión en todos ellos, por lo que todos son necesarios para poder buscar alternativas y soluciones. Por tanto, es importante hablar de "las dificultades de la familia" en lugar de las "dificultades del paciente identificado". De esta manera, se incluye a la familia como recurso para el cambio y se responsabiliza a todos y cada uno de los miembros en la solución.

Desde esta perspectiva, para comprender por qué el niño tiene problemas de adaptación, además de recurrir, por ejemplo, a técnicas de intervención cognitivo-conductuales, como la restructuración cognitiva, la exposición gradual… sería fundamental incluir en la terapia a sus progenitores (a ambos, aunque éstos estuvieran separados) así como a sus hermanos. Tener a todos los miembros en consulta, nos permite explorar y observar la dinámica relacional existente, las pautas de comunicación disfuncionales, las alianzas, coaliciones o triangulaciones si las hay, y las reglas familiares que rigen el comportamiento de los miembros, reglas que son exclusiva de cada sistema familiar.

En este tipo de intervención, igualmente es necesario dirigir los ejes de dicha intervención, la dinámica con los progenitores versará en acompañarlos desde la conyugalidad a la parentalidad; destacando aquellos factores que los unen como padres y no los que los separan como pareja. (Cara y Checa, 2020).

Normalmente estos padres están especialmente centrados en el conflicto adulto como lo que fue su pareja y por aquello que decidieron poner fin a la relación. La ruptura de pareja supone que cada uno de los miembros debe adaptarse a la nueva situación y, dependiendo del individuo, el proceso de ajuste al cambio puede resultar complejo y verse influenciado por numerosos factores que pueden facilitarlo, o, todo lo contrario. (Parada. V, 2018). Uno de los aspectos más importantes a trabajar se centra en buscar puntos comunes, que habitualmente los vamos a encontrar en su rol de padres, de ahí que hagamos especial hincapié en poner en primer plano dicho rol.

Las consecuencias del nuevo rol de los progenitores también son diferentes en función de quién obtiene la custodia de los hijos. El que ostenta la custodia puede sufrir una "sobrecarga parental", al verse sobrepasado con responsabilidades que antes eran repartidas (Fariña, Seijo, Arce y Novo, 2002), el no custodio puede sentir ansiedad, depresión y estrés al ver disminuido el contacto con sus hijos (Adan et al., 2007; Braver et al., 2006).

Una de las formas terapéuticas usadas es pasar de sus creencias conyugales a realidades post-conyugales, en definitiva, cambiar su posición en el nuevo sistema, de esta forma será más fácil que cambien su percepción del otro, así como su locus de control.

Posicionar a las partes en su rol de padres en el conflicto, permite que estos puedan mirar hacía sus hijos, dejar de mirar al otro pasando, así de la confrontación abierta o evasiva a un ajuste parental. En ese contexto crearemos a nivel terapéutico un espacio seguro para cada uno en la expresión de su propio dolor y se podrá facilitar el trabajo hacia aquellos aspectos que deban perdonarse. (Cara y Checa, 2020).

Este enfoque ayuda a salir de la visión individualista de "yo sufro…yo quiero", a centrarse en las verdaderas necesidades del sistema, "como padres podemos dar…" y favorecer el redefinir los nuevos sistemas familiares creados.

Otro de los ejes fundamentales en este trabajo con familias de alta conflictividad se basa en trabajar desde aspectos más básicos, más simples hacía aspectos de mayor complejidad.

Para ello nos centramos, en esta ocasión, en las emociones de cada uno, en sus sensaciones con respecto al sistema familiar, como se ven cada uno como elementos de ese sistema común. Eso ayudará a que entiendan la composición del sistema como elementos individuales, pero en red, conectados, donde se hace imprescindible un trabajo colaborativo para que el nuevo sistema funcione. Y que su atención se centre en uno mismo, como responsable de su comportamiento, más que en el comportamiento del otro.

Este encuadre garantiza un contexto de control terapéutico, donde cada sesión será determinante, aunque se mantenga en todo momento el tono de respeto necesario, este tipo de intervención, requiere de una parte directiva de mano del terapeuta o Coordinador de parentalidad, que a su vez facilita a establecer un vínculo terapéutico con cada miembro del sistema post-conyugal y con los hijos.

Es preciso señalar que, en estas intervenciones con familias en alto nivel de conflictividad, es preciso contar siempre que sea necesario con la familia extensa o nuevas parejas, que puedan estar siendo una variable influyente en el nuevo sistema.

En el abordaje de la intervención con este tipo de familias, desarrollé una propuesta integral de intervención familiar, basada en la experiencia de trabajo de más de 10 años, con 410 miembros de diferentes familias, haremos referencia para ello al Proyecto Filio (Checa, Cara, Jiménez y Knappe, 2017). Desde Asociación Filio Málaga, asociación para el estudio, intervención e investigación de los conflictos familiares y la violencia filio parental, se apuesta por un abordaje terapéutico integral, donde se interviene con todo el sistema familiar nuclear, padre, madre, hijos e hijas, e incluso, se cuenta con otros miembros de la familia extensa si fuera necesario (abuelos y abuelas, tíos y tías…). Tanto es así, que, desde el primer contacto con la familia, se explica esta forma de trabajo, con el fin de concienciar de la importancia de la implicación de cada uno para encaminarse hacia la solución (Checa, Cara, Jiménez y Knappe, 2017).

El terapeuta familiar debe tener una actitud flexible, tolerante y abierta ante la visión de cada miembro, dando a cada uno su importancia y su lugar. Todos deben sentirse partícipes, escuchados y no juzgados. El Proyecto Filio, sugiere que el terapeuta sea "constante y firme en sus exposiciones" así como objetivo e imparcial, capaz de mostrar empatía, sensibilidad y apoyo emocional. (Cara y Checa, 2020).

El formato de trabajo a través de sesiones puede variar; desde sesiones conjuntas con toda la familia, a sesiones individuales con cada miembro, sesiones con los subsistemas: pareja o expareja, hijos/as, madre-hijo/a, padre-hijo/a, o terapia grupal.

El Proyecto Filio consta de 10 sesiones familiares de carácter obligatorio, firmadas y consensuadas con cada progenitor, estas sesiones serán ampliables en función de las características del caso, el ritmo de trabajo y la participación e implicación de la familia. La periodicidad de las sesiones se irá modificando en función de la evolución del sistema familiar. Paralelamente se trabaja con ambos subsistemas, padres-hijos/as, en terapia grupal, aspectos que en grupo presentan un abordaje más cómodo y acogedor. (Cara y Checa, 2020).

Llegados a este punto, es fundamental detenernos en la necesidad de trabajar con los subsistemas cuando la intervención familiar se centra en casos de divorcio con hijos/as. (Montalvo, Isaacs y Abelsohn, 2009), resaltan la importancia de atender cuidadosamente a la tarea de establecer con qué subgrupos se deberá trabajar y por qué. En ocasiones, la hostilidad de quienes están en el proceso de separación limita la posibilidad de trabajo efectivo en sesión conjunta. En esos casos, se puede tratar como una "unidad dividida", la terapia se amolda a la realidad de la familia. Sin embargo, entrevistarla en conjunto en alguna ocasión, podría ser positivo para demostrar que, de algún modo, también siguen siendo una familia y una unidad. La pareja se rompe, pero la familia continúa, ya no son pareja, pero siempre serán padres.

Puede ocurrir, con familias en proceso de divorcio, que la madre o el padre demande ayuda para su hijo o hija. Pongamos como ejemplo, que el motivo de consulta de una madre sea, los problemas de conducta (desobediencia, conductas desafiantes…) del hijo. Normalmente, el que solicita la ayuda puede pensar, que la participación del

otro progenitor no sea pertinente o, simplemente, que no la desee, puesto que es él o ella quién lo está padeciendo diariamente, ya que tiene la guarda y custodia. Ante esta situación, se puede caer en el error, de trabajar únicamente con este subsistema de ejemplo (madre-hijo). Sin embargo, estaríamos olvidando un aspecto importante para la eficacia de la terapia: contar con ambos progenitores. Si sólo contamos con la información que nos proporciona uno de ellos, estaremos obteniendo una visión parcial o distorsionada. Siempre que hay menores, las dos partes del sistema (padre-madre) son esenciales para la solución. Además, si estamos ante un divorcio conflictivo, podría suceder que el mal comportamiento del niño sea consecuencia del impacto emocional que está teniendo el mismo. (Cara y Checa, 2020).

Las separaciones o divorcios contenciosos pueden desencadenar tanto en los adultos como en los hijos, una serie de desarreglos psicológicos que repercuten de manera adversa en la futura la relación entre éstos. En los meses que siguen a este tipo de separaciones, muchos niños corren el riesgo de experimentar problemas y/o dificultades como comportamientos antisociales, agresividad, desobediencia, falta de autorregulación, bajos niveles de responsabilidad y de logro (Tejedor, Molina y Vázquez, 2013).

En muchos de este tipo de casos la experiencia clínica nos muestra la confluencia de dos problemáticas, la violencia filio parental y las interferencias parentales, entendidas estas como dinámicas familiares que caracterizan a familias separadas o divorciadas cuya manifestación principal implica sentimientos de rechazo, odio, crítica y desprecio de un progenitor por parte del otro, generando en los menores graves daños a largo plazo, implicando el deterioro de la relación del niño con el progenitor rechazado. Como consecuencia, el niño termina rompiendo los lazos afectivos con el progenitor rechazado (Bernet et al., 2010).

Volviendo al Proyecto Filio, el sentido de "integral" no hace referencia únicamente al trabajo integral con la familia sino también al que se hace con el resto de los sistemas con los que la familia se relaciona, sistema jurídico (ej. abogados/as), escolar (profesorado), social (trabajador/a social), de salud (pediatra). Puesto que éstos pueden estar influenciando directa o indirecta en el síntoma que presenta la familia y por el que acude a consulta. Por ejemplo, en el caso del divorcio mencionado anteriormente, sería importante incluir a los abogados de familia de cada progenitor, así como al tutor o tutora del centro escolar del menor.

Dentro del, proyecto Filio se llevó a cabo un análisis de los miembros de las familias atendidos, concretamente una muestra de 410 miembros, para evaluar la confluencia de estos dos factores descritos, la violencia filio parental y las interferencias parentales. Nos encontramos con una laguna en cuanto a referencias de investigación con dicha confluencia, encontrando datos acerca de cómo las familias monoparentales tienen mayores problemas cognitivos y sociales que familias intactas (Aronson y Huston, 2004), el divorcio como factor de riesgo para la VFP (Pagani et al., 2003), o que cambios en la separación y ruptura puede afectar al desarrollo de los niños y generar problemas de conducta y disciplina (Cortés y Cantón, 2010).

Como objetivo general de este análisis se planteó analizar a nivel descriptivo los casos de violencia filio-parental e interferencias parentales cuya intervención se ha

realizado en Asociación Filio y de manera especifica analizar a nivel descriptivo los casos individuales, familiares y de pareja de Asociación Filio y analizar a nivel descriptivo los casos de Asociación Filio en los que confluyen violencia filio-parental e interferencias parentales.

En cuanto al método utilizado, de los 410 miembros, 172 era chicos y 238 chicas, se llevo a cabo una recolección de datos de los casos de la Asociación Filio cuya intervención se ha desarrollado por 4 profesionales expertos en conflictos familiares y violencia filio-parental, clasificando los casos a través del criterio profesional en las siguientes tipologías:

- Casos individuales
- Casos violencia filio parental (VFP)
- Casos interferencias parentales (IP)
- Casos VFP + IP
- Casos Terapia de pareja

Se realizó un análisis con un paquete estadístico IBM SPSS, versión 25, de lo que se obtuvieron los siguientes resultados; un 12,8% de los casos analizados han sufrido VFP, un 17% de los casos analizados han sufrido IP y En un 10% de los casos analizados confluyen ambas problemáticas (VFP+IP).

Estos datos concuerdan con investigación previa que señala que las dificultades de las familias monoparentales y con divorcios conflictivos pueden conllevar al desarrollo de la VFP (Pagani, 2003; Cortés y Cantón, 2010).

En esta línea, todos los componentes del sistema deben ser tenidos en cuenta por dos razones: pueden ofrecer recursos importantes para el cambio y mejora de la situación, y pueden en un momento dado (si se sienten, por ejemplo, desafiados y confrontados) bloquear el proceso de intervención impidiendo que la familia acuda a las sesiones (Escudero, 2009).

Podemos añadir así, otra característica esencial del terapeuta familiar, la capacidad de desarrollar un trabajo multidisciplinar, que apueste por un trabajo en red, en colaboración y coordinación con el resto de los profesionales que intervienen con la familia. (Cara y Checa, 2020).

No podemos obviar por tanto que, al igual que el resto de sistemas influyen de manera directa o indirecta en la familia que acude a consulta, también lo va a hacer del mismo modo el sistema terapéutico. Éste lo conforman el terapeuta, el coterapeuta y el equipo de supervisión. Las características personales y profesionales del terapeuta, influirán en la intervención familiar. Por ello, es importante como terapeuta, conocer nuestras fortalezas y debilidades, atender a nuestro ciclo vital individual y familiar, conocer nuestro sistema familiar de origen, así como nuestra historia familiar.

Como hemos visto hasta ahora y a lo largo del manual, la intervención familiar es compleja y puede dar respuesta a diversas problemáticas y/o demandas que se nos presenten. En ese sentido me centrare en dos de ellas que, con la experiencia de mi trabajo, en múltiples ocasiones, ocurren juntas, como son las interferencias parentales y la violencia Filio parental. Desde mi experiencia, hemos observado que

esta situación de alto riesgo tras la separación o divorcio supone para las familias un dolor difícil de gestionar y, para el terapeuta, un escenario complicado al que hacer frente, en el que trabajará con la idea de ir consiguiendo pequeños avances, no esperar cambios grandes ni repentinos, es una terapia prolongada en la que se debe ser paciente y constante.

Cuando trabajamos con casos de interferencia parental y violencia Filio parental, se debe trabajar en legitimar ambas partes ante los hijos y favorecer que ambos progenitores avancen hacia la mutua legitimación. Por ello, se le pide al progenitor, a ser posible en consulta, que ofrezca a su hijo/a su permiso psicológico para relacionarse con el otro padre. (Cara y Checa, 2020).

Se trata de una familia que quiere seguir queriéndose, pero no saben cómo (Urra, 2010).

La concurrencia de ambas problemáticas; interferencias parentales y violencia Filio parental, tiene lugar cuando, tras un divorcio de alta conflictividad, uno o ambos progenitores llevan a cabo una conducta o comportamiento que perjudica o interfiere en la relación afectiva de los menores para con el otro progenitor, hasta el punto de llegar a permitir o avalar la violencia psicológica, verbal, moral o incluso física, contra dicho progenitor. La consecuencia es un rechazo y desprecio injustificado de los hijos hacia su progenitor, sin que se encuentre un motivo real para ello. (Checa,2020)

La intervención terapéutica de estos casos será integral y debe contemplar los siguientes contenidos:

- Conflictos familiares derivados de separación o divorcio.
- Comunicación disfuncional entre los miembros del sistema familiar.
- Recuperación del vínculo paternofilial.
- Estilos educativos y habilidades parentales. Fomento de la coparentalidad.
- Violencia Filio parental.
- Dinámicas familiares desadaptativos: inversión de roles, límites difusos o límites rígidos, escasa atención al plano psicoafectivo…

Durante el tiempo que dure la intervención familiar con seguridad surgirán dificultades o desacuerdos, habituales en la educación de los hijos o en la convivencia familiar, por tanto, el indicador de éxito será que la familia los resuelva de manera adecuada, sin recurrir a la forma disfuncional de la que venían utilizando. La dificultad no consiste en tener problemas, eso nos ocurre a todos, lo importante es saber afrontarlos de forma sana y positiva, ese es el objetivo de todo el trabajo. (Checa,2020).

5. CONCLUSIONES

En la última década se ha producido un incremento de la Vifip y de las interferencias parentales, especialmente en casos de rupturas de alta conflictividad, así como

del sufrimiento asociado a estas problemáticas en las familias y en la sociedad. Este hecho ha generado el desarrollo de programas de intervención desde distintos ámbitos (clínico, jurídico u otros servicios sociales). Sin embargo, los programas que cuentan con protocolos estandarizados son escasos, especialmente en Andalucía.

El sistema judicial ha comprobado que un grupo cada vez mayor de familias utiliza el enfrentamiento crónico para intentar resolver sus disputas y las resoluciones judiciales no bastan para solucionar el conflicto. Los profesionales de la psicología han constatado, por su parte, las limitaciones con las que se encuentran para poder dar respuesta integral a las necesidades de estas familias desde sus roles profesionales exclusivos de mediadores, forenses, clínicos o terapeutas familiares.

Queda patente el aumento progresivo del uso de la violencia en sus diferentes formas dentro de los conflictos familiares, como también la cantidad de NNA afectados como consecuencia de estar inmersos en dichos conflictos. Igualmente queda reflejado la dificultad de los progenitores de afrontar de forma adaptativa sus rupturas, nadie nos enseña a gestionar las rupturas, las rupturas directamente son vistas como un fracaso, donde claramente se percibe que debe haber un perdedor/a, por consecuente un ganador/a.

Durante este artículo se han planteado las consecuencias y repercusiones emocionales, psicológicas y sociales de la alta conflictividad post ruptura, así como de ambas problemáticas asociadas; la violencia filio parental y las interferencias parentales. Y de la necesidad de una propuesta de programa de intervención de forma integral para familias en conflicto de alta intensidad, tal y como hemos desarrollado a partir del Proyecto Filio.

Esta propuesta ha demostrado ser eficaz para reducir la Violencia en el contexto familiar infantil y parental (VIFIP) y para facilitar la recuperación del vínculo paterno-filial. La investigación se basa en el análisis de las características de 410 familias que acuden a un entorno clínico con el objetivo de disminuir las conductas asociadas a la VIFIP, identificar los factores de riesgo relacionados con esta problemática, y comprender las consecuencias de las interferencias parentales. Además, se evalúa la efectividad del programa desarrollado a partir del Proyecto FILIO, diseñado para intervenir en estos casos, reducir la VIFIP y promover la recuperación del vínculo afectivo afectado por las interferencias parentales en contextos de conflictos familiares post ruptura.

La efectividad del programa ha sido evidenciada en más de 400 casos atendidos, en los cuales se ha observado una tasa de reincidencia muy baja y una reducción significativa en la necesidad de procedimientos jurídicos. Es importante destacar que solo en aproximadamente el 10% de los casos se presentan ambas problemáticas simultáneamente, lo que refuerza la pertinencia y el impacto positivo del programa en la intervención y resolución de estos conflictos familiares.

En definitiva, con el desarrollo del Proyecto Filio conseguimos que los NNA pueda integrar libremente el amor de sus dos progenitores, así como disminuir la probabilidad de aparición de patologías asociadas en la etapa adulta; los progenitores aprenderán a su vez, a comunicarse y respetarse, disminuyendo considerablemente la intensidad del conflicto inicial y la violencia asociada, entendiendo que algún

día se eligieron y se quisieron como pareja, siendo el hijo fruto de esa relación; los progenitores se separan, los hijos/as NO.

6. BIBLIOGRAFÍA

Adan, P., Baz, A., Bonasa, M. P., Cartil, C., Espada, C., Pagés, M., Punset, V., Torres, C., & Vázquez, N. (2007). Nuevas realidades familiares: Análisis de las necesidades de intervención del psicólogo jurídico. En R. Arce, F. Fariña, E. Alfaro, C. Civera, & F. Tortosa (Eds.), Psicología jurídica: Evaluación e intervención (pp. 113–122). Colección Psicología y Ley No 3, Deputació València.

AFCC Task Force on Parenting Coordination. (2005). Guidelines for parenting coordination. Family Court Review.

Aguilar, J. M. (2007). Interference in parent-child relationship: Parental alienation syndrome and the new forms of violence against children. Psicología Educativa, 13(2), 101–116.

Amato, P. R., & Keith, B. (1991). Parental divorce and the well-being of children: A meta-analysis. Psychological Bulletin, 110(1), 26–46.

Amato, P. R., & Afifi, T. D. (2006). Feeling caught between parents: Adults' children's relations with parents and subjective well-being. Journal of Marriage and Family, 68, 222–235.

Arch, M. (2010). Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: Implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia. Papeles del Psicólogo, 31(2).

Aronson, E., Wilson, T. D., & Akert, R. M. (2005). Psicología social (4.ª ed.). Prentice Hall.

Bernet, W., von Boch-Galhau, W., Baker, A. J. L., & Morrison, S. L. (2010). Parental alienation, DSM-V, and ICD-11. The American Journal of Family Therapy, 38(2), 76–187. https://doi.org/10.1080/01926180903586583

Booth, A., & Amato, P. R. (2001). Parental predivorce relations and offspring postdivorce well-being. Journal of Marriage and Family, 63, 197–212.

Braver, S. L., Shapiro, J. R., & Goodman, M. R. (2006). Consequences of divorce for parents. En M. A. Fine & J. H. Harvey (Eds.), Handbook of divorce and relationship dissolution (pp. 313–337). Lawrence Erlbaum Associates.

Calvete, E., & Pereira, R. (2019). La violencia filio-parental: Análisis, evaluación e intervención. Alianza Editorial.

Cortés, M., & Cantón, J. (2010). Los cambios en la separación y la ruptura pueden afectar el desarrollo de los niños y generar problemas de conducta y disciplina. [Artículo de revista sin datos completos].

Camara, K. A., & Resnick, G. (1988). Interparental conflict and cooperation: Factors on moderating children's post-divorce adjustment. En E. M. Hetherington & J. D. Arasteh (Eds.), Impact of divorce, single parenting, and stepparenting on children (pp. 169–195). Erlbaum.

Carrasco, N., García, J., & Zaldívar, F. (2018). Diferencias asociadas a la violencia filio-parental en función del tipo de familia ("normalizadas" vs "en riesgo") y parentesco de la víctima. Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes, 5(3), 30–35.

Checa, M., Cara, M., Jiménez, A., & Knappe, C. (2017). Asociación Filio Málaga: Nuestra experiencia en intervención con familias VIFIP. En II Congreso Nacional de Violencia Filio-Parental (pp. 137–144). EOS.

Checa, M. (2020). De las interferencias parentales a la violencia filioparental: Manual práctico para un abordaje terapéutico. Ediciones Morata.

Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. (2009). Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas.

Coogan, D., & Lauster, E. (2015). Responding to child to parent violence. Programa Daphne.

Emery, R. E. (1999). Marriage, divorce, and children's adjustment. Sage.

Escudero, V. (2009). Guía práctica de la intervención familiar. Junta de Castilla y León.

Fariña, F., Arce, R., & Novo, M. (2002). Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales [Anchorage in judicial decision making]. Psicothema, 14(1), 39–46. http://www.psicothema.com/pdf/684.pdf

Fariña, F., Arce, R., Seijo, M., & Novo, M. (2013). El hijo como víctima de los problemas de pareja: Un abordaje desde la justicia terapéutica. En S. P. Colín, E. García-López, & L. A. Morales (Coords.), Ecos de la violencia, voces de la reconstrucción (pp. 49–72). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Morelia.

Gámez-Guadix, M., Jaureguizar, J., Almendros, C., & Carrobles, J. A. (2012). Estilos de socialización familiar y violencia de hijos a padres en población española. Psicología Conductual, 20(3), 585–600.

Grych, J. H., & Fincham, F. D. (1990). Marital conflict and children's adjustment: A cognitive-contextual framework. Psychological Bulletin, 108, 267–290.

Grych, J. H., & Fincham, F. D. (1999). The adjustment of children from divorced families: Implications of empirical research for clinical intervention. En R. M. Galatzer-Levy & L. Kraus (Eds.), The scientific basis of child and adolescent psychiatry (pp. 349–365). Wiley.

Hetherington, M. E. (1999). Should we stay together for the sake of the children? En E. M. Hetherington (Ed.), Coping with divorce, single parenting, and remarriage: A risk and resilience perspective (pp. 93–116). Erlbaum.

Hoyo-Bilbao, J. D., Gámez-Guadix, M., Orue, I., & Calvete, E. (2018). Castigo físico de padres y madres a hijos e hijas y violencia filio-parental entre adolescentes españoles. Anales de Psicología, 34(1), 101–107. https://doi.org/10.6018/analesps.34.1.285651

Ibabe, I., & Jaureguizar, J. (2011). El perfil psicológico de los menores denunciados por violencia filio-parental. Revista Española de Investigación Criminológica.

Ibabe, I., Arnoso, A., & Elgorriaga, E. (2019). Programa de intervención precoz en situaciones de violencia filio-parental: Descripción, protocolización y evaluación. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

Junco-Guerrero, M., Ruiz-Fernández, A., & Cantón-Cortés, D. (2021). Family environment and child-to-parent violence: The role of emotional insecurity. Journal of Interpersonal Violence, 1–22.

Krishnakumar, A., & Buehler, C. (2000). Interparental conflict and parenting behaviors: A meta-analytic review. Journal of Family Psychology.

Lebow, J., & Rekart, K. N. (2007). Integrative family therapy for high conflict divorce with disputes over child custody and visitation. Family Process, 46, 79–91.

Lebow, J. (2003). Integrative family therapy for disputes involving child custody and visitation. Journal of Family Psychology, 17, 181–192.

Lozano, S., Estévez, E., & Carballo, J. L. (2013). Factores individuales y familiares de riesgo en casos de violencia filio-parental. Documentos de Trabajo Social: Revista de Trabajo y Acción Social, 52, 239–254.

Margolin, G., & Baucom, B. R. (2014). Adolescents' aggression to parents: Longitudinal links with parents' physical aggression. Journal of Adolescent Health, 55(5), 645–651.

Martínez, M. L., Estévez, E., Jiménez, T. I., & Velilla, C. (2015). Violencia filio-parental: Principales características, factores de riesgo y claves para la intervención. Papeles del Psicólogo, 36(3), 216–223.

Mas, M. R., Acebo, G. M., Gaibor, M. I., Chávez, P. J., Núñez, F. D. R., González, L. M., & Gruezo, C. A. (2020). Domestic violence and its repercussions in children in the Province of Bolivar, Ecuador. Revista Colombiana de Psiquiatría, 49(1), 23–28.

Minuchin, S. (1979). Familias y terapia familiar. Gedisa.

Molina, C. H. (2020). Cómo no perder a tus hijos tras el divorcio. Grupo Editorial Letrame.

Montalvo, B., Isaacs, M., & Abelsohn, D. (2009). Divorcio difícil: Terapia para los hijos y la familia. Amorrortu.

Norambuena, M. E. (2018). El fenómeno de la interferencia parental susceptible de una medida de protección [Tesis de magíster no publicada]. Universidad Central de Chile.

Ortuño, J. P. (2019). Justicia sin jueces: Métodos alternativos a la justicia tradicional. Ariel.

Pagani, L., Tremblay, R. E., Nagin, D., Zoccolillo, M., Vitaro, F., & McDuff, P. (2003). Risk factors and trajectories of violent behavior in elementary-school boys. Pediatrics, 111(3), 652–658. https://doi.org/10.1542/peds.111.3.652

Parada, V. (2018). Diseño e implantación de un plan de coordinación de parentalidad desde el juzgado [Informe técnico].

Pérez-Crespo, C. (2019). La coordinación de la parentalidad: Reflexiones para la práctica en el contexto español. Revista de Mediación, 12(1).

Pereira, R. (2011). Psicoterapia de la violencia filio-parental: Entre el secreto y la vergüenza. Morata.

Pereira, R., Loinaz, I., Del Hoyo-Bilbao, J., Arrospide, J., Bertino, L., Calvo, A., Montes, Y., & Gutiérrez, M. (2017). Propuesta de definición de violencia filio-parental: Consenso de la Sociedad Española para el Estudio de la Violencia Filio-Parental (SEVIFIP). Papeles del Psicólogo, 38(3), 216–223.

Pinillos, C., & Fernández, S. (2010). La instrumentalización del menor en los conflictos de pareja. En X Congreso Estatal de Infancia Maltratada.

Rosales, M., Fernández, R., & Fariña, F. (2019). Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad. En I Fórum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar. Tenerife.

Routt, G., & Anderson, L. (2004). Step Up: Curriculum for teens who are violent at home. https://www.kingcounty.gov/courts/superior-court/juvenile/step-up.aspx

Sullivan, M. J. (2008). Coparenting and the parenting coordination process. Journal of Child Custody, 5, 4–24.

Tejedor, A., Molina, A., & Vázquez, N. (2013). Programa de intervención para víctimas de interferencia parental (PIVIP). EOS.

Tejedor, A. (2011). Intervención en casos de alienación parental. En Separación y divorcio: Interferencias parentales (pp. 123–135). EOS.

Vallejo, R., Sánchez-Barranco Vallejo, F., & Sánchez-Barranco Vallejo, P. (2004). Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 92, 91–110.

Vezzetti, V. C. (2016). New approaches to divorce with children: A problem of public health. Health Psychology Open, 3, 1–13.

Wilcox, P., & Pooley, M. (2015). Responding to child to parent violence and abuse. Work Stream 1 Final Report. Responding to Child to Parent Violence Project.

El alzamiento de bienes o cómo frustar la ejecución de las deudas

The seizure of assets or how to frustrate the enforcement of debts

JUAN CARLOS FITOR MIRÓ

Doctor en Criminología

Universitat de València

juan.c.fitor@uv.es

https://orcid.org/0000-0003-4418-7498

Resumen: El delito de alzamiento de bienes evidencia que hay personas que intentan eludir sus responsabilidades pecuniarias y menoscabar el interés general en un funcionamiento óptimo del sistema crediticio. Para ello suelen elaborar unas estructuras ficticias mediante las cuales enmascarar la verdadera titularidad de sus bienes. Dichos bienes suelen ser los que han servido de garantía para poder obtener créditos o financiación para realizar sus actividades, en principio con tintes de legalidad.

El objetivo de este estudio se fundamenta en la necesidad de conocer a quién afectan las consecuencias del delito mencionado y en si las políticas criminales aplicadas son efectivas. Para cumplir con el objetivo indicado, se explica de manera sucinta en qué consiste el delito de frustración de la ejecución. Luego, se mostrarán los resultados del estudio realizado analizando 172 sentencias del Tribunal Supremo referidas a este delito, con un análisis cuantitativo y cualitativo.

Y, para finalizar, se mostrarán las conclusiones a las cuales conduce el estudio mencionado por parte del autor.

***Abstract**: The offence of concealment of property shows that there are people who try to evade their financial responsibilities and undermine the general interest in an optimal functioning of the credit system. To this end, they often develop fictitious structures to mask the true ownership of their assets. These assets are usually those that have served as collateral to obtain credit or financing to carry out their activities, in principle with a semblance of legality.*

The objective of this study is based on the need to know who is affected by the consequences of the aforementioned crime and whether the criminal policies applied are effective. In order to meet the stated objective, a brief explanation of the crime of frustration of execution is given.

Recepción: 17/08/2024 Aceptación: 26/05/2025

Cómo citar este trabajo: FITOR MIRÓ, Juan Carlos, "El alzamiento de bienes o cómo frustar la ejecución de las deudas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 263-289, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.09

Then, the results of the study carried out by analysing 172 Supreme Court rulings on this offence will be presented, with a quantitative and qualitative analysis.

And, finally, the conclusions drawn by the author from the aforementioned study will be presented.

Palabras claves: alzamiento de bienes, levantamiento del velo, insolvencia, criminología socio-económica, patrimonio.

***Keywords**: asset stripping, veil lifting, insolvency, socio-economic criminology, heritage.*

Sumario: 1. INTRODUCCION. 2. EL TIPO PENAL. 2.1. Bien Jurídico Protegido. 3. ESTUDIO DE LA SENTENCIAS. 3.1. Concurso de delitos. 3.2. ¿A quién afecta el delito? 3.3. ¿Quién comete el delito? 3.4. ¿Cómo se han resuelto los delitos? ¿En qué sentido? 3.5. ¿Cuándo se han resuelto los delitos? 4. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LAS SENTENCIAS. 5. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL. 6. CONCLUSIÓN GENERAL SOBRE EL ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS. 7. BIBLIOGRAFIA. 7.1. Libros. 7.2. Recursos electrónicos. 7.3. Bibliografía complementaria. 7.4. Sentencias Tribunal Supremo referidas en el texto.

1. INTRODUCCIÓN

El delito de Frustración de la ejecución (con anterioridad a la reforma del Código Penal por el artículo único 134 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo conocido como insolvencia punible o alzamiento de bienes) pone de manifiesto que hay personas, ya sean físicas o jurídicas, que intentan eludir sus responsabilidades pecuniarias, es decir, de deudas asumidas, de pagos comprometidos, y menoscabar el interés general en un funcionamiento óptimo del sistema crediticio. Para ello suelen elaborar unas estructuras ficticias mediante las cuales enmascarar la verdadera titularidad de sus bienes, mediante entramados societarios o bien transmisiones, onerosas o no (venta o donación, por ejemplo), para hacer desaparecer su patrimonio de los posibles acreedores. Dichos bienes suelen ser los que han servido de garantía para poder obtener créditos o financiación para realizar sus actividades, en principio con tintes de legalidad.

Este delito lo encontramos reflejado en el artículo 257 del Código Penal español, estando vigente su actual redacción desde el 1 de julio de 2015, a partir de la última actualización, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 31 de marzo de 2015, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015.

Los objetivos de este estudio se fundamentan en la necesidad de conocer a quién afectan las consecuencias de este delito desde un punto de vista penal. Es decir, si se afecta principalmente a la Administración Pública, en las figuras representativas[1] de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y/o de la Tesorería General

1 Se comenta por parte del autor que son representativas estas figuras de la Administración Pública ya que son las dos entidades u organismos públicos encargados de la recaudación de la mayor parte de los impuestos y deudas propias como de otras administraciones públicas.

de la Seguridad Social y, por lo tanto, es de aplicación el punto 3 del artículo 257. O bien, las personas afectadas, sean físicas o jurídicas, son mayormente de índole privada. Asimismo, se observará si las políticas criminales aplicadas son efectivas. Y, para terminar, se realizará un análisis jurisprudencial de las sentencias falladas más relevantes a juicio del autor.

El lector informado conocerá de bastantes casos en los cuales desde el ámbito administrativo se persigue esta conducta. Esta persecución está dirigida hacia quien oculta los bienes que sirven de garantía para el abono de deudas crediticias, en los ámbitos de la jurisdicción civil y contencioso administrativa.

Y es aquí donde vemos la diferencia con la persecución penal. En este último ámbito se persigue al verdadero responsable de esta conducta, que es la persona que genera la obligación de la deuda y sobre la cual recae la responsabilidad de responder ante este vínculo crediticio (CHACÓN JEREZ)[2].

Para cumplir con el objetivo indicado, en primer lugar se introduce al lector en qué consiste el delito de frustración de la ejecución, para que se sumerja en el contexto específico. En segundo lugar, se mostraran los resultados del estudio realizado analizando 172 sentencias del Tribunal Supremo referidas a este delito, correspondientes al período de aplicación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En nuestro caso, desde 1999 hasta 2021.

A continuación, se analiza dicho estudio cuantitativo. Luego se muestra un análisis jurisprudencial de las sentencias más significativas en este ámbito a juicio del autor.

Y para finalizar, unas conclusiones y propuestas de política criminal.

2. EL TIPO PENAL

El alzamiento de bienes viene recogido en el Capítulo VII, Título XIII, Libro II del Código Penal de 1995. A partir de la actualización publicada el 31/03/2015, con entrada en vigor el 01/07/2015, se modifica la rúbrica del título, pasando de llamarse Insolvencias punibles a Frustración en la ejecución.

El texto de este capítulo es el siguiente:

"Artículo 257.

1. *Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

   1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

   2.º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un pro-

2 CHACÓN JEREZ, Diego https://blogfiscal.cronicatributaria.ief.es/el-delito-de-alzamiento-de-bienes-en-el-seno-del-procedimiento-recaudatorio-compatibilidad-y-extension/ Última visita el 31/05/2023 a las 17:20 horas

cedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. *Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder.*
3. *Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

   No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.
4. *Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.*
5. *Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal.*

2.1. Bien Jurídico Protegido

Nos encontramos ante un tipo delictivo pluriofensivo. Por una parte, tutela "el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el art. 1911 del Código Civil y, por otra, el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio". (ECLI:ES:TS:2000:9659 FºJº 2º; ES:TS:2005:4463 Fº Jº 2º; ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO[3]).

Ante la posibilidad de resolver estas conductas por la vía civil, se recurrirá al Derecho Penal como ultima ratio. Y siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la jurisprudencia, los cuales exigen que el alzamiento y la responsabilidad civil dimanante del mismo se hayan intentado dirimir recurriendo a las posibilidades que ofrece el derecho privado. Una vez se haya visto que todas las acciones del deudor han ido encaminadas a dificultar la aplicación de dicho derecho, se recurrirá al Derecho Penal. (ABOGACÍA[4]).

3 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. (2008) Manual de delitos contra la Hacienda Pública. Colección Monografías Aranzadi, nº 548. págs. 628 a 633 En adelante, ABOGACÍA.

4 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. págs. 630 a 631

2.2. Elementos del delito

El concepto de insolvencia, es decir, el estado en el cual el deudor no puede cumplir con sus obligaciones exigibles (Art. 2 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal[5]) en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. (ECLI:ES:TS:2000:3533).

El alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse. (ES:TS:2005:4396 FºJº 3º; ES:TS:2002:1738 FºJº 2º; ES:TS:2000:9659 FºJº 2º; ES:TS:2005:4463 Fº Jº 2º).

2.2.1. Elementos objetivos del tipo

En base a la jurisprudencia y a la doctrina (ABOGACÍA[6]; ECLI:ES:TS:2000:9659 FºJº 2º), se consideran como elementos objetivos del tipo:

1. La existencia de una deuda u obligación entre dos o más personas.
2. Una acción del deudor por la que dispone de sus bienes.
3. La situación de insolvencia del deudor.
4. Existencia de una relación de causalidad entre la acción del deudor y la insolvencia producida.

2.2.1.1. La existencia de una deuda u obligación entre dos o más personas

Para que se produzca el alzamiento de bienes, es necesario que exista una relación jurídica obligacional entre el deudor y el acreedor. Es decir, que el deudor pague por unos bienes o servicios recibidos, los cuales han sido proporcionados por el acreedor.

La deuda puede ser previsible, no siendo necesario que haya llegado ya a la fase de liquidación.

---

5 Se deroga, con efectos de 1 de septiembre de 2020, por la disposición derogatoria única.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. No obstante, permanecerá en vigor hasta que se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, según establece la disposición transitoria única.1 del citado Real Decreto Legislativo.

6 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. págs. 634 a 643

Por otra parte, se ha planteado si todos los tipos de obligaciones están incluidas. Es decir, la crediticias o de entrega de dinero por una parte y las de hacer por otra. Estas últimas, si bien en origen no dan lugar a un fin pecuniario, a pagar en dinero, sí que pueden dar origen a una responsabilidad civil crematística en el caso de su incumplimiento. En este debate, la jurisprudencia se decanta por incluir todos los tipos de obligaciones. Así, el requisito de la obligación "ha de ser de contenido patrimonial, o cuando menos ha de ser evaluable económicamente" (VIVES ANTÓN – GONZÁLEZ CUSSAC)[7].

Y también se prevé, en base a la jurisprudencia y a la doctrina el posible alzamiento de bienes cuando exista una condena por responsabilidad civil, ya provenga del ámbito penal, civil, contencioso-administrativo o laboral.

En cuanto a la exigibilidad de la deuda, en el momento actual, con el requisito de que la deuda haya nacido y sea previsible, ya nos podemos encontrar ante un supuesto de alzamiento de bienes.

Es conveniente tener en cuenta que también este delito es atribuible a terceras personas, cuando en su condición de garantes, el procedimiento concreto del que se trate se transforme en una derivación de responsabilidad.

2.2.1.2. La acción del deudor de disposición de sus bienes

Los bienes del deudor integran su patrimonio. Éste se define como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad ostenta el deudor

(ABOGACÍA)[8]. Complementando la definición y, en base al artículo 1911 del Código Civil, el patrimonio del deudor ha de incluir y los bienes y derechos de previsible adquisición por este en la fecha de comisión del delito. Como ejemplo, la aceptación de herencias.

La comisión del delito puede llevarse a cabo por acción o por omisión.

La categoría de comisión por acción es muy amplia**,** por lo que a modo de ejemplo destacaremos los actos de enajenación (venta), de ocultación, y un amplio abanico de situaciones conducentes a la minoración fraudulenta del patrimonio sobre el cual pueden recaer obligaciones de pago. (ECLI:ES:TS:2002:2643 FºJº 2º). Entre este abanico de situaciones para conseguir un vaciamiento patrimonial, nos podemos encontrar con donaciones, capitulaciones matrimoniales, compraventas ficticias, préstamos, daciones en pago, aportaciones no dinerarias (a cambio de acciones o participaciones sociales en personas jurídicas), desvío de subvenciones, facturas falsas (pago de entregas de bienes o prestaciones de servicios no realizados), transferencias bancarias no justificadas, permutas, pago de salarios o retri-

7 VIVES ANTÓN, T. S., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (1998). Los delitos de alzamiento de bienes. Valencia: Tirant lo Blanch. Colección Delitos 12. Página 50

8 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 639

buciones a administradores, indemnizaciones por daños, reparto de dividendos, escisión empresarial (de personas jurídicas), disolución, …

En la categoría por omisión, el deudor puede renunciar a ejercer sus derechos patrimoniales, evitando el aumento de su activo o la minoración de su pasivo. Un ejemplo se puede observar en la no aceptación de una herencia.

Es en este punto se acude a la doctrina del "Levantamiento del velo" para averiguar la verdadera titularidad de los bienes y derechos de un patrimonio social (ODF[9]); APARICIO PÉREZ[10]; COLINA RAMÍREZ[11]; FITOR MIRÓ 2018[12]; ECLI:ES:TS:2021:2949 FºJº 3º; ECLI:ES:TS:2023:1442 FºJº 1º; DE ÁNGEL YÁGÜEZ[13]; BOLDÓ RODA[14].

2.2.1.3. La situación de insolvencia del deudor

Para encontrarse en esta situación, es suficiente que las acciones del deudor impidan, retrasen o dificulten la acción de cobro por parte del acreedor, no siendo requisito necesario que la solvencia del deudor se haya resentido significativamente (ES:TS:2004:4268 FºJº 2º; ABOGACÍA[15]). La insolvencia puede ser real o ficticia (ECLI:ES:TS:2002:2643 FºJº 2º). Lo que se persigue es una verdadera ocultación o sustracción de los bienes que trate de impedir la vía de apremio. (ECLI:ES:APA:2002:2017, FºJº 2º). El velo se basa en el fraude de ley, por lo que se deberá aplicar la norma que se pretendía eludir (ECLI:ES:TS:2016:4549, Fº Jº 1.5; FITOR MIRÓ 2017[16]).

2.2.1.4. Relación de causalidad entre la acción del deudor y la insolvencia producida.

Debe existir una *"directa relación de causalidad entre el alzamiento y la defraudación conseguida"* (ECLI:ES:APA:2002:2017, FºJº 2º). Es decir, la minoración del patrimonio del deudor tiene que ser consecuencia de su propia actividad o falta de

9 ODF (2006) Observatorio del Delito Fiscal. AEAT y Ministerio de Justicia. Pág. 19

10 APARICIO PÉREZ, J. (1997) El delito fiscal a través de la Jurisprudencia. Colección Monografías Aranzadi, nº 64. Págs. 88-96

11 COLINA RAMÍREZ, E.I. (2010) La defraudación tributaria en el Código Penal español. Ed. Librería Bosch, S.L. Págs. 154-156, 286-287

12 Fitor Miró, J.C. (2018) Delito fiscal: un análisis criminológico. Tirant lo Blanch. Colección Delitos 144: págs 30 y 49

13 ÁNGEL YÁGÜEZ, R. d. (2013). La doctrina del 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en la jurisprudencia (6ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas. Págs. 86, 118, 122, 123

14 BOLDÓ RODA, C. (2006). Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español (4ª ed.). Pamplona: Aranzadi. Págs. 31 a 36, 318

15 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 641

16 Fitor Miró, J.C. (2017) Delito fiscal: un crimen de cuello blanco. Tesis doctoral disponible en RODERIC – TESEO: págs. 56 a 60

ella (omisión) y no debida a terceros, casos de fuerza mayor o cuestiones fortuitas (ABOGACÍA[17]).

2.2.2. Elementos subjetivos del tipo

Nos encontramos ante un delito de intención y de resultado cortado, con el requisito que las acciones emprendidas por el deudor tengan la intencionalidad de perjudicar a los acreedores, siendo esta intencionalidad requisito necesario para la calificación de delito (ES:TS:2019:892 FºJº 3 º2; ES:TS:2004:4268 FººJºº 2º y 3º; ABOGACÍA[18]).

El delito que nos ocupa está integrado por el dolo, voluntad de realización, con conocimiento, de las acciones descritas en los elementos objetivos y la intencionalidad, el ánimo concreto de perjudicar a los acreedores como elemento subjetivo sustantivo. (ABOGACÍA[19]).

Para probar dicho ánimo, sería deseable acudir a la prueba directa, pero debido a las dificultades que esto plantea, por ser una situación excepcional conseguir dicho tipo de pruebas por parte de la acusación, la jurisprudencia acepta, ante dicha situación, recurrir a la prueba indiciaria o indirecta (ES:TS:2021:2949. FºJº 2º2; ES:TS:2018:2076, Fº Jº 4º; ABOGACÍA[20]).

Respecto del favorecimiento de acreedores, tanto la jurisprudencia como la doctrina estiman que no es reprochable penalmente, por producirse una liquidación del patrimonio para liquidar deudas de determinados deudores, aunque no sean los que la legislación marca como privilegiados. No existe ocultación de los bienes y el ánimo de perjudicar a los acreedores, en general, no suele darse. Se pretende la satisfacción de unas deudas frente a otras en todo lo que alcance el patrimonio propio. También se tiene que dar la no existencia de un procedimiento universal de acreedores (concurso) (ES:TS:2009:6843 FºJº 4º1; ES:TS:2012:6709, FºJº 3º; ES:TS:2013:1439 FºJº 1º) En el caso de existir un concurso de acreedores, nos encontraríamos ante un alzamiento postconcursal, contemplado en el art. 260.2 CP (ECLI:ES:TS:2020:3651 FºJº 1º 1.3; ABOGACÍA[21]). El pago previo comentado debe ser efectuado al deudor legítimo, no interpuesto por el deudor, y el pago congruente con los bienes o servicios facilitados y en tiempo y forma. En definitiva, habrá que determinar que no nos encontramos ante una simulación de crédito. (ECLI:ES:TS:2023:552 FºJº 3º).

Nos encontramos ante un delito especial propio (ES:TS:2018:3667 FºJº 7º; ABOGACÍA[22]) Y ello debido a que el sujeto activo es la persona, ya sea física o jurídi-

17 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 643

18 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 644

19 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 645

20 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Págs 646-647

21 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 646

22 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 628

ca que tenga deudas frente a terceros. No es necesario un resultado concreto. (ES:TS:2004:4268 Fºº Jºº 1º y 2º). Como se ha comentado anteriormente, se trata de un delito doloso.

2.2.2.1. El Dolo

El dolo consiste en la voluntad del deudor de provocar el estado de insolvencia, sabiendo que tiene unas obligaciones crediticias contraídas con anterioridad.

Se ha de apreciar en el autor del delito en el momento de la comisión del delito el *animus nocendi creditorum* (ECLI:ES:TS:2005:4966 Fº Jº 2º) Es necesaria la voluntad de defraudar a los acreedores. Y esta voluntad ha de ser probada, por medio de una visión general de las actuaciones del deudor frente a las deudas y las acciones conducentes a conseguir una minoración de su patrimonio (Ver apartado elementos objetivos del tipo) (ABOGACÍA[23]; ES:TS:2021:2949. FºJº 2º2).

El dolo del partícipe en los actos de insolvencia del tercero no reclama, como contenido del aspecto cognitivo, conocer el origen de las deudas, la concreta cuantía o precisas condiciones de exigibilidad y vencimiento. Basta disponer, por un lado, de la información necesaria para representarse que con su intervención negocial se generan los instrumentos de elusión de los activos, propiciando la situación de insolvencia del deudor y con ella la frustración de expectativas de cobro de los acreedores. Y, por otro, pese a disponer de dicha información, debe existir una voluntad de realizar los actos de participación ejecutiva. (ES:TS:2020:4364, Fº Jº 2º).

2.2.2.2. El Error

En este punto, ante la existencia de error respecto de alguno de los elementos del tipo ya indicadas se puede determinar la impunidad de los actos, si el error es invencible, o bien, siendo vencible, castigarlo como imprudente. Si bien en este último caso, no sería de aplicación el tipo de alzamiento de bienes por ser requisito excluido la comisión por imprudencia, al ser la voluntad de perjudicar a los acreedores uno de los elementos subjetivos del tipo (ABOGACÍA[24])

2.2.2.3. Autoría y participación

El delito de alzamiento de bienes es un delito especial propio, por lo que su único autor puede ser el deudor que se coloca en situación de insolvencia con la finalidad de evitar el cobro por parte de los acreedores. (ES:TS:2021:4259); el sujeto ac-

23 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 632

24 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 653

tivo debe ser "el administrador de hecho o de derecho de la sociedad o el socio[25]". (ES:TS:2018:3287 Fº Jº 2º) Podemos contemplar que pueden aparecer casos de coautoría (ES:TS:2015:1525 FºJº 3º).

Ahora bien, conviene en este punto matizar la figura del deudor. Si bien en principio el tipo penal se refiere a la persona, ya sea física o jurídica que está directamente obligada al pago, el concepto se amplía a los obligados subsidiariamente a asumir la deuda en el caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal. Aquí es donde aparecen las figuras de los fiadores, de los avalistas y de los responsables civiles solidarios. En definitiva, se considerará autores a todas aquellas personas que posean la cualidad de deudores u obligados al pago de la deuda. (ABOGACÍA[26]).

Complementando el párrafo anterior, la condición de *extraneus* o partícipes la ostentarán todas aquellas personas que no posean la cualidad indicada. A saber, cooperadores necesarios, cómplices y encubridores. (ES:TS:2002:2146 FºJº 2º; ES:TS:2013:3257 FºJº 1º; ES:TS:2018:3667 Fº Jº 7º) También puede aparecer la figura de la receptación, la cual se rige por los tipos contemplados en los artículos 298 ó 301 CP. (ECLI:ES:TS:2006:483; ABOGACÍA[27]).

2.2.2.4. Consumación

La consumación de este tipo, al tratarse de un delito tendencial, no exige un resultado concreto (ES:TS:2004:4268 Fº Jº 2º). Más bien lo que se exige para su consumación es que aparezca el elemento subjetivo, la actuación del deudor con conocimiento y voluntad, generando los elementos subjetivos del tipo, produciendo con ello el perjuicio a los acreedores. Es decir, aunque no haya alcanzado la situación de insolvencia, ya sea real o ficticia, como se ha comentado con anterioridad, genere un vacio patrimonial intencionado con el fin de no responder a sus obligaciones frente a los acreedores. (ABOGACÍA[28]; ES:TS:2016:349, Fº Jº 3º 3; ES:TS:2018:1484, Fº Jº 3º; ECLI:ES:TS:2023:552, Fº Jº 3º).

---

25 Si bien según el artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.) "los socios no son responsables de la deuda de la sociedad", la jurisprudencia, tanto civil, contencioso administrativa y penal, mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo han tratado de identificar al verdadero titular del patrimonio alzado, exigiéndole las responsabilidades en la cuales ha incurrido, con independencia del cargo que ostente, ya sea el de socio, el de administrador o el de alguien que pasaba por allí. Todo ello en base a la legislación (art. 6.4 del Código Civil, artículos 12 a 16, 42.2 y 43.g y h de la Ley General Tributaria, 127, 257 y 258 del Código Penal) y a la jurisprudencia (en este caso, en el ámbito civil ECLI:ES:TS:2011:8685; ECLI:ES:TS:2015:1699; ECLI:ES:TS:2015:1706; ECLI:ES:TS:2006:3356; ECLI:ES:TS:2016:507; ECLI:ES:TS:2016:4177)

26 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Págs 661-662

27 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Pág 662

28 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, op. Cit. Págs 690-693

3. ESTUDIO DE LA SENTENCIAS

El objetivo de este trabajo se fundamenta en la necesidad de conocer a quién afectan las consecuencias de este delito desde un punto de vista penal. Es decir, si se afecta principalmente a la Administración Pública, en las figuras representativas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y/o de la Tesorería General de la Seguridad Social. O bien, las personas afectadas mayormente, sean físicas o jurídicas, son mayormente de índole privada.

Se han estudiado 172 sentencias de la sala 2ª del Tribunal Supremo. El período objeto de estudio abarca desde 1999 hasta las sentencias falladas en todo el año 2021. Un período total de 23 años, lo cual puede dar una representación tendencial de este delito.

La motivación del inicio del período corresponde a que es en 1999 cuando se juzga el primer delito por alzamiento de bienes aplicando el Código Penal de 1995.

3.1. Concurso de delitos

Del total de sentencias (172) en 50 de ellas se observa concurso de delitos, representando el 29'07 % del total de las estudiadas.

Se produce concurso del alzamiento de bienes con los siguientes tipos penales, en la proporción que se indica:

Estafa	50%
Abandono de familia	4%
Apropiación indebida	26%
Malversación caudales públicos	2%
Falsedad en documento mercantil	6%
Insolvencia punible	2%
Administración desleal	4%
Delito societario	2%
Negociaciones prohibidas	2%
Hacienda Pública	4%
Seguridad Social	2%

La suma de porcentajes mostrada equivale al 104 %. Ello es porque en dos de las sentencias coincide que los delitos concursados son 3. En el resto concursan 2 tipos. En este punto, llama la atención al autor la ausencia del delito de organización criminal, contemplado en el artículo 570 bis del Código Penal o, en su caso, grupo criminal, reflejado en el artículo 570 ter CP. Ello le lleva a concluir que, aunque esta forma de actuar, esta perpetración delictiva, es más común de lo deseado, no se lleva a cabo de manera coordinada como otro tipo de figuras delictivas del Código Penal. Sobre todo en el ámbito de los delitos socio-económicos, tales como

el delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP) o el blanqueo de capitales (art. 301 CP), a modo de ejemplo.

3.2. ¿A quién afecta el delito?

Como se comentaba en los objetivos del estudio, se va a observar a quien afecta este delito. En primer lugar, se va a calificar cuantitativa y cualitativamente la incidencia de este delito en la Administración Pública, en las figuras ya comentadas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

En 10 de las sentencias interviene la AEAT como afectada, representando un 5'81 % del total. En dos de dichos fallos el art. 257 concursa con el delito contra la Hacienda Pública, contemplado en el art. 305 CP, con una deuda tributaria pendiente de 2.414.662,13 €. De los 18 delitos por el art. 257 denunciados, han resultado condenados 12. Hay 2 delitos denunciados que han sido absueltos por haber actuado en favorecimiento de acreedores.

Sentencias AEAT
ES:TS:2001:10331
ES:TS:2011:1472
ES:TS:2013:1439
ES:TS:2014:5770
ES:TS:2016:4173
ES:TS:2019:1369
ES:TS:2019:4082
ES:TS:2020:4364
ES:TS:2021:3758
ES:TS:2021:4259

En 7 de las mismas interviene la TGSS como afectada, representando un 4'07 % del total. En uno de dichos fallos se produce concurso con delito contra la Seguridad Social, art. 307 CP, con una responsabilidad civil pendiente de 491.288,35 €. De los 14 delitos por el art. 257 denunciados, han resultado condenados 8. Hay 5 denunciados que han sido absueltos por no haber alzado sus bienes, sino actuado en favorecimiento de acreedores.

Sentencias TGSS
ES:TS:2011:9111
ES:TS:2012:4179
ES:TS:2012:6709
ES:TS:2013:1283

Sentencias TGSS
ES:TS:2013:1439
ES:TS:2020:170
ES:TS:2020:4294

Al ser ambas administraciones coincidentes en uno de los casos estudiados, el porcentaje total de sentencias que las afecta asciende al 9'30 % y no al 9'88 % que resultaría de sumar los porcentajes indicados en los párrafos anteriores.

A continuación, se analiza la incidencia en el ámbito privado. El recuento da una cifra de 156 sentencias que atañen a personas, ya sean físicas o jurídicas, pertenecientes al ámbito privado, representando el 90'70 %.

3.3. ¿Quién comete el delito?

A continuación, se analiza la persona que aparece como investigada y/o acusada en la comisión del delito.

En 137 de las sentencias aparece una persona jurídica como responsable de la comisión del delito, representando el 79'65 %. Por descarte, nos aparecen 35 personas físicas que figuran como responsables en este delito, con un porcentaje del 20'35 %.

3.4. ¿Cómo se han resuelto los delitos? ¿En qué sentido?

Se han denunciado 358 delitos, de los cuales han terminado en sentencia condenatoria 291, lo cual representa el 81'28 % del total.

3.5. ¿Cuándo se han resuelto los delitos?

A continuación, de modo ilustrativo, se reflejan las sentencias falladas cada año.

Año	Sentencias	Año	Sentencias	Año	Sentencias	Año	Sentencias
		2.001	10	2.011	4	2.021	13
		2.002	12	2.012	10		
		2.003	6	2.013	7		
		2.004	3	2.014	4		
		2.005	12	2.015	3		
		2.006	10	2.016	11		
		2.007	10	2.017	9		
		2.008	4	2.018	7		
1.999	3	2.009	10	2.019	10		
2.000	4	2.010	5	2.020	5		

Se percibe una variación entre 3 y 13 sentencias emitidas al año, la cual no aporta información significativa respecto de la resolución de las mismas. Enlazando estos datos con lo expuesto al respecto del uso del Derecho Penal como última ratio en el caso de este delito, se pueden explicar las cifras bajas de delitos denunciados y resueltos desde un punto de vista temporal, es decir, año a año.

4. ANÁLISIS CUALITATIVO DE LAS SENTENCIAS

En este punto se va a proceder a analizar las cuestiones que, desde el punto de vista del autor, son relevantes en este delito. De entre todas las sentencias estudiadas, el autor destaca las siguientes, las cuales son representativas del conjunto total de las mismas. (Un comentario individualizado se efectúa en el capítulo 5 Estudio jurisprudencial).

La doctrina generalizada sobre el delito viene reflejada en las sentencias ES:TS:2002:1738 y ES:TS:2005:4396. Parte de lo reflejado en las mismas se puede observar con más detalle en ES:TS:2002:5066, relativa a los elementos del delito, en ES:TS:2019:1894 que trata los elementos subjetivos del delito, complementada por la sentencia ES:TS:2018:3667 ahondando en la autoría. Asimismo, la ES:TS:2020:4364 nos indica claramente lo que tanto el legislador como la doctrina y la jurisprudencia entienden como el Bien Jurídico Protegido de la frustración en la ejecución. Volviendo a la ES:TS:2005:4396 vemos como en ella se ahonda en la cuestión de la coautoría.

A destacar la ES:TS:2004:4268, en la cual, de manera diáfana se concreta que estamos ante un delito de tendencia, de intencionalidad, no de resultado, definiendo así la estructura del delito objeto de estudio.

El fallo ES:TS:2019:155 nos introduce en el campo de concurrencia de nuestro delito con otros, en este caso un delito de estafa. Se observa el planteamiento de si estamos ante un caso de concurso de delitos o bien ante una absorción de delitos. En su fundamento jurídico 6º 5. se muestran una relación de sentencias motivadoras de la decisión del ponente de la sentencia, el cual se decanta por lo anteriormente expuesto que, en este caso concreto se está ante un concurso real de delitos.

Una cuestión no baladí se trata en la sentencia ES:TS:2016:3216. Nos encontramos ante un caso de favorecimiento de acreedores. El autor considera importante el distinguir entre esta figura y el delito de alzamiento de bienes. Si bien las consecuencias del favorecimiento puedan perjudicar a parte de los deudores, su aplicación no cumple los requisitos del tipo penal siempre y cuando el sujeto activo de la acción no se encuentre inmerso en un concurso de acreedores, ejecutando los pagos con plena indiferencia respecto del orden de los deudores establecidos en el mismo. De ahí la importancia de distinguirse y diferenciarse respecto del tipo de artículo 257.

Respecto a la investigación de los hechos conducentes a desvelar la autoría real del delito, destacar los fallos ES:TS:2016:4549 y ES:TS:2018:2076. Ambos tratan sobre la doctrina del levantamiento del velo. Cuestión importante, a juicio del autor,

para dilucidar la verdadera persona activa en la comisión del delito. Vemos como para la prueba de la responsabilidad penal se puede, en ausencia de mejores medios, acudir a la prueba indiciaria, circunstancial o indirecta.

5. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

A continuación, se realiza un estudio individualizado de varias sentencias. El criterio elegido por el autor es el de destacar determinadas cuestiones relevantes en el delito de alzamiento de bienes, complementando lo expuesto en el análisis cualitativo anterior.

Doctrina	ES:TS:2002:1738	ES:TS:2005:4396
Levantamiento del velo	ES:TS:2016:4549	ES:TS:2018:2076
Elementos del delito	ES:TS:2002:5066	
Elementos subjetivos	ES:TS:2019:1894	
Favorecimiento de acreedores	ES:TS:2016:3216	
Bien jurídico protegido y dolo	ES:TS:2020:4364	
Autoría	ES:TS:2018:3667	
Absorción	ES:TS:2019:155	
Delito de tendencia	ES:TS:2004:4268	
Doctrina Vuelta a la vida	ES:TS:2011:9010	

Temática: Doctrina Tribunal Supremo

ECLI ES:TS:2002:1738

ROJ STS 1738/2002

Fecha 11 de marzo de 2002

Procedimiento Recurso de casación

Ponente Joaquín Delgado García

Delitos Alzamiento de bienes

Modalidad 257. 1 1

Hechos

Una empresa se compromete a realizar un pago endosando unas letras de cambio. Cuando llega el momento de ejecutarlas, el responsable de la empresa, con la complicidad de otras personas relacionadas procede a adjudicar los bienes que servían de garantía a personas diferentes de las deudoras.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 2º: Doctrina Tribunal Supremo sobre el alzamiento de bienes.

Fallo

Se mantiene el fallo de la Sala de origen (Juzgado de Instrucción número 1 de Avilés) con la condena del recurrente como autor de un delito de alzamiento de bienes.

Temática:	Doctrina Tribunal Supremo. Coautoría.
ECLI	ES:TS:2005:4396
ROJ	STS 4396/2005
Fecha	30 de junio de 2005
Procedimiento	Penal – Procedimiento Abreviado / Sumario
Ponente	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Delitos	Alzamiento de bienes
Modalidad	257.1.1 y 2

Hechos

El acusado, debido a actividades y negocios genera una deuda con un tercero, asumida mediante un documento de reconocimiento de deuda La deuda se empezó a originar en el año 1999. En el año 2000 el acusado realizó separación de bienes con su esposa, mediante escritura de capitulaciones matrimoniales fechada en el año 2000. A continuación, el acusado vende la mitad de sus bienes a su cónyuge.

Con todas las acciones descritas y, contando con la participación de su pareja, el acusado se colocó en situación de insolvencia para afrontar la deuda que contrajo con el tercero.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 3º: Doctrina Tribunal Supremo sobre el alzamiento de bienes.

Fallo

Mantiene la condena dictada por la Sala de origen (Juzgado de instrucción de Granada) en el sentido de condenar al acusado y a su esposa como responsables de un delito de alzamiento de bienes, en calidad de autores.

Temática:	Levantamiento del velo
ECLI	ES:TS:2016:4549
ROJ	STS 4549/2016
Fecha	19/10/2016
Procedimiento	Recurso de casación
Ponente	Carlos Granados Pérez
Delitos	Alzamiento de bienes
Modalidad	257.1.1

Hechos

Un promotor inmobiliario recibe dinero en concepto de paga y señal para la compra por parte de terceros de distintas viviendas que pretende construir en varias ubicaciones. También recibió de los mismos diversos pagos acordados entre ambos como adelantos del precio final.

Ante unos resultados de venta que no cubrían las expectativas del promotor, éste firma ante notario la venta del suelo de una promoción a otra empresa, persona jurídica, que le pertenece.

Al poco tiempo, dos meses, vende todas sus participaciones de la primera empresa, la dedicada a la promoción inmobiliaria, a otra empresa radicada en otra comunidad autónoma y, la cual, en principio su actividad no está vinculada con el sector inmobiliario. Se firma una escritura complementaria en la cual se asumen todos los contratos y compromisos firmados por la primera empresa. No constaban relacionadas ni una finca concreta, en la cual se paralizó su construcción por falta de financiación, ni uno de los compradores.

Si bien devuelve a algunos compradores parte del dinero aportado en concepto de paga y señal, no lo hace con todos. Esto provoca que uno de ellos, tras varios intentos infructuosos de comunicar con el promotor, lo demande por la vía penal.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 1º 5º: Levantamiento del velo. Conducta en fraude de ley.

Fallo

No ha lugar a modificar la sentencia emitida por la Audiencia provincial de Granada, la cual condenó al acusado como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes.

Temática:	Levantamiento del velo
ECLI	ES:TS:2018:2076
ROJ	STS 2076/2018
Fecha	05/06/2018
Procedimiento	Penal. Apelación procedimiento abreviado.
Ponente	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro
Delitos	Alzamiento de bienes
Modalidad	257.1 2

Hechos

Una empresa de transformación de productos agropecuarios tiene relaciones comerciales con una cooperativa agrícola. Le compra cereales y otros productos para elaborar comida para animales. Esta empresa está dirigida por derecho por un administrador. Cuando le llega la edad de jubilación, se nombra a su cónyuge administradora, siguiendo ostentando este señor la administración de hecho de

la empresa y otras vinculadas por actividad. Estas últimas empresas son también propiedad del matrimonio indicado.

Llega un momento en el que la dirección de la cooperativa cambia y, al mismo tiempo, se plantea el modificar la forma de gestionar la administración económica de la misma. Se reclama a la empresa de transformación que abone las deudas pendientes.

Este extremo provoca que la empresa declare concurso voluntario de acreedores.

Previo a este último paso, el administrador decide vender la cabaña de cerdos. Con el líquido obtenido, paga a un deudor. El importe sobrante lo transfiere a otras empresas de su propiedad. La fecha de las transferencias es posterior a un auto de embargo del Juzgado en el cual se instaba a abonar a la cooperativa el importe de las deudas pendientes. Dicho auto era conocido por el administrador al serle notificado por parte del Juzgado.

Fundamentos jurídicos

- Jº 2º 3: Levantamiento del velo.
- FºJº 4º: prueba indiciaria, circunstancial o indirecta.

Fallo

Se absuelve al administrador de hecho, como autor, y a su cónyuge, como partícipe a título lucrativo de los delitos de alzamiento de bienes.

Se absuelve a las empresas vinculadas con las personas del párrafo anterior condenadas en primera sentencia al abono de la responsabilidad civil derivada del delito.

Temática:	Elementos del delito de alzamiento de bienes
ECLI	ES:TS:2002:5066
ROJ	STS 5066/2002
Fecha	08/07/2002
Procedimiento	Recurso de casación
Ponente	José Jiménez Villarejo
Delitos	Alzamiento de bienes – Abandono de familia
Modalidad	257.1 2 – 227

Hechos

Un hombre queda obligado, por sentencia, a abonar un importe mensual a sus hijos por pensión de alimentos y a su ex-cónyuge por pensión compensatoria.

La ex-esposa, al no cobrar dichos importes, solicita la ejecución de la sentencia de divorcio por vía judicial. El juzgado declara la retención de un importe de la nómina que cobra de una determinada empresa. Se reiteran las retenciones de sueldo ante la empresa.

La empresa abona una sola mensualidad.

El acusado se da de baja en la empresa que trabaja y deja de percibir las prestaciones por desempleo que legalmente le corresponden.

Posteriormente, trabaja como empleado en otra empresa del mismo ramo en la cual figuran como socias una ex-mujer suya y de la esposa del dueño de la anterior empresa de la que se despidió.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 2º: Elementos del delito de alzamiento de bienes.
- FºJº 1º: elemento objetivo y subjetivo del delito de abandono de familia.

Fallo

Se mantiene la condena dimanante de la sentencia recurrida.

Acusado como autor responsable de un delito de abandono de familia por impago de pensiones y otro de insolvencia punible, según lo expuesto en el art. 257.1 2 CP.

Temática:	Elementos subjetivos del alzamiento de bienes
ECLI	ES:TS:2019:1894
ROJ	STS 1894/2019
Fecha	07/06/2019
Procedimiento	Recurso de casación
Ponente	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Delitos	Alzamiento de bienes
Modalidad	257.1

Hechos

Una persona es administradora de una empresa. Dicha empresa tiene deudas con un proveedor. La persona administradora transmite un vehículo a nombre de la empresa a un familiar. Asimismo, transmite dos vehículos que estaban a su nombre particular a sus dos hijos.

Va realizando un vaciamiento de capital de la empresa de la cual es administrador. El capital se utiliza en parte para amortizar el préstamo hipotecario sobre la vivienda en la cual convive con su cónyuge. Dicha vivienda fue adquirida en gananciales, aunque figura desde 8 años antes de este acto únicamente a nombre de su esposa. El resto de capital retirado no consta cual ha sido su fin.

Un mes después de los hechos relatados, la empresa entra en concurso de acreedores, cesando a los pocos días su actividad comercial.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 1º: Elementos subjetivos del alzamiento de bienes.

- FºJº 3º: non bis in ídem. Doble condena en responsabilidad civil.

Fallo

Se mantiene el fallo de la instancia de origen (Audiencia Provincial de Santander) a excepción del último punto, *"a restituir al patrimonio de "Peña Sagra, S.A." la cantidad de NOVENTA Y SEIS MIL EUROS"*, el cual se deja sin efecto por los motivos expuestos en el Fundamento Jurídico 3º de la sentencia.

Temática:	Favorecimiento de acreedores
ECLI	ES:TS:2013:1439
ROJ	STS 1439/2013
Fecha	12/02/2013
Procedimiento	Recurso Casación
Ponente	Andrés Martínez Arrieta
Delitos	Alzamiento de bienes
Modalidad	257

Hechos

Un promotor constituye una hipoteca con una entidad bancaria para la construcción de un edificio. Las diferentes viviendas son vendidas a terceros con la condición de libres de carga. Debido a la mala situación económica sufrida, vende el edificio a otra empresa. El banco solicita ejecución hipotecaria. Los compradores de las viviendas reclaman la devolución de los importes adelantados.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 1º 2: Favorecimiento de acreedores

Fallo

Se modifica la sentencia de origen (Audiencia Provincial de Valladolid) en el sentido de absolver a los dos condenados por alzamiento de bienes. Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia original.

Temática:	Bien jurídico protegido
ECLI	ES:TS:2020:4364
ROJ	STS 4364/2020
Fecha	14/12/2020
Procedimiento	Recurso de casación
Ponente	Javier Hernández García
Delitos	257.1
Modalidad	Frustración en la ejecución

Hechos

Una empresa contrae deudas con la AEAT. Al no hacerse cargo de las mismas la persona jurídica, Hacienda le deriva responsabilidad al administrador de la misma.

Éste, en la misma fecha, disuelve su sociedad de gananciales, con una atribución de bienes inferior a lo que justamente le correspondería. Transmite dichos bienes a su hija, menor de edad.

Fundamentos jurídicos

- FºJº Recurso Alexis 3.2: Bien jurídico protegido en el alzamiento de bienes.
- FºJº Recurso Consuelo 2.5: Dolo del partícipe
- FºJº Recurso Delia 3: Partícipe a título lucrativo. Capacidad del menor de edad.

Fallo

Se deja sin efecto el importe condicional de la responsabilidad civil. También se deja sin efecto la condena dictada a la menor de edad. El resto de pronunciamientos de la sentencia (Audiencia Provincial de Las Palmas) de origen se mantienen.

Temática:	Autoría
ECLI	ES:TS:2018:3667
ROJ	STS 3667/2018
Fecha	26/10/2018
Procedimiento	Penal. Apelación procedimiento abreviado.
Ponente	Pablo Llarena Conde
Delitos	Alzamiento de bienes. Falsedad en documento mercantil.
Modalidad	257.1.1 – 390 - 392

Hechos

Dos socios de una empresa jurídica inician el vaciamiento patrimonial de la misma.

Una de las formas de vaciamiento es mediante el concurso de una tercera persona, otro empresario que trabajó anteriormente con su empresa. La modalidad perpetrada consistía en elaborar facturas falsas que los dos socios hacían servir de justificación ante terceros de la falta de liquidez para abonar el resto de deudas pendientes, bajo la forma, en este caso ficticia y asimismo fraudulenta, de favorecimiento de acreedores.

Fundamentos jurídicos

- F J 7: Partícipe como cooperador necesario en el delito.

Fallo

Se condena a dos de los intervinientes en calidad de autores por un delito de falsedad en documento mercantil, en concurso medial con un delito de alzamiento de

bienes. A uno de los socios de la empresa receptora de las facturas y al responsable de la empresa emisora de las mismas.

Al otro socio no se le ha juzgado al estar en paradero desconocido y estar decretada su rebeldía.

A cada cual se le impone una pena diferente, aplicando en la condena del recurrente un grado menor por su participación como cooperador necesario.

Temática:	Absorción
ECLI	ES:TS:2019:155
ROJ	STS 155/2019
Fecha	21/01/2019
Procedimiento	Recurso de casación
Ponente	Andrés Palomo del Arco
Delitos	Alzamiento de bienes - estafa
Modalidad	257.1 - 248, 249 y 250.1.6º

Hechos

Un empresario y su esposa venden el 100% de sus participaciones sociales en una persona jurídica a un tercero y su socio mediante un contrato privado.

Este tercero se compromete a pagar el precio fijado mediante un pago inmediato en metálico, otro a la firma del documento de venta ante fedatario público, un importe mediante pagaré y el resto del precio en 4 años mediante cuotas fijas.

Sólo se hacen efectivos los dos primeros pagos.

El bien adquirido era una empresa. Tras su adquisición, se paraliza la actividad de la misma. Los créditos pendientes de cobro se liquidaron. Dicho importe no se destinó a los gastos propios de la empresa ni al pago del precio pactado con los vendedores.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 5º 1: ausencia de prueba directa. Prueba circunstancial, indirecta o indiciaria. es válida según la jurisprudencia.
- FºJº 5º 3: doctrina delito de estafa.
- FºJº 6º 5: Absorción de delitos o concurso real.

Fallo

Se mantiene el fallo de la instancia de origen (Audiencia Provincial de Sevilla), condenando a los dos socios como coautores de un delito de estafa y de otro de alzamiento de bienes.

Temática:	Delito de tendencia
ECLI	ES:TS:2004:4268
ROJ	STS 4268/2004

Fecha	18/06/2004
Procedimiento	Recurso de casación
Ponente	Joaquín Giménez García
Delitos	Alzamiento de bienes
Modalidad	257

Hechos

Un promotor inmobiliario recibe dinero de varios clientes para la edificación de unas viviendas. Las obras no se realizan por problemas con la licencia municipal. Los clientes presentan demanda para que se les abonen los importes adelantados.

Ante esta situación el promotor vende el solar desde la empresa promotora a otra también de su propiedad. Posteriormente, de acuerdo con su hermano, vende el solar anterior a la empresa de la cual es responsable el hermano. Todo ello con la clara intención de realizar un vaciamiento patrimonial de la empresa responsable y de todo aquello que estuviera relacionado con el patrimonio del promotor, para evitar que se hiciese efectivo el embargo.

Fundamentos jurídicos

- FºJº 1º: delito de tendencia. Estructura delito alzamiento de bienes.

Fallo

Se mantiene el fallo dictado por la instancia de origen (Audiencia Provincial de Granada), el cual condenó al promotor como autor de un delito de alzamiento de bienes y a su hermano en calidad de cooperador necesario por el mismo delito.

6. CONCLUSIÓN GENERAL SOBRE EL ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS

Tras el análisis cuantitativo expuesto, se observa que predomina significativamente el uso de personas jurídicas para perpetrar este delito (79'65 %). De ello se podría inferir que se prefiere el empleo de esta figura para intentar diluir la de la persona efectivamente responsable. Una de las cuestiones por las que el autor opina que la opción de la utilización de personas jurídicas es predominante sea que, supuestamente, es más fácil enmascarar a la verdadera persona responsable de realizar esta acción u omisión. En definitiva, el uso del velo para no asumir la responsabilidad de sus actos punibles.

El concurso de tipos coincidentes hace pensar que el ámbito de actuación, el ecosistema de este delito, es el del mundo mercantil, el de las relaciones empresariales, el del tráfico comercial, predominantemente en el contexto de los negocios privados. De manera residual, se observa el incumplimiento de las obligaciones de índole pública con los diferentes actores de la Administración Pública reseñados.

Teniendo en cuenta el número de delitos con sentencia condenatoria respecto del total de denuncias presentadas, el cual supera el 80 % de las mismas, el autor

considera que la política criminal aplicada es eficaz. A esta conclusión se llega asimismo al observar el número de sentencias falladas cada año, a lo largo de los 23 que han sido objeto de este estudio. Se observa que si bien hay ejercicios que el número de sentencias es mínimo (3), existen bastantes en los cuales este número se mantiene en índices iguales o superiores a 10.

Se ha comentado anteriormente que el recurso a la jurisdicción penal para la resolución de la frustración en la ejecución tiene que ser la *ultima ratio*. Respecto de las sentencias en sede penal sobre este delito promovidas por órganos de la Administración Pública afectados, vemos que, aun siendo una parte significativa, el 9'30 %, representan una parte residual de las cosas juzgadas. Cuestión aparte es la persecución del delito cuando las personas afectadas por el mismo corresponden a la esfera privada o particular. A partir de esta última premisa, se observa, a juicio del autor, que la política criminal aplicada sobre esta cuestión es eficaz. No obstante esta afirmación, el autor remite al final de este apartado para complementar el comentario sobre la política criminal.

Respecto del análisis cualitativo de las sentencias que se han mostrado, seleccionadas de entre todas las estudiadas, se ha pretendido el mostrar las facetas del delito de alzamiento de bienes.

Destacar en primer lugar lo que se considera la doctrina del TS respecto a este tipo, remitiéndonos en su caso a sentencias antecedentes como podríamos indicar la ES:TS:2003:6309, en la cual se detallan el concepto y elementos del delito, destacando entre estos últimos la producción de un resultado determinado. También se revisa en las sentencias estudiadas elementos tales como la autoría y la participación, la absorción de delitos, el dolo, … cuestiones todas ellas ya tratadas en la primera parte de este artículo por lo que el autor considera innecesario el volver a profundizar en ello, al haberse basado dicha parte del artículo en gran medida en las sentencias estudiadas.

Sí que se desea destacar especialmente dos cuestiones. La primera es la figura del favorecimiento de acreedores. A juicio del autor es conveniente tenerla en cuenta y saber distinguirla de un alzamiento de bienes. La segunda cuestión que se considera transcendental y, hasta cierto punto, la piedra angular en la investigación de este delito, es la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para el descubrimiento de responsable real de la comisión del delito.

Para estas dos cuestiones expuestas, el autor considera que la política criminal a aplicar en este delito sería el recurrir a las mismas dotando a los órganos que se encargan de la investigación de estos delitos de medios, tanto técnicos, materiales como personales para realizar su cometido y una motivación suplementaria propiciada con la equiparación de las percepciones pecuniarias que reciben respecto de otros entes similares y/o idénticos que desempeñan tareas análogas en el ámbito de administraciones públicas diferentes.

Y complementando lo anterior, el autor opina que las personas acusadas de este delito deberían estar incluidas en un registro específico que les impidiera el que les fueran adjudicadas subvenciones, ayudas o cualquier otro tipo de fondos de carácter público. El procedimiento podría ser que las administraciones públicas

solicitaran un certificado de antecedentes penales y en caso de constar algún delito como el que nos ocupa o cualquier otro contra las administraciones públicas, se denegara la subvención. En el caso de personas jurídicas, se trataría de solicitar dicho certificado tanto de la persona jurídica como de las personas físicas que consten en su escritura de constitución y tengan o hayan tenido algún vínculo respecto de las cuentas bancarias u otros tipos de productos bancarios vinculados con la persona jurídica.

Teniendo en cuenta estas sugerencias, la política criminal aplicada sería realmente eficaz para lograr, si no la reducción del delito, sí su detección temprana. Sin olvidar que el recurso al Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* para solventar esta cuestión.

7. BIBLIOGRAFIA

7.1. Libros

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. (2008) *Manual de delitos contra la Hacienda Pública.* Colección Monografías Aranzadi, nº 548

ÁNGEL YÁGÜEZ, R. d. (2013). *La doctrina del 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en la jurisprudencia* (6ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas.

APARICIO PÉREZ, J. (1997) *El delito fiscal a través de la Jurisprudencia.* Colección Monografías Aranzadi, nº 64

BOLDÓ RODA, C. (2006). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español* (4ª ed.). Pamplona: Aranzadi.

COLINA RAMÍREZ, E.I. (2010) *La defraudación tributaria en el Código Penal español.* Ed. Librería Bosch, S.L.

FITOR MIRÓ, J.C. (2017) *Delito fiscal: un crimen de cuello blanco.* Tesis doctoral disponible en RODERIC – TESEO

FITOR MIRÓ, J.C. (2018) Delito fiscal: un análisis criminológico. Tirant lo Blanch. Colección Delitos 144

ODF (2006) *Observatorio del Delito Fiscal.* AEAT y Ministerio de Justicia

VIVES ANTÓN, T. S. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (1998). *Los delitos de alzamiento de bienes.* Valencia: Tirant lo Blanch. Colección Delitos 12

7.2. Recursos electrónicos

CHACÓN JEREZ, DIEGO https://blogfiscal.cronicatributaria.ief.es/el-delito-de-alzamiento-de-bienes-en-el-seno-del-procedimiento-recaudatorio-compatibilidad-y-extension/ Última visita el 31/05/2023 a las 17:20 horas.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. www.boe.es

7.3. Bibliografía complementaria

DELGADO, A.M. I OLIVER CUELLO, R. (2017) «La regulación de la publicidad de deudores y defraudadores tributarios». *IDP : revista de internet, derecho y política* 23.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (2023) *El responsable tributario y su naturaleza sancionadora: sts de 28 de abril de 2023, rec. núm. 546/2021*. vol. 3. Web.

ESPAÑA ALBA, V. et al. (2017) "El Delito de Alzamiento de Bienes Tras La Reforma Penal de 2015." *Cuestiones Penales*. 1ª ed. Madrid: Dykinson. 67–81.

MARCOS CARDONA, M. (2023) "El delito de alzamiento de bienes y su compatibilidad con la autotutela ejecutiva. concurrencia de procedimientos administrativo y penal." *Crónica tributaria* 188.3: 85–116. Web.

MUÑOZ CONDE, F., ESPAÑA ALBA, V. Y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A.J. (2017). *Cuestiones penales: a propósito de la reforma penal de 2015*. Ed. Ma. Angeles Cuadrado Ruiz. 1st ed. Madrid: Dykinson, S.L.

PÉREZ FERRER, F. (2023) "Sobre El Delito de Alzamiento de Bienes En Los Casos de Crisis Matrimoniales y Parejas de Hecho." *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia* 30: 1–28. Web.

ROIG TORRES, M. (2016) «La "frustración de la ejecución": el modelo alemán y la nueva regulación del Código penal español».

VALLINES GARCÍA, E. E YZQUIERDO TOLSADA, M. (2017) «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2016 (619/2016): Rescisión por fraude de acreedores solicitada con posterioridad a una condena penal firme por delito de alzamiento de bienes». *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina*. 1.ª ed. Dykinson. 235. Web.

7.4. Sentencias Tribunal Supremo referidas en el texto

ECLI:ES:TS:2000:9659 FºJº 2º

ECLI:ES:TS:2005:4463 Fº Jº 2º

ECLI:ES:TS:2000:3533

ECLI:ES:TS:2005:4396 FºJº 3º

ECLI:ES:TS:2002:1738 FºJº 2º

ECLI:ES:TS:2002:2643 FºJº 2º

ECLI:ES:TS:2021:2949 FºJº 3º

ECLI:ES:TS:2023:1442 FºJº 1º

ECLI:ES:APA:2002:2017, FºJº 2º

ECLI:ES:TS:2019:892 FºJº 3 º2

ECLI:ES:TS:2009:6843 FºJº 4º1

ECLI:ES:TS:2012:6709, FºJº 3º

ECLI:ES:TS:2013:1439 FºJº 1º

ECLI:ES:TS:2020:3651 FºJº 1º 1.3

ECLI:ES:TS:2023:552 FºJº 3º

ECLI:ES:TS:2018:3667 FºJº 7º

ECLI:ES:TS:2004:4268 FººJºº 1º y 2º

ECLI:ES:TS:2005:4966 Fº Jº 2º

ECLI:ES:TS:2020:4364, Fº Jº 2º

ECLI:ES:TS:2021:4259

ECLI:ES:TS:2018:3287 Fº Jº 2º

ECLI:ES:TS:2015:1525 FºJº 3º

ECLI: ES:TS:2002:2146 FºJº 2º

ECLI: ES:TS:2013:3257 FºJº 1º

ECLI: ECLI:ES:TS:2006:483

Aspectos que intervienen en los tiroteos masivos (*Mass Shootings*): análisis de casos en América Latina, 2000-2022

Factors involved in mass shootings: an analysis of cases in Latin America, 2000-2022

HEDIANY DE ANDRADE MELO

Doctora en Psicología

Universidad de Salamanca (España)

hediany@usal.es

https://orcid.org/0000-0002-9419-1586

JASON R. SILVA

Profesor adjunto del Departamento de Sociología y Justicia Penal

Universidad William Paterson (Estados Unidos)

silvaj18@wpunj.edu

https://orcid.org/0000-0001-9544-9780

Resumen: Este estudio examina los factores que rodean a los tiroteos masivos centrándose en los perfiles de los autores y las características de los sucesos. Para ello, se persiguieron dos objetivos principales. En primer lugar, se desarrolló un conjunto de variables para captar los siguientes indicadores: 1) países y fechas de ocurrencia; 2) datos sociodemográficos de los autores; 3) localización de los hechos; 4) motivaciones; 5) armas de fuego utilizadas; 6) número de víctimas mortales; y 7) resultados para los autores, con tres posibles consecuencias: suicidio, muerte por un tercero o encarcelamiento. En segundo lugar, estas variables se aplicaron a los casos ocurridos en América Latina entre 2000 y 2022. La selección de esta región está motivada por la prevalencia de estudios sobre este tema que se centran en Estados Unidos, por lo que analizar un área geográfica diferente responde a investigaciones recientes que sugieren que los tiroteos masivos son un fenómeno global. Este es un estudio empírico que utiliza estadísticas descriptivas. A través de los resultados y las discusiones, se proporciona una hoja de ruta que ayuda a comprender un tipo de violencia difícil de estudiar debido a su heterogeneidad, a la vez que ofrece piezas necesarias para descifrar su complejo rompecabezas.

Recepción: 13/02/2025 Aceptación: 26/05/2025

Cómo citar este trabajo: DE ANDRADE MELO, Hediany y SILVA, Jason R. "Aspectos que intervienen en los tiroteos masivos (*Mass Shootings*): análisis de casos en América Latina, 2000-2022", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 291-319, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.10

Abstract: *This study examines the factors surrounding mass shootings by focusing on the profiles of perpetrators and the characteristics of the events. To achieve this, two main objectives were pursued. First, a set of variables was developed to capture the following indicators: 1) countries and dates of occurrence; 2) sociodemographic data of the perpetrators; 3) location of the events; 4) motivations; 5) firearms used; 6) number of fatalities; and 7) the outcomes for the perpetrators, with three possible consequences: suicide, death by a third party, or incarceration. Second, these variables were applied to cases in Latin America from 2000 to 2022. The selection of this region is motivated by the prevalence of studies on this topic that focus primarily on the United States, making this analysis of a different geographical area a response to recent research suggesting that mass shootings are a global phenomenon. This is an empirical study using descriptive statistics. Through the results and discussions, it provides a roadmap that helps to understand a type of violence that is difficult to study due to its heterogeneity, while offering necessary pieces to decipher its complex puzzle.*

Palabras claves: Tiroteos masivos; investigación empírica; tiroteos masivos en América Latina; estudios criminológicos de violencia extrema.

Keywords: *Mass shootings; empirical research; mass shootings in Latin America; criminological studies of extreme violence.*

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. CONCEPTO DE TIROTEO MASIVO (*MASS SHOOTINGS*) 3. TIROTEOS MASIVOS ALREDEDOR DEL MUNDO: UN PROBLEMA GLOBAL 4. ENFOQUE METODOLÓGICO. 4.1. Proceso de extracción y selección de datos. 4.2. Variables asociadas a los tiroteos masivos. 4.3. Análisis. 5. RESULTADOS: EXAMEN DE LOS TIROTEOS MASIVOS EN AMÉRICA LATINA. 5.1. Características demográficas y antecedentes penales. 5.2. Motivaciones. 5.3. Ubicación del incidente. 5.4. Fallecimientos. 5.5. Armas utilizadas. 5.6. Resolución del agresor. 6. DISCUSIÓN. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFIA.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como traducción del término en inglés *Mass Shootings*, los tiroteos masivos son actos de violencia armada que provocan la muerte y lesiones de varias personas en un mismo acto sin derecho a la legítima defensa. Las tasas más altas se registran en Estados Unidos, país que encabeza no solo el número de casos, sino también las principales investigaciones en curso. Sin embargo, investigaciones recientes han demostrado que estos actos son globales y afectan a diferentes países alrededor del mundo[1].

Dada la complejidad y heterogeneidad de los tiroteos masivos, el objetivo de este estudio es analizar los aspectos que intervienen en esta forma de violencia. Para ello, se han establecido dos objetivos específicos. En primer lugar, se ha creado un conjunto de variables sobre el perfil de los autores y las características de los

1 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 2023a, p. 1 a 24.

sucesos. En segundo lugar, se han aplicado las variables a los sucesos de tiroteos masivos en América Latina. Es cierto que esta zona geográfica sufre problemas epidémicos de violencia y conflictos armados. Sin embargo, como se explica a continuación, los tiroteos masivos se refieren a formas específicas de violencia, por lo que no toda la violencia con armas de fuego se clasifica como tal.

En este contexto, los tiroteos masivos son incidentes con armas de fuego en espacios públicos que ocurren en un periodo de hasta veinticuatro horas, y dejan un mínimo de cuatro personas muertas, sin incluir al autor. Son actos de violencia perpetrados por una sola persona, con o sin la participación de un coautor, y las víctimas son elegidas al azar o por vínculos simbólicos. Este ámbito excluye los tiroteos masivos en un entorno familiar, la violencia patrocinada por el Estado, el terrorismo, la participación en bandas y la violencia urbana. Esta definición no es universal, pero es la mayoritariamente asumida por la mayor parte de las investigaciones pasadas y en curso[2].

A partir de esta definición, diferentes estudios previos ponen de manifiesto la existencia de casos dentro de esta tipología en América Latina. Por ejemplo, el CENTRO REGIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PAZ[3] elaboró un informe sobre los tiroteos masivos en las escuelas de América Latina y el Caribe que arroja luz sobre este tipo de violencia. Otras investigaciones, como la de SILVA[4], ponen de manifiesto que los tiroteos masivos en América Latina se producen en espacios públicos que no se limitan a las instituciones educativas, lo que plantea la posibilidad de que estos también se produzcan en otras ubicaciones. Pese al sentido de estos datos, son pocos los estudios centrados en examinar dichos episodios de violencia en esta zona geográfica o en otras ajenas a Estados Unidos.

Basándose en el objetivo perseguido, el análisis de los tiroteos masivos a partir de los casos latinoamericanos se estructura según siete grupos de variables: 1. Los países y fechas de ocurrencia; 2. Los datos sociodemográficos de los perpetradores; 3. La ubicación de los hechos; 4. La motivación; 5. Las armas de fuego; 6. El número de fallecidos; 7. El desenlace de los hechos desde el punto de vista de los perpetradores, con tres consecuencias posibles: el suicidio, la muerte por terceros o el encarcelamiento. La composición de la muestra se extrae de la base de datos SILVA[5], la mayor y más actualizada sobre tiroteos masivos en lugares públicos,

---

2 Esta es la definición más ampliamente adoptada por los estudios criminológicos estadounidenses dedicados a la tarea de investigar este tema. Para comprender esta definición, se recomienda esta referencia: KROUSE, W. J., RICHARDSON, J. D., "Mass murder with firearms: Incidents and victims, 1999-2013", *Congressional Research Service*, 2015, p. 1 a 51.

3 CENTRO REGIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA Paz, *Armas de fuego en escuelas de América Latina y el Caribe: aproximaciones desafíos y respuestas*, 2019, p. 01 a 132. Disponível em: <http://unlirec.screativa.com/wp-content/uploads/2020/07/Estudio-Armas-de-fuego-en-escuelas.pdf>. (Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2025).

4 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.*, 1 a 24.

5 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.*, 1 a 24.

siendo el periodo de investigación de 2000 a 2022. La metodología aplicada es empírica y utiliza estadísticas descriptivas. Se utilizan datos cualitativos para dar a las cifras un carácter narrativo, además de fuentes documentales criminológicas que fundamentan la investigación de estas violencias. Como parte de la estructura teórica, los apartados primero y segundo teorizan sobre qué son los tiroteos masivos y su expansión global más allá de Estados Unidos. Se espera que los resultados y los análisis correspondientes sirvan de guía metodológica para otros estudios criminológicos que aborden no sólo estos delitos, sino también otras formas de violencia extrema[6].

2. CONCEPTO DE TIROTEO MASIVO (*MASS SHOOTING*)

El concepto de tiroteo masivo surgió por primera vez en Estados Unidos en 1966, cuando un estudiante de ingeniería disparó desde la torre del edificio principal de la Universidad de Texas, provocando la muerte de catorce personas. Para SCHILDKRAUT y JAYMI ELSASS[7], este suceso supuso la primera vez que estas palabras resonaron en la conciencia estadounidense. Antes de este atentado, fenómenos como estos ya se habían recogido en el país bajo el término «asesinato en masa», que significa lo mismo que lo anterior, no obstante, sin el uso de armas de fuego.

A pesar de la habitualidad en el uso del término «tiroteo masivo» en Estados Unidos, justificada por los numerosos incidentes ocurridos en las últimas décadas, no existe un consenso universal sobre cómo conceptualizarlos. Para llevar a cabo la tarea de responder «¿qué son estas violencias?», este estudio selecciona cinco criterios principales basados en la literatura de referencia: *modus operandi* de los perpetradores, intervalo de acción, ubicación pública de los incidentes, motivación de los ataques y número mínimo de víctimas mortales[8].

Se trata de homicidios colectivos con armas de fuego que finalizan en la muerte y lesiones de varias personas en un solo incidente, sin derecho a la legítima defensa. Los perpetradores planifican y ejecutan el acto por su cuenta, sin relaciones con terceros, como grupos y líderes intelectuales. Las acciones son aisladas de otras actividades criminales, como robos, violencia urbana, pertenencia a pandillas y atentados terroristas. Además, se producen sin que el ofensor retome su vida normal antes de cometer otros delitos, es decir, sin que experimente un proceso de

6 El término «violencia extrema» se refiere a diferentes contextos de violencia caracterizados por prácticas de odio y crueldad, cuya finalidad es afectar a la integridad física y psicológica de individuos y colectivos. En este sentido, véase: OSORIO, R. A., "Violencias extremas y etnicidad: la ex Yugoslavia", *Alteridades*, 2005, p. 75 a 84.

7 SCHILDKRAUT, J., JAYMI ELSASS, H., *Mass shooting: Media, myths, and realities,* Praeger/ABC-Clio, 2016.

8 Todas las referencias mencionadas en este epígrafe siguen este criterio de definición a la hora de investigar qué son los tiroteos masivos. Véase también: KROUSE, W. J.; RICHARDSON, J. D., "Mass murder with firearms: Incidents and victims, 1999-2013", *Op. cit.,* p. 1 a 51.

«enfriamiento emocional»[9]. En este sentido, no hay intención de reincidir en el delito una segunda vez. Sin generalizar, muchos ofensores ponen fin al hecho delictivo suicidándose u obligando a las fuerzas del orden a abatirlos, lo que se conoce como «suicidio por policía».

Las acciones ocurren a lo largo de un período de 24 horas, durante el cual el ofensor puede desplazarse a diferentes ubicaciones. La ubicación de los ataques tiene lugar en «espacios públicos». El término «espacios públicos» a efectos de este análisis, contempla los ataques a lugares accesibles a la circulación de personas, como tiendas, negocios, espacios artísticos y culturales, educativos, religiosos, administrativos y gubernamentales o de ocio[10].

Las motivaciones de los atentados son individuales y diversas, muchas veces incomprensibles para la sociedad civil que se queda con la pregunta vacía sin respuesta de: ¿por qué matan estos asesinos?[11] Con todo, la bibliografía de referencia reconoce algunas de estas motivaciones; a continuación, si mencionan tres de ellos. El ofensor que asesina para alcanzar la notoriedad[12]. En estos casos, suelen preparar manifiestos con la intención de que sean difundidos posteriormente por los medios tecnológicos de Internet y de comunicación, además de idear un plan para suicidarse tras concluir la masacre. Los que asesinan por «frustración sexual», ante la imposibilidad de lograr una pareja romántica a pesar del deseo[13]. Las mujeres específicas o grupos de mujeres que representan el objeto de sus resentimientos suelen ser el blanco de los perpetradores, sin embargo, otras personas pueden ser atacadas por tratarse de una violencia colectiva. Finalmente, destacan los que matan por conflictos en el ambiente de trabajo, categorizados bajo la expresión «empleados descontentos»[14]. Estos perpetradores suelen elegir su lugar de trabajo para cometer la masacre y atacar a compañeros y personas en una posición de superioridad jerárquica.

---

9 Sobre el concepto de «enfriamiento emocional», se recomienda la bibliografía de expertos del FBI: DOUGLAS, J. E., RESSLER, R. K., BURGUESS, A. W., HARTMAN, C. R., "Criminal Profiling from Crime Scene Analysis", *Behavioural Science and the Law,* 4(4), 1988, p. 401 a 421. En esa ocasión, los autores utilizaron este concepto para diferenciar los «asesinatos en masa» de los «asesinatos en serie». Mientras que los asesinos en masa cometían sus crímenes en un solo acto, sin enfriamiento emocional, los asesinos en serie adoptaban esta técnica como parte de su *modus operandi*. Cabe añadir que este es uno de los estudios pioneros que aborda la diferenciación entre ambos tipos de asesinatos múltiples.

10 El concepto de los "espacios públicos" en los tiroteos masivos, puede verse en: DUWE, G., "Patterns and prevalence of lethal mass violence", *Criminology & Public Policy*, 2020, p. 17 a 35.

11 Esta pregunta está inspirada en la siguiente obra: ELENA TENDLARZ, S. y DANTE GARCIA, C., ¿A quem o assassino mata? O assassino em série à luz da criminologia e da psicanálise. Editora Atheneu, 2013.

12 SILVA, J. R., LANKFORD, A., "The globalization of American mass shootings? An assessment of fame-seeking perpetrators and their influence worldwide", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, 2022, p. 119 a 142.*

13 LANKFORD, A., SILVA, J. R., "Sexually frustrated mass shooters: A study of perpetrators, profiles, behaviours, and victims", *Homicide Studies, 28*(2), 2022, p. 196 a 219.

14 HOLMES, R. M., HOLMES, S. T., "Understanding mass murder: A starting point", *Federal Probation,* 56 (1), 1992, p. 53 a 61.

Sean cuales sean los motivos, atraviesan estados de tensión imposibles de resolver con la mediación de las palabras. En este sentido, el desenlace de las ofensas sufridas encuentra una única salida: apretar el gatillo y disparar. De lo anterior se deduce también la relación directa entre la motivación y la planificación. En otras palabras, es la motivación la que permite a los perpetradores elegir tanto el lugar del ataque como las víctimas. Estas últimas pueden ser elegidas por su carácter simbólico o de forma aleatoria.

Siguiendo con las víctimas, el número mínimo de muertos es un criterio importante para calificar un suceso de «tiroteo masivo». A efectos de las referencias doctrinales seguidas en este epígrafe, el número mínimo es de cuatro, sin contabilizar al agresor, que no se considera víctima a efectos criminológicos. Elegir un valor mínimo es más un criterio metodológico para la recopilación de datos e investigaciones empíricas, que no implica una falta de sensibilidad hacia los casos que, por fortuna, no alcanzan esta cifra. A este respecto, GRENE-COLOZZI y SILVA[15] proponen tres tipologías para los casos en los que no se alcanzó la cifra mínima de cuatro víctimas mortales. En primer lugar, el «intento de tiroteo masivo», cuando los perpetradores asesinaron a víctimas, pero estas no alcanzaron el umbral de cuatro. En segundo lugar, el «tiroteo masivo fallido», cuando no hubo víctimas mortales ni heridos. Finalmente, el «tiroteo masivo frustrado», cuando los perpetradores no superaron la fase de planificación de las masacres y fueron detenidos antes.

En todos estos casos existe la intención de matar a un gran número de personas, sin embargo, por diversas circunstancias, como la falta de habilidad con las armas de fuego o la intervención policial[16], no se logra el objetivo previamente planificado.

3. TIROTEOS MASIVOS ALREDEDOR DEL MUNDO: ¿UN PROBLEMA EXCLUSIVO DE ESTADOS UNIDOS?

A raíz de la masacre ocurrida en la escuela de Uvalde (Texas, Estados Unidos) en 2022, el presidente en ejercicio, Barack Obama, se preguntó por qué los tiroteos masivos no ocurren en otros países[17]. En esta tragedia el autor, un exalumno de 18 años de la Robb High School de Uvalde, mató a 21 personas, entre ellos alumnos y pro-

15 GREENE-COLOZZI, E. A., SILVA, J. R., "Mass outcome or mass intent? A proposal for an intent-focused, no-minimum casualty count definition of public mass shooting incidents", *Journal of Mass Violence Research*, 2022, p. 27 a 41.

16 DE SANTIAGO HERRERO, F. J., SANCHEZ-GIL, L. M, *Análisis conductual del delito y perfilación criminal*, Ratio Legis Ediciones, 2018.

17 FACT CHECK: OBAMA CLAIM THAT «I SAY THIS EVERY TIME WE'VE GOT ONE OF THESE MASS SHOOTINGS; THIS JUST DOESN'T HAPPEN IN OTHER COUNTRIES». The Washington Post. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/12/01/fact-check-obama-claim-that-i-say-this-every-time-weve-got-one-of-these-mass-shootings-this-just-doesnt-happen-in-other-countries/> (Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2025).

fesores de la escuela, y posteriormente se suicidó[18]. Sobre el discurso del presidente, no se corresponde con los hechos: los tiroteos masivos son un fenómeno global y es posible encontrar datos científicos al respecto. Es cierto que el hiperenfoque de estas tragedias en este país norteamericano transmite la falsa idea de exclusividad[19].

En ese sentido: ¿qué dice la doctrina científica sobre estos eventos fuera de Estados Unidos? SILVA[20] menciona que las primeras investigaciones sobre los tiroteos masivos realizadas a nivel mundial surgieron con los tiroteos escolares, mediante la recopilación de casos en países que habían registrado estos eventos. En este contexto, destaca el trabajo de LARKIN[21], que recopiló las masacres escolares con armas de fuego en Estados Unidos y en otros países tras el incidente de la escuela Columbine en 1999 en el estado del Colorado[22]. El objetivo de este autor fue canalizar la influencia de este ataque en los sucesos posteriores. En ese sentido, fuera de Estados Unidos y después de 1999, LARKIN encontró incidentes en Canadá, Suecia, Alemania, Bosnia, Australia, Argentina y Finlandia.

En la misma línea de extender el análisis de esta violencia a otros ámbitos geográficos y centrándose en los ocurridos en espacios educativos, LINDGREE[23] recogió una muestra de 17 incidentes de tiroteos escolares que incluían países como Brasil, China, Finlandia, Grecia, España y Alemania. Este autor también tomó como «telón de fondo» el suceso de Columbine para examinar cómo influenció como subcultura que alimentó otras.

A continuación, incluyendo, pero sin limitarse a los tiroteos masivos en las escuelas, a través de una metodología cualitativa de estudio de casos SCHILDKRAUT y JAYMI ELSASS[24] investigaron dichos sucesos en otros países de América del Norte, América Central, Europa, Asia, Oriente Medio y América del Sur. Desde una

18 WHAT WE KNOW ABOUT THE VICTIMS OF THE UVALDE SHOOTING. The New York Times. Disponible en: <https://www.nytimes.com/article/uvalde-shooting-victims.html?searchResultPosition=21> (Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2025).

19 Esta afirmación se ve corroborada por estudios que señalan que los tiroteos masivos en Estados Unidos son más noticiables, especialmente los que se producen en centros educativos. A este respecto, véase: SILVA, J. R., CAPELLAN, J. A., "The media's coverage of mass public shootings in America: fifty years of newsworthiness", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice,* 2019, p. 77 a 97.

20 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.,* p. 1 a 24.

21 LARKIN, R. W., "The Columbine legacy: Rampage shootings as political acts", en, *American Behavioural Scientist,* 2009, p. 1309 a 1326.

22 El incidente ocurrido en el instituto Columbine en 1999 fue perpetrado por dos estudiantes que idearon y planearon conjuntamente la acción. El día del ataque, irrumpieron en el centro con armas de fuego y bombas caseras y causaron la muerte de trece personas, tras lo cual se suicidaron cuando la policía llegó al lugar.

23 LINDGREN, S. A., "School shootings in seven countries: Testing and developing the theory of five necessary conditions", Égalité, 2017, p. 1 a 32.

24 SCHILDKRAUT, J.; JAYMI ELSASS, J., "Mass shooting: Media, myths, and realities", *Op. cit.*

perspectiva global y con una metodología empírica, SILVA[25] examinó los tiroteos ocurridos en países desarrollados y en vías de desarrollo entre 1988 y 2019 para compararlos con los de Estados Unidos[26]. Las principales conclusiones del autor muestran que la mitad de los países desarrollados no han registrado ni un solo tiroteo masivo en los últimos 22 años, mientras que sólo cinco han registrado más de dos incidentes. Por otra parte, Estados Unidos es el único país que contabiliza un tiroteo masivo al año.

Ahora bien, de estos estudios es posible extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la afirmación de que los tiroteos masivos son un problema de alcance mundial, no exclusivo de Estados Unidos, es un hecho basado en evidencias. En segundo lugar, Estados Unidos ocupa el primer lugar en cuanto al número de incidentes en todo el mundo. Para ADAN LANKFORD[27], profesor de criminología de la Universidad de Albama, que también es autor de estudios empíricos que comparan Estados Unidos con otros territorios, no hay violencia más estadounidense que los tiroteos masivos. En tercer lugar, la escasa prevalencia de este tipo de violencia en otras partes del mundo no significa que no sea posible analizarlos.

Partiendo de estos argumentos, este estudio analiza los casos de tiroteos masivos ocurridos en América Latina. Es cierto que esta región se enfrenta a problemas epidémicos de violencia con armas de fuego, incluidos los que han llevado al asesinato masivo de varias personas en un solo acto. Sin embargo, como se explicó, el concepto de tiroteos masivos utilizado en este estudio se refiere a formas específicas de violencia y no abarca toda la violencia con armas de fuego. Basándose en esta definición, países latinoamericanos como Brasil y Argentina aparecen en estudios de tiroteos masivos en entornos escolares desde una perspectiva ajena a Estados Unidos. Estos estudios incluyen las referencias mencionadas en los párrafos anteriores, además de otros, como el de PETER LANGMAN[28], que analiza el fenómeno de la imitación (copycat effect) tomando ejemplos de casos brasileños.

---

25 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.,* p. 1 a 24.

26 Para llevar a cabo esta tarea, el autor siguió las directrices de la ONU, que clasifican los países en tres categorías: economías desarrolladas, economías en transición y economías en desarrollo. Las economías en transición y en desarrollo se codificaron en una única variable.

27 ADAM LANKFORD es también autor de otros estudios sobre tiroteos masivos desde una perspectiva global y mediante un análisis comparativo con Estados Unidos. Entre sus estudios más importantes se encuentra el siguiente: LANKFORD, A., "Public mass shooters and firearms: A cross-national study of 171 countries", *Violence and Victims*, 2016, p. 187 a 199.

28 Los casos brasileños a los que se refiere PETER LANGMAN tuvieron lugar en 2003 y 2011, ambos en centros educativos, perpetrados por antiguos alumnos, con el suicidio de estos como desenlace. Según el autor, el caso de 2011, ocurrido en el estado de Río de Janeiro y que forma parte de la muestra de este estudio, menciona al tirador de la escuela brasileña de 2003, que tuvo lugar en el estado de Sao Paulo, así como a otros autores de violencia extrema en escuelas, como fuentes de inspiración. Dicha mención figuraba en los materiales preparados por el agresor antes del ataque. Para encontrar estas evidencias, véase: LANGMAN, P., "Different types of role model influence and fame seeking among mass killers and copycat offenders", *The American Behavioral Scientist,* 62(2), 2018, p. 210 a 228.

Es decir, cuando los perpetradores reproducen masacres anteriores, normalmente aquellas que obtuvieron una gran repercusión mediática[29].

En esta misma línea, cabe destacar el importante informe del Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz[30], que analiza en profundidad los casos de violencia con armas de fuego en escuelas de América Latina y el Caribe. Los casos se notifican en los siguientes países: Argentina, México, Brasil, Perú, Guatemala, Panamá, Venezuela, Honduras, Costa Rica, Chile, Ecuador, República Dominicana, Belice, Colombia, Paraguay, Bahamas, Jamaica y Uruguay[31]. El término «tiroteo masivo» por veces aparece en dicho documento, sin embargo, el número mínimo de víctimas mortales no se presenta como un criterio metodológico.

A pesar de la relevancia de este trabajo, SILVA[32] afirma que los tiroteos masivos ocurren en entornos militares y policiales en áreas geográficas como América Latina. Esto sugiere que los entornos educativos no son los únicos lugares que registran esta violencia en ese territorio.

4. ENFOQUE METODOLÓGICO

4.1. Proceso de extracción y selección de datos

El objetivo de este estudio es analizar los aspectos relacionados con las violencias de los tiroteos masivos, para lo cual se ha elaborado una guía metodológica en función de determinadas variables referentes a los perpetradores y las características de los sucesos. Los casos analizados provienen del área geográfica de América Latina y fueron extraídos de la base de datos de SILVA[33]. Para recolectar información

29 Para más información sobre el concepto de efecto imitación (copycat effect), consulte: DE ANDRADE MELO, H., SILVA, J. R, SÁNCHEZ GIL, L. M., "Tiroteos en masa y efecto imitador Prevalencia global fuera de los Estados Unidos (1999-2022)", *Boletín Criminológico*, (32), 2025, p. 1 a 26.

30 CENTRO REGIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PAZ, *Op. cit.*, p. 01-132.

31 En definitiva, este trabajo examina la violencia armada en el ámbito escolar manifestada a través de agresiones, amenazas, acoso, intimidación, robo, extorsión, actividades de pandillas y discriminación. Los casos se examinan dentro de tres categorías: 1. «Hallazgos», cuando se encontraron armas de fuego (y munición) en el interior de un centro escolar y no se pudo atribuir su propiedad a una persona concreta. 2. «Posesión», cuando se llevaba un arma de fuego en el interior del centro escolar o se encontraba entre las pertenencias de una persona, como una mochila, una taquilla o pegada al cuerpo. 3. «Uso», cuando se produjeron incidentes en los que se efectuaron disparos en el interior de los centros escolares, así como situaciones en las que se utilizaron armas de fuego para amenazar, intimidar o robar. Como resultado, se encontró que el 6 % de los casos examinados fueron hallazgos (n = 7), el 52 % portación (n = 64) y el 44 % uso (n = 51). En total, fueron examinados 122 incidentes.

32 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.*, p. 1 a 24.

33 SILVA, J. R, "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.*, p. 1 a 24.

adicional no incluida en esta base de datos, se utilizaron fuentes abiertas, como material periodístico, notas de suicidio previamente elaboradas por los perpetradores, artículos, libros, recursos metodológicos comunes en investigaciones sobre violencias extremas[34].

El intervalo de recogida de datos fue de 1999 a 2022. Se decidió recopilar los incidentes ocurridos después de 1999, históricamente referenciado por el atentado del instituto Columbine. Para los expertos, el comienzo de esta década supuso un punto de inflexión en la medida en que este tipo de delitos comenzó a globalizarse, etapa que coincide con la llegada de Internet y los avances en los medios de comunicación[35].

El primero de estos hechos registrado en América Latina tuvo lugar en el año 2000. Por otro lado, el año 2022 marca las etapas iniciales de este estudio. En ese sentido, el período de análisis se centró en los años 2000 a 2022[36].El estudio finalizó con una muestra de 10 casos en América Latina dentro del período establecido (2000-2022). A continuación, se describen las variables y los nombres de los países estudiados.

4.2. Variables asociadas a los tiroteos masivos

Con el fin de elaborar una hoja de ruta metodológica para orientar el estudio de los tiroteos masivos, se crearon ocho bloques de variables. Éstas, se tomaron de estudios previos sobre este tipo de violencia que mostraban cierto grado de asociación.

El *primer bloque*, analiza la zona geográfica en la que tuvieron lugar las masacres, con los nombres de los países y la fecha en que se produjeron.

El *segundo bloque*, abarca el perfil de los autores, con datos demográficos sobre edad, estado civil y situación laboral. También incluye si los autores tenían antecedentes militares y penales antes de cometer los actos violentos.

El *tercer bloque*, analiza las motivaciones, es decir, las razones que los llevaron a perpetrar dichos actos violentos y se dividen en cuatro categorías: 1. motivaciones basadas en el género, cuando el motivo de los ataques incluía a mujeres concretas (como novias, esposas o parejas) o grupos de mujeres (como intención principal) con las que el perpetrador podía tener algún tipo de vínculo[37]; 2. conflicto

34 CHEMARK, M. S., FREILICH, J. D., GREENE-COLOZZI, E. A., KLEIN, B. R, "Open-Source Research in Criminology and Criminal Justice",*Annual Review of criminology*, 2024, p. 141 a 170.

35 PETERSON, J. K. DENSLEY, J. A., *The violence project: How to stop a mass shooting epidemic*, United States, Abrams Press, 2021.

36 La definición de tiroteo masivo adoptada para la selección de casos latinoamericanos sigue la misma definición utilizada en la sección teórica: incidentes en espacios públicos con un mínimo de cuatro víctimas mortales, perpetrados en un período de 24 horas y en un solo acto. Para ello, véase epígrafe 2 "concepto de tiroteo masivo (*Mass Shooting*)".

37 SILVA, J. R., CAPELLAN, J. A., SCHMUHL, M. A., MILLS, C. E. "Gender-based mass shootings:

laboral, cuando los tiroteos fueron el resultado de disputas interpersonales en el trabajo, como despidos involuntarios o tensiones económicas[38]; 3. búsqueda de fama, cuando el objetivo de los autores era ganar fama y generar un espectáculo mediático a través de los asesinatos[39]; 4. motivación ideológica, cuando la simpatía por una cosmovisión o movimiento extremista (nacionalismo blanco, discurso antiinmigración, intolerancia religiosa, etc.) fue el motivo para apretar el gatillo[40].

El *cuarto bloque*, recoge variables sobre las armas de fuego. Se comprobó si el ofensor utilizó más de un arma de fuego en el ataque, así como el origen de las armas de fuego, es decir, si se obtuvieron legal o ilegalmente. Así como, si además de las armas de fuego había armas blancas.

En el *quinto bloque*, se analizan los lugares públicos del incidente, divididos en zonas comerciales, zonas educativas (escuelas y universidades), zonas de culto (espacios religiosos) y zonas de trabajo y al aire libre.

Por último, el *sexto bloque* analiza cómo terminaron las tragedias desde la perspectiva de los autores, con tres posibles conclusiones: suicidio, muerte a manos de terceros y encarcelamiento.

4.3. Análisis

Sobre la operacionalización de las variables con los casos examinados, debido al tamaño de la muestra (10 casos), no es posible ofrecer un análisis estadístico avanzado. En su lugar, este artículo utiliza estadísticas descriptivas para esbozar los tiroteos masivos en América Latina. Las variables se han analizado en forma binaria para presencia y ausencia, además se añadió datos cualitativos que aparecen en la narración de los resultados.

5. RESULTADOS DEL MATERIAL EMPÍRICO: EXAMEN DE LOS TIROTEOS MASIVOS EN AMÉRICA LATINA

De los 23 países que componen América Latina, sólo cuatro cumplían los criterios de inclusión relativos a la presencia de tiroteos masivos (véase la sección uno y la sección de metodología): El Salvador (1); Colombia (3), Argentina (1), México (1) y Brasil (4). El proceso de cotejo de datos identificó un total de 10 sucesos (N = 10) entre 2000 y 2022. De ellos, sólo en 2 intervinieron copartícipes.

---

an examination of attacks motivated by grievances against women", *Op. cit.*, p. 2163 a 2186.

38 PETERSON, J. K., DENSLEY, J. A., *The violence project: How to stop a mass shooting epidemic. United States*, op. cit.

39 SILVA, J. R., LANKFORD, A., "The globalization of American mass shootings? An assessment of fame-seeking perpetrators and their influence worldwide", *Op. cit.*, p. 119 a 142.

40 SILVA, J. R., "Public mass shootings in developed countries: uncovering stability and change at the turn of the century", *Global Crime*, 2023b, p. 26 a 49.

Estos datos pueden estudiarse con más detalle en la Tabla 1 que describe los años de los atentados, el país en el que se produjeron y si hubo o no un copartícipe.

Tabla 1. Tiroteos masivos en América Latina, 2000-2022 (N = 10)

Año	Nombre del Incidente	País	Copartícipes
2000	Tiroteo de Pasaquina	El Salvador	No
2000	Tiroteo en la discoteca Reminiscencias	Colombia	No
2004	Tiroteo en la escuela de Carmen de Patagones	Argentina	No
2005	Tiroteo en el Batallón de Boyacá	Colombia	No
2005	Tiroteo en la Ciudad de México	México	No
2007	Tiroteo en *Balsillas* (Caquetá)	Colombia	Sí
2011	Tiroteo en la escuela del Realengo	Brasil	No
2018	Tiroteo en la Catedral de Campinas	Brasil	No
2019	Tiroteo en la escuela Profesor Raúl Brasil	Brasil	Sí
2022	Tiroteo en la escuela Aracruz	Brasil	No

Nota: *El material de fuente abierta consultada, indica que el tiroteo en la escuela de Carmen de Patagones (Argentina) en 2004 se saldó con tres muertos. Sin embargo, debido al hecho de que este caso marca el primer tiroteo en una escuela en América Latina en el período de este estudio, optamos por añadirlo a la muestra.*

Los nombres de los incidentes son indicativos y servirán de guía para las secciones siguientes[41].

5.1. Características demográficas y antecedentes penales

La Tabla 2 presenta las características demográficas de los agresores, incluidos los antecedentes penales y la experiencia militar. A este respecto, el 100% (n=12) de los agresores eran hombres. La edad media fue de 25,9 años. En cuanto al estado civil, la mayor prevalencia fue la soltería con un 92% (n=11). Por otro lado, sobre la situación laboral, la mayoría de los perpetradores estaban trabajando en el momento de las masacres con un 58% (n=7).

41 Las identidades de los perpetradores de los tiroteos han sido restringidas a efectos de acceso de los investigadores de este estudio, respetando el movimiento «no notoriedad». Este movimiento, surgió tras el tiroteo masivo ocurrido en 2012 en un cine de Aurora (Colorado, Estados Unidos). En aquel momento, los padres de una de las víctimas mortales pidieron «no notoriedad» para el asesino, sino más atención para las víctimas y los supervivientes. A este respecto, véase: LANKFORD, A., MADFIS, E., "Don't name them, don't show them, but report everything else: A pragmatic proposal for denying mass killers the attention they seek and deterring future offenders", *American Behavioral Scientist,* 2018, p. 260 a 279.

Tabla 2. Datos demográficos y antecedentes de los perpetradores (N = 12)

Variable	*N*	%
Sexo (Masculino)	12	100%
Edad		
<18	3	25%
18-24	3	25%
25-39	5	42%
>39	1	8%
Estado civil		
Soltero	11	92%
En una relación o casado	1	8%
Situación laboral		
Desempleado	2	17%
Empleado	7	58%
Estudiante	3	25%
Historial militar o policial	5	42%
Antecedentes penales	3	25%

La prevalencia del historial militar y la existencia de antecedentes penales se situó por debajo del 50% para ambas variables. En el ámbito militar o policial, destacan el perpetrador del tiroteo de Pasaquina (El Salvador) en 2000, el del tiroteo del Batallón Boyacá (Colombia) en 2005 y los del tiroteo de Balsillas (Colombia) en 2007. En cuanto a los antecedentes penales, se menciona el caso del perpetrador del tiroteo en la discoteca Reminiscencias (Colombia), en 2005, que formaba parte de una banda dedicada al robo de coches. Asimismo, el autor estaba relacionado con otros delitos en la ciudad de Bogotá[42]. Por último, el autor del tiroteo en Ciudad de México en 2005 asesinó a su cuñado y logró huir durante años sin recibir condenas[43].

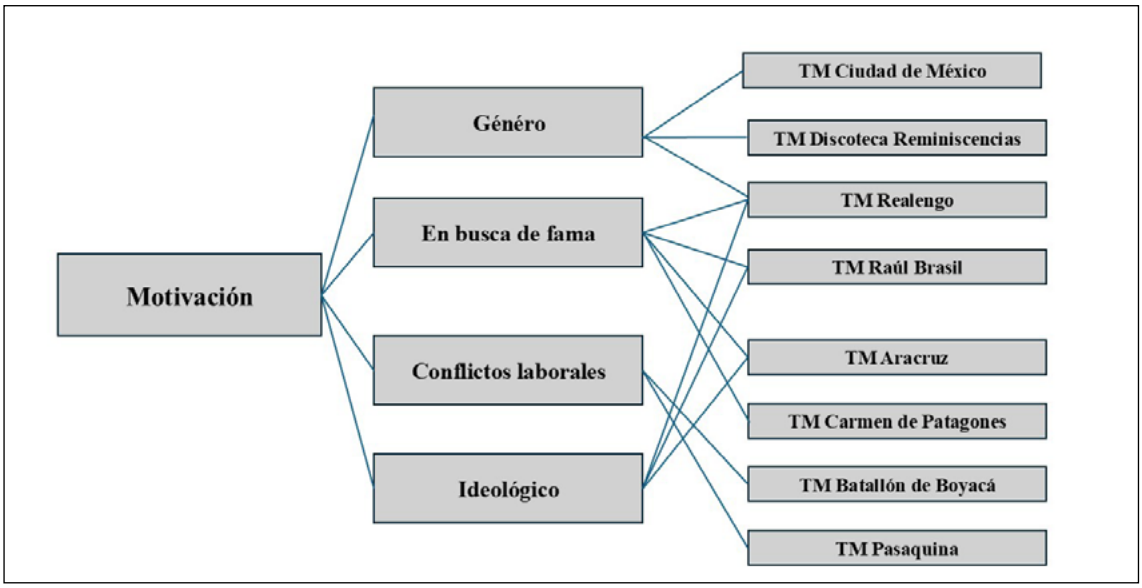
5.2. Motivaciones

La figura 1 ilustra las variables motivacionales en juego en este estudio, basándose en los casos de tiroteos masivos en América Latina. Tal y como se observa en la figura, un mismo tirador puede haber estado influido por más de una variable.

42 ONCE MUERTOS EN DISCOTECA DE BOGOTÁ. BBC News. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/804343.stm (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

43 DNOCHE DE PÁNICO EM SAN JERÓNIMO, CUANDO EL JUNIOR BAJÓ GRITANDO Y TIRANDO BALAZOS. El Sur Periódico de Guerrero. Disponible en: https://suracapulco.mx/impreso/justicia/noche-de-panico-en-san-jeronimo-cuando-el-junior-bajo-gritando-y-tirando-balazos/ (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

Figura 1. Motivación de los tiroteos masivos en América Latina, 2000-2022



Nota: El acrónimo TM significa «tiroteo masivo». Los tiroteos en Balsillas (Caquetá) y en la Catedral de Campinas no se asociaron a ninguna de las variables consideradas. Con la referencia de otras bibliografías que analizan la motivación de estas violencias otros, podrían incluirse en la variable «desconocida», es decir cuando el motivo no se encuentra identificado.

La búsqueda de fama representó el primer lugar con el 42% (n = 5) de los perpetradores. Como evidencia de que el afán era la notoriedad, los autores del ataque a la escuela Raúl Brasil (Brasil) en 2019 dejaron varias fotos alusivas a lo que planificaban realizar, como una foto en la que aparecían portando un arma en posición de disparo, además vistiendo la misma ropa que llevarían días después en el momento del ataque[44].

El autor de Realengo (Brasil), en 2011, preparó intencionadamente manifiestos y fotos como huella de lo que dejaría tras su muerte. En consonancia con el concepto de efecto imitador –rasgo importante entre los perpetradores que buscan la fama[45]–, este autor se refirió al tirador de la masacre de Virginia Tech (Estados Unidos) en 2007 como «un hermano»[46]. Entre las fotos recuperadas, dos mostra-

44 ATIRADORES SÃO IDENTIFICADOS: SÃO EX-ALUNOS E TÊM 17 E 25 ANOS. Folha PE. Disponible en: https://web.archive.org/web/20190318060401/https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/ataque-em-suzano/2019/03/13/NWS,98720,70,1407,NOTICIAS,2190-ATIRADORES-SAO-IDENTIFICADOS-SAO-ALUNOS-TEM-ANOS.aspx (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

45 A pesar de la estrecha relación entre la motivación «en busca de fama» y el «efecto imitación», no todos los asesinos en masa que matan para alcanzar la notoriedad utilizan el rasgo copycat en su *modus operandi*. Para más información, consulte la siguiente bibliografía: DE ANDRADE MELO, H., SILVA, J. R., SÁNCHEZ GIL, L. M., «Tiroteos en masa y efecto imitador. Prevalencia global fuera de los Estados Unidos (1999-2022)», *Op. cit.*, p. 1-26.

46 LANGMAN, P., "Different types of role model influence and fame seeking among mass killers and copycat offenders", *The American Behavioral Scientist, Op. cit.*, p. 210 a 228.

ban poses similares a las del citado atacante de Virginia. Los tiradores de Carmen de Patagón (2004) y Aracruz (2022), también dejaron rastros que indicaban que la inspiración de su violencia procedía del ataque de Columbine en 1999.

Las causas ideológicas implicaron al 33 % (n = 3) de la muestra. El autor de la masacre de Realengo (Brasil) en 2011 se convirtió al islam, comenzó a asistir a una mezquita en el centro de Río de Janeiro y pasó a leer el Corán cuatro horas al día[47]. Entre las cartas y documentos dejados antes de la masacre, hacía referencia a aspectos religiosos que justificaban su acción: «Me di cuenta de que había que hacer algo contra estos cobardes», «todos necesitan saber que hay hermanos dispuestos a matar y morir en su defensa» y «necesito la visita de un fiel seguidor de Dios en mi tumba al menos una vez». Los autores del ataque a la escuela Raúl Brasil (Brasil) en 2019 presuntamente intercambiaron mensajes con representantes del foro radical Dogolachan, un grupo de la «deep web» no indexado y difícil de rastrear donde circulan discursos de odio y contenidos extremistas[48]. En los archivos personales del perpetrador de Aracruz (Brasil) se halló una esvástica nazi, símbolo de las doctrinas neonazis[49].

Por otro lado, el 27 % (n = 3) de los casos estuvieron motivados por el género. En el tirador de la Ciudad de México en 2005, disparó intencionadamente a su esposa antes de cobrarse más víctimas[50]. El perpetrador del club nocturno Reminiscencias (Colombia), en 2000, empezó a disparar al azar tras enfadarse porque una joven se había negado a bailar con uno de sus compañeros[51]. Por último, la investigación retrospectiva de la masacre de Realengo (Brasil), en 2011, concluyó que los disparos se efectuaron especialmente contra las adolescentes. Según uno de los testigos supervivientes, el autor disparaba a las chicas para matarlas y a los chicos para herirlos, apuntando a sus brazos o piernas[52]. De las doce víctimas mortales, diez eran mujeres. Todas las víctimas tenían entre 13 y 16 años.

---

47 MANUSCRITOS DE ATIRADOR MOSTRAM FIXAÇÃO POR TERRORISMO. Disponible en: https://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/manuscritos-de-atirador-mostram-fixacao-por-terrorismo.html (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

48 MP INVESTIGA PAPEL DE GRUPOS RADICAIS DA INTERNET NO ATAQUE EM SUZANO. Ep país. Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/15/politica/1552684730_810514.html (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

49 ATAQUES A ESCOLAS: JUIZ DÁ DETALHES DO DEPOIMENTO DE MENOR QUE MATOU 4 PESSOAS. Folha de Vitória. Disponible en: <https://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/01/2023/ataques-a-escolas-juiz-detalhes-depoimento-adolescente-que-matou-4-pessoas> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

50 EXSOLDADO MATA A 10 PERSONAS EM UNA MASSACRE EN MÉXICO. Disponible en: <https://www.taipeitimes.com/News/world/archives/2005/08/02/2003266113> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

51 ONCE MUERTOS EN DISCOTECA DE BOGOTÁ. BBC News. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/804343.stm> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

52 "ELE ATIRAVA NAS MENINAS PARA MATAR', DIZ ALUNO QUE SOBREVIVEU A ATAQUE". Disponible en: <https://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/ele-atirava-nas-meninas-para-matar-diz-aluno-que-sobreviveu-ataque.html> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

Los conflictos laborales aparecieron como motivo en el 17 % de los casos (n = 2). En el tiroteo de Pasaquina (El Salvador, 2000), el autor era un agente de la Policía Nacional Civil y atacó a sus compañeros. En el caso del Batallón de Boyacá (2005), el móvil fueron las desavenencias con compañeros de trabajo, un conflicto que llevó al tirador a disparar al azar durante una madrugada en la habitación donde dormían[53].

5.3. Ubicación del incidente

La Tabla 5 desglosa las variables según el lugar principal de los hechos, es decir, aquellos en los que se registró el mayor número de víctimas mortales, teniendo en cuenta que el autor puede haberse desplazado a otros lugares. Se desglosan además los nombres de los tiroteos asociados a cada una de las variables.

La variable educación fue la que presentó la mayor frecuencia, con un 50% (n = 5). Es preciso añadir que el tiroteo en la escuela de Balsillas (2007) se produjo en un momento en que la institución no se utilizaba con fines escolares. Había una actividad festiva y la mayoría de los participantes eran adultos. Tras un desacuerdo con una de las personas encargadas de organizar la fiesta, los autores, que eran militares y que en ese momento iban armados, empezaron a disparar. En los demás ataques contra escuelas, los perpetradores eran alumnos y antiguos alumnos de las instituciones. Además, los ataques se produjeron en horario escolar y las víctimas fueron alumnos y profesores.

Tabla 5. Ubicación del incidente (N = 10)

Ubicación principal	*N*	%	Nombre del tiroteo
Comercio	1	10%	TM discoteca Reminiscencias.
Educación	5	50%	TM Carmen de Patagones; *TM TM Balsillas* (Caquetá): TM Realengo; TM Profesor Raúl Brasil; TM Aracruz.
Casa de culto	1	10%	TM Catedral de Campinas.
Lugar de trabajo	2	20%	TM Pasaquina; TM Batallón de Boyacá.
Al aire libre	1	10%	TM Ciudad de México.

Nota: Las siglas TM significan "Tiroteo Masivo". La sigla TM significa «tiroteo masivo». Estas variables no operan como excluyentes, por lo que su sumatorio supera el 100%.

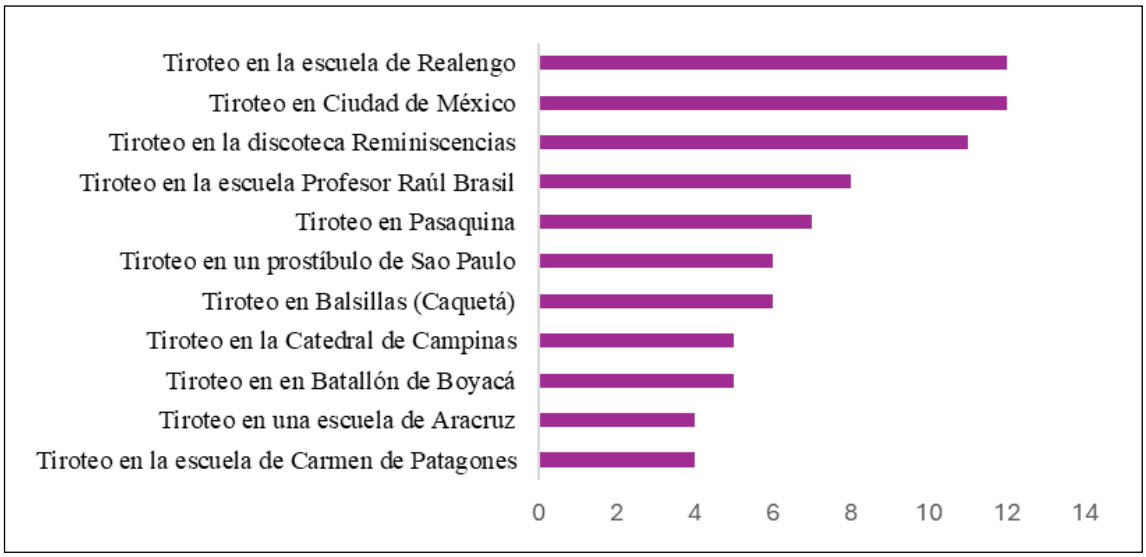
En cuanto a los valores mínimos registrados con un 10 % (n = 1), el tiroteo ocurrido en la discoteca Reminiscencias (Colombia) en 2000 se interpreta como tal, ya que se trataba de un establecimiento comercial. El «lugar de culto» incluye el tiroteo en la catedral de Campinas (Brasil) en 2022, ya que tuvo lugar en una institución religiosa. Por último, el caso de Ciudad de México en 2005, con la localización al aire libre, se debe a que, tras matar a su mujer, salió a la calle frente a su casa y comenzó a disparar al azar.

53 DESTITUIDOS MILITARES RESPONSABLES DE LA MASACRE DE BALSILLAS. El tiempo. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10869185> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

5.4. Fallecimientos

La Figura 2 ilustra el número total de fallecimientos por cada una de las masacres analizadas.Los tiroteos de Realengo (Brasil) y Ciudad de México (México) fueron los más letales (n = 12). A continuación, se siguió los ataques en la discoteca Reminiscencia (Colombia) (n = 11), la escuela Raúl Brasil (Brasil) (n = 8) y el tiroteo de Pasaquina (n = 7). El número de víctimas mortales del incidente de la Catedral de Campinas (Brasil) coincidió con el tiroteo en el Batallón Boyacá (Colombia) (n = 5). Finalmente, los tiroteos en la Escuela Aracruz (Brasil) y Carmen de Patagones (Argentina) muestran el número mínimo de víctimas mortales (n = 4), según la definición de tiroteos masivos adoptada en este estudio. En función de estos datos se concluye que, entre 2000 y 2022, un total de 52 personas perdieron la vida en tiroteos masivos en América Latina.

Figura 2. Número de muertes por tiroteos masivos en América Latina, 2000-2022



5.5. Armas utilizadas y desenlace de los hechos

La Tabla 4 presenta las variables sobre armas de fuego, que se desglosaron según su origen: legales, ilegales o de propiedad de terceros[54]. Además, se analizó si los perpetradores añadieron armas blancas.

54 La clasificación de las armas de fuego como «legales, ilegales o propiedad de terceros» se basa en otros estudios y bases de datos sobre tiroteos masivos que, a su vez, han adoptado estos criterios. Por ejemplo: THE VIOLENCE PROJECT DATABASE OF MASS SHOOTINGS IN THE UNITED STATES, 1966–2023 (VERSION 8). Disponible en: https://www.theviolenceproject.org/ (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).Y también el trabajo de SILVA, referencia crucial en este estudio: SILVA, J. R, "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.*, p. 1 a 24. Entre los diversos objetivos que implica conocer la procedencia de estas herramientas se destacan el control, la responsabilidad tanto individual

Tabla 4. Armas de fuego y otras armas (N = 10)

Variable	N	%	Nombre del tiroteo
Arma de fuego			
Legal	3	30%	TM Pasaquina; TM Batallón de Boyacá; TM Balsillas.
Ilegal	5	50%	TM Reminiscencias; TM Ciudad de México; TM escuela Realengo; TM escuela Profesor Raúl Brasil; TM Catedral de Campinas.
De propiedad de terceros	2	20%	TM escuela Carmen de Patagones; TM Aracruz
Otras armas y equipos	2	30%	TM escuela Carmen de Patagones; TM Profesor Raúl Brasil

Nota. Las siglas TM significan "Tiroteo Masivo". La sigla TM significa «tiroteo masivo». Estas variables no operan como excluyentes, por lo que su sumatorio supera el 100%.

La mitad de los autores llegaron al lugar de los hechos portando armas ilegales (n = 5), mientras que todos los agresores con armas legales eran militares. De los que utilizaron armas de propiedad de terceros, con un total del 20% (n = 2), cabe destacar que éstas pertenecían a los padres de los autores, que eran miembros de las fuerzas armadas.Por último, las armas y equipos distintos de las armas de fuego estuvieron representadas por cuchillos, machetes y cócteles molotov.

5.6. Resolución del agresor

Esta variable explica cómo terminaron los tiroteos masivos desde el punto de vista del autor, con tres posibles resoluciones: encarcelamiento, muerte por un tercero y suicidio. Los resultados se desglosan en la Figura 2, acompañada del nombre de los tiroteos para cada tipo de variable.

Tabla 5. Desenlace de los hechos (N = 12)

Variable	N	%	Nombre del tiroteo
Detenidos	7	58%	TM Pasaquina; TM discoteca Reminiscencias; TM Carmen de Patagones; TM Balsillas; TM Aracruz.
Muertos por terceros	1	8%	TM Ciudad de México.
Suicidio	4	33%	TM escuela del Realengo; TM Catedral de Campinas; TM escuela profesor Raúl Brasil

Nota. Las siglas TM significan "Tiroteo Masivo". La sigla TM significa «tiroteo masivo». Estas variables no operan como excluyentes, por lo que su sumatorio supera el 100%.

El encarcelamiento fue la variable más prevalente en el desenlace de los hechos con un total del 53 % (n = 7). La totalidad de los casos que acabaron en suicidio con 33% (n = 4), tuvieron lugar en Brasil. Cabe señalar que los perpetradores de

como estatal, y la reflexión en torno a la prevención. De acuerdo con datos del THE VIOLENCE PROJECT, la mayoría de los tiradores masivos en Estados Unidos utilizarán armas de procedencia legal en sus actos violentos, algo que no es de sorprender, dado la facilidad de adquirirlas en este país.

Realengo (2011) y de la catedral de Campinas (2018) se suicidaron tras ser heridos por la policía. Por último, la muerte del agresor en Ciudad de México (que representa el 8% de los casos con un único suceso, n = 1) fue provocada por la sociedad civil. Tras recibir un disparo en el estómago por parte de la policía, el agresor fue atacado con palos y piedras hasta que murió.

6. DISCUSIÓN

Los tiroteos masivos son fenómenos difíciles de estudiar debido a su heterogeneidad. En este sentido, organizarlos en variables permite crear una hoja de ruta que ayuda a encajar las piezas de un complejo rompecabezas. Las variables elegidas en este estudio (que abarcaron el perfil de los perpetradores y las características de los sucesos), siguen un conjunto de investigaciones anteriores realizadas en Estados Unidos, país que está a la vanguardia en este ámbito, no sin razón, dada la elevada incidencia de casos en su territorio.

Es cierto que la aplicación de estas variables en contextos donde estas violencias son infrecuentes, como es el caso de América Latina, dificulta la elaboración de estadísticas avanzadas. A este respecto, cabe añadir que los primeros estudios empíricos sobre tiroteos masivos en Alemania, en la primera década de los años 2000, se caracterizaron por muestras reducidas. En esa época, los expertos estaban preocupados en comprender un estilo de violencia que avanzaba en el país y que carecía de un análisis territorial[55].

La elección de América Latina como territorio para estudiar esta forma de violencia sigue una dirección similar. En otras palabras, la intención de recopilar casos que otras referencias ya habían puesto de manifiesto y, en consecuencia, ofrecer un análisis de estos basado en la bibliografía de referencia de los tiroteos masivos. Al mismo tiempo, desmentir el rumor de que estas violencias son exclusivos de Estados Unidos, al aportar datos empíricos que demuestran su presencia en otras partes del mundo y en un área geográfica poco explorada en la investigación sobre el tema.

En cuanto a los análisis de los datos de cada grupo de variables, la presencia de un único autor apareció en un ochenta por ciento de los crímenes. En definitiva, los tiroteos masivos se llevan a cabo en solitario. Según los datos de THE VIOLENCE PROJECT, la mayor base de datos hasta la fecha sobre los tiroteos masivos en Estados Unidos, revelan que solo cuatro incidentes fueron perpetrados con la presencia de coautores, de un total de ciento noventa y cinco ataques en el país entre 1966 y 2023[56]. La perpetración conjunta de un tiroteo masivo dependerá, entre otros aspectos, de la intención de los autores. En el caso de la escuela Suzano

55 HOFFMANN, J., ROSHDI, K. Y ROBERTZ, F., "Zielgerichtete schwere Gewalt und Amok an Schulen: Eine empirische Studie zur Prävention schwerer Gewalttaten", *Kriminalistik*, 2009, p. 196 a 204.

56 THE VIOLENCE PROJECT DATABASE OF MASS SHOOTINGS IN THE UNITED STATES, 1966–2023 (VERSION 8), *Op. cit.*

(Brasil), en 2019, los autores pretendían imitar el ataque del instituto Columbine. Según la investigación policial, en la organización del ataque brasileño, participó una tercera persona que no estuvo presente el día de los hechos, pues la intención era asemejarlo más a la mencionada tragedia estadounidense[57].

El sexo masculino fue un factor determinante. Son muchos los estudios que describen estos actos como mayoritariamente asociados a este sexo[58]. Teorías como la de la masculinidad hegemónica explican por qué hay más hombres que mujeres responsables tanto por homicidios en masa como por otros tipos de crímenes[59]. Esto demuestra la importancia de cuidar la salud mental de este colectivo, así como de adoptar medidas para combatir las conductas de masculinidad tóxica y evitar que se cronifiquen y evolucionen hacia la violencia extrema.

A partir del análisis de los datos sociodemográficos, se puede concluir también que los perpetradores eran mayoritariamente jóvenes y estaban trabajando en el momento del ataque. Los resultados sobre la variable de experiencia militar o policial corroboraron lo afirmado por SILVA[60], quien señaló que los tiroteos masivos en áreas geográficas como las estudiadas involucraban este tipo de perfil. A este respecto, PETERSON, DENSLEY Y MOLDENHAUER destacan que la formación militar hace hincapié en la disciplina y la seguridad nacional, pero también enseña a utilizar armas de fuego[61]. En consonancia con estos hallazgos, todos los perpetradores de este estudio que poseían dicha experiencia atacaron durante su turno de servicio.

Finalmente, en respecto con los resultados de la variable «antecedentes penales», cabe señalar que el autor del tiroteo de Pasaquina (El Salvador) en 2000 siguió prestando servicio militar después de que se confirmaran sus antecedentes penales. Teniendo en cuenta el trabajo de SILVA ET AL.[62], que sugiere que las personas con antecedentes penales deberían ser privadas del derecho a portar armas, cabe preguntarse si no sería más adecuado garantizar que estas personas no desempe-

57 POLÍCIA CIVIL FINALIZA INQUÉRITO SOBRE ATIRADORES EM ESCOLA SUZANO. Agência Brasil. Disponível en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/policia-civil-finaliza-inquerito-sobre-atiradores-em-escola-de-suzano> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

58 La base de datos *The Violence Project*, dirigida por el sociólogo JAMES DENSLEY y la psicóloga JILLIAN PETERSON, señala que de los 193 tiroteos masivos ocurridos en Estados Unidos entre 1966 y 2023, solo cuatro fueron perpetrados por mujeres. A ello se suman los estudios de ADAM LANKFORD y JASON R. SILVA, citados en este artículo, que también constatan la supremacía masculina en los resultados de tiroteos masivos a escala mundial.

59 MORGAN, S., ALLISON, K., KLEIN, B. R., "Strained masculinity and mass shootings: toward a theoretically integrated approach to assessing the gender gap in mass Violence", *Homicide Studies*, 2022, p. 1 a 27.

60 SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", op. cit., p. 1 a 24.

61 PETERSON, J. K., DENSLEY, J. A., HAULF, M. MOLDENHAUER, J., "Epidemiology of mass shootings in the United States", *Annual Review of Clinical Psychology*, 2024, p. 125 a 148.

62 SILVA, J. R., CAPELLAN, J. A., SCHMUHL, M. A. Y MILLS, C. E., "Gender-based mass shootings: an examination of attacks motivated by grievances against women", op. cit., p. 2163 a 2186.

ñen trabajos que impliquen el uso de estas herramientas. Esta afirmación no implica criminalizar a las personas con antecedentes penales al ocupar un puesto de trabajo, sino que se trata de buscar estrategias que puedan ayudar en materia de prevención. De hecho, los resultados de investigaciones empíricas sobre políticas de justicia penal, por ejemplo, demuestran que medidas como la reinserción social del autor de un delito contribuyen a reducir el riesgo de reincidencia[63].

El bloque de variables sobre las motivaciones ofrece respuestas a las razones que subyacen a dichos ataques. En cuanto a la motivación de género, DE ANDRADE ET AL sugieren que los ataques contra mujeres o grupos específicos de mujeres en tiroteos masivos están más asociados a la violencia de género que los primeros[64]. De hecho, la ira contra una mujer específica o grupos de mujeres es lo que desencadena la intención de los agresores de apretar el gatillo. Desafortunadamente, las muertes de otras personas se deben a estar en el lugar equivocado en el momento equivocado, siendo las armas de fuego una herramienta que potencializa los disparos al azar. En este contexto, surge la hipótesis de que el caso ocurrido en la Ciudad de México, en 2005, podría calificarse como violencia de género. Antes de disparar al aire libre y asesinar a otras personas, el principal objetivo del agresor era su esposa. De igual manera, el suceso ocurrido en la discoteca Reminiscencias de Columbia en el año 2000, cuyo detonante de los disparos fue la insatisfacción del perpetrador tras haber sido rechazado por una chica.

La motivación por conflictos laborales, como su nombre indica, está relacionada con el entorno de trabajo. Esta es una de las causas más comunes de los tiroteos masivos en Estados Unidos, que se estudian bajo el concepto de «empleados descontentos»[65]. La incorporación de esta variable en este estudio se aproxima, una vez más, al trabajo de SILVA, quien sugiere que los tiroteos masivos que se producen en países que cuentan con regiones como América Latina tienen lugar en entornos militares[66]. Quedaba por descubrir si los autores de estos delitos tenían vínculos laborales con el lugar. A pesar del reducido número de casos, esta suposición se confirmó. Esta motivación invita a reflexionar sobre cómo los estados de tensión en el entorno laboral, algo confirmado por diversos estudios en el área de la psicología organizacional, pueden afectar a la salud mental y llevar a actos de violencia.

Si bien que la búsqueda de fama y la motivación ideológica son conceptos teóricos diferentes, ambos abren vías de análisis que dialogan entre sí. Muchos de los per-

63 A este respecto véase: DORADO, C. J., "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", *Anuario de derecho y ciencias penales*, 2012, p. 127 a 153.

64 DE ANDRADE MELO, H., JENARO RÍO, C., DE SANTIAGO HERRERO, F. J. y SÁNCHEZ GIL, L. M., "Tiroteos masivos y motivación: Análisis a partir del banco de datos The Violence Project (1966–2023)", *Op. cit.*, p. 1 a 24.

65 HOLMES, R. M., HOLMES, S. T., "Understanding mass murder: A starting point", *Federal Probation, Op. cit.*, p. 53 a 61.

66 A respecto de esta afirmación, véase también el epígrafe número tres sobre los tiroteos masivos alrededor del mundo, y, una vez más, la referencia: SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *Op. cit.*, p. 1 a 24.

petradores de este estudio que ansiaban la notoriedad seguían corrientes ideológicas extremistas y habían expresado su apoyo a ellas en manifiestos y archivos personales elaborados antes de las masacres. Estas motivaciones también revelan cómo los medios tecnológicos, como Internet y las redes sociales, pueden formar parte del *modus operandi* de los perpetradores a la hora de planificar y ejecutar los ataques. Como señalan PETERSON ET AL.[67], la preparación de vídeos y textos escritos antes del ataque es intencionada, con el objetivo de que lleguen a las plataformas digitales. Además, una vez publicados, se propagan como un virus y sirven de material de radicalización y autorradicalización entre aquellos que se identifican con estas formas de violencia, ya sea para resolver conflictos o por identificaciones perversas. En un contexto de aumento de los discursos extremistas que fomentan el odio contra grupos y poblaciones vulnerables y de nuevas tecnologías como las inteligencias artificiales que pueden utilizarse indebidamente, es previsible que los ataques bajo estas motivaciones aumenten en el futuro.

En cuanto a la ubicación de los hechos, la mayor prevalencia se dio en entornos educativos. Brasil fue el país con el mayor número de incidentes. Estos sucesos sitúan al país en una posición destacada en términos de frecuencia en comparación con sus vecinos latinoamericanos. Es cierto que el liderazgo de Brasil se debe a su gran extensión territorial y poblacional, el país más extenso de América Latina. Además, cabe destacar que los años siguientes a los de la muestra de este estudio – 2023 y 2024 –, dicho país estuvo marcado por sucesos de violencia masiva con y sin armas de fuego en entornos educativos. En vista de esta realidad, se adoptaron diversas estrategias para prevenir y comprender un tipo de violencia que ya tenía antecedentes, como el caso Realengo en 2011[68]. Entre las medidas se destaca la Ley 14.811/2024[69], sancionada por el actual presidente, LUÍS INÁCIO LULA DA SILVA. Del mismo modo, el documento elaborado por

67 Para comprender cómo utilizan los autores de tiroteos masivos las redes sociales para planear y llevar a cabo sus atentados, se recomienda la lectura del siguiente artículo: PETERSON, J., DENSLEY, J., SPAULDING, J., HIGGINS, S., "How Mass Public Shooters Use Social Media: Exploring Themes and Future Directions", *Social media + Society*, 2023, p. 01 a 23.

68 Véase el epígrafe tres, donde se menciona que el caso de Realengo ya era una referencia internacional en lo que respecta a tiroteos masivos fuera de los Estados Unidos.

69 La Ley n.º 14.811, de 12 de enero de 2024, tiene como objetivo garantizar la protección de niños y adolescentes frente a la violencia en centros educativos o similares. Entre sus directrices se encuentra la incorporación de los delitos de acoso (que se definen como la intimidación sistemática a una o más personas, individualmente o en grupo, mediante violencia física o psicológica, de forma intencional y reiterada, sin motivación evidente, a través de actos de intimidación, humillación o discriminación, o acciones verbales. morales, sexuales, sociales, psicológicas, físicas, materiales o virtuales), y ciberacoso (cuando el comportamiento se realiza a través de una red informática, red social, aplicaciones, juegos en línea o cualquier otro medio o entorno digital, o se transmite en tiempo real) en el Código Penal, a partir del artículo 146-A. Si bien las violencias en las escuelas, con o sin armas de fuego, son multifacéticas, es cierto que Internet y las nuevas tecnologías, como las redes sociales y la inteligencia artificial, actúan como detonantes. Por tanto, deben formar parte de los métodos de detección y prevención. Para más información sobre la ley, véase: SECRETARIA ESPECIAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. Lei nº 14811/2024. Presidência da República Casa Civil, 12 de janeiro. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2024).

el Instituto Sou da Paz[70], una organización sin ánimo de lucro que trabaja para reducir la violencia armada en el país, que presentó en su momento un levantamiento de estos casos en el país en los últimos veinte años.

En cuanto a las armas de fuego, los hallazgos apuntaron a una mayor procedencia ilegal. América Latina, en general, es conocida por contar con leyes bastante restrictivas para el uso de armas de fuego por parte de civiles. Sin embargo, como sostiene ÁLVAREZ-VALEZCO, las armas en América Latina empiezan siendo legales, pero acaban siendo ilegales y sirviendo a intereses ilegítimos y criminales[71]. En este sentido, aunque la muestra de casos es pequeña, no es de extrañar que solo los autores con armas legales hayan sido militares o policías. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿por qué, a pesar de la elevada circulación de armas ilegales en América Latina, las cifras de tiroteos masivos son reducidas? ¿Los tiroteos masivos en este territorio podría tratarse de un nuevo problema criminal?

Las armas adquiridas por terceros ponen de manifiesto la negligencia de los propietarios a la hora de guardarlas. En este sentido, es esencial aumentar la vigilancia sobre su almacenamiento seguro, política que está en el centro de la investigación sobre seguridad pública. No es difícil encontrar casos de tiroteos masivos en los que las armas utilizadas por los autores fueron adquiridas a partir de familiares que las poseían legalmente, hecho que no exime a estos últimos de responsabilidad penal. Por ejemplo, el padre del autor del tiroteo en la escuela de Carmen de Patagones (Argentina) en 2004 fue condenado a cuarenta y cinco días de prisión por negligencia al dejar su arma al alcance de un menor[72].

Para concluir, no hay reglas sobre cómo dichas violencias finalizan. CAPELLAN y JIAO[73] afirman que el homicidio seguido de suicidio es una característica distinti-

---

70 Este documento analizó todos los casos de ataques en escuelas brasileñas entre 2002 y 2023, y el resultado fue un total de 24 casos. A la hora de recopilar los eventos, no se tuvo en cuenta el mínimo de cuatro víctimas mortales y el uso de armas de fuego, por lo que hubo casos que cumplían estos criterios y otros que, por ejemplo, utilizaron armas blancas en el ataque. El objetivo de este documento fue destacar la larga historia de esta forma de violencia en Brasil. Otros informes brasileños también han llevado a cabo la misma tarea; sin embargo, se ha elegido la referencia del Instituto Sou da Paz por haber sido uno de los primeros en publicarse tras la serie consecutiva de incidentes ocurridos en el país a principios de 2023. A este respecto, véase: INSTITUTO SOU DA PAZ, "Raio-X de 20 anos de ataques a escolas do Brasil, 2002-2023". Disponible en. <https://iansa.org/wp-content/uploads/2021/04/Estudio-Armas-de-fuego-en-escuelas.pdf> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

71 ALVAREZ-VELASCO, C. M., "Armas de fuego en América Latina: una sociedad sin conflicto, pero sin paz". *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 2022, p. 60 a 75.

72 CUATRO TRASLADOS, UN DIAGNÓSTICO DE ESQUIZOFRENIA Y UN HIJO: LA VIDA DE JUNIORS DESPUÉS DE COMETER LA MASACRE DE PATAGONES. Disponible en: https://www.infobae.com/sociedad/2022/09/28/cuatro-traslados-un-diagnostico-de-esquizofrenia-y-un-hijo-la-vida-de-juniors-despues-de-cometer-la-masacre-de-patagones/ (Fecha de la última consulta: 05 de febrero de 2025).

73 CAPELLAN, J. A., JIAO, A. Y. "Deconstructing mass public shootings: exploring opportunities for intervention", Regional Gun Violence Research Consortium [Archivo en PDF]. Disponible en: https://rockinst.org/wp-content/uploads/2019/10/10-24-19-Deconstructing-Mass-Shootings-Brief-1.pdf (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

va de los perpetradores de tiroteos en masa. Sin embargo, como se constata con los resultados, esta característica no es *sine qua non*. Se plantea la última hipótesis de que algunos de los tiradores de este estudio no llegaron a suicidarse, como los autores de la escuela de Arácruz (Brasil) y Carmen de Patagones (Argentina), debido a la falta de destreza con las armas de fuego o al éxito de la intervención policial.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Los tiroteos masivos suelen estudiarse a partir de sucesos ocurridos en Estados Unidos, dado el elevado número de casos que han tenido lugar en este país. Ampliar el estudio de estas violencias a otras zonas geográficas, permite confirmar la máxima de que se trata de un problema global y no exclusivo de dicho país norteamericano. Al tiempo que se redacta este artículo, por ejemplo, se menciona el reciente incidente en una comunidad escolar sueca (el 4 de febrero de 2025), que se saldó con la muerte de once personas y el suicidio del atacante[74].

Este artículo optó por ir más allá del contexto anglosajón y trabajar con casos de tiroteos masivos en América Latina, región en la que estudios previos ya han señalado la existencia de casos en algunos países. Si bien se ha trabajado con el territorio latinoamericano, el objetivo fue analizar los aspectos relacionados a dichas violencias, a partir de un recurrido sobre los perpetradores y las características de los sucesos. Es una limitación de este estudio, por lo tanto, no identificar factores internos y geopolíticos en los países que formaban parte de la muestra y que pudieran haber contribuido en los casos examinados. Como segunda limitación, también se señala que los resultados estadísticos obtenidos no pueden generalizarse, especialmente debido al reducido tamaño de la muestra. Esto último, se justifica por la definición de tiroteo masivo adoptada que, según los expertos, es conservadora, ya que reduce los casos a aquellos que se saldaron con un mínimo de cuatro víctimas mortales y tuvieron lugar en espacios públicos.

Finalmente, los resultados y dIscusiones desentrañaron el rompecabezas de esta violencia, pieza por pieza, a partir de un análisis que comenzó con el perfil sociodemográfico de los perpetradores, sus motivaciones, los espacios públicos donde ocurrieron los ataques, las armas de fuego utilizadas, el número de víctimas mortales y la forma en que los perpetradores concluyeron sus acciones. A través de este contexto, este estudio ofrece una hoja de ruta de investigación (a través de las tendencias, la prevalencia y las víctimas mortales), que contextualiza estos eventos segmentados en sucesos ocurridos en América Latina y que puede servir de punto de partida para analizar otros casos de tiroteos masivos y otros incidentes de violencia extrema ocurridos en otros territorios. Incluso en zonas geográficas diferentes, los tiroteos masivos presentan características similares, como ser perpetrados por hombres y, en cuanto al *modus operandi*, ser crímenes planeados e intencionados

74 Véase la siguiente noticia aquí: https://www.bbc.com/mundo/articles/c627ld13d0do (Fecha de la última consulta: 05 de febrero de 2025).

contra una persona o grupo específico, que tienen como resultado la muerte y lesiones de otras personas por estar presentes en el momento y lugar equivocados. Asimismo, el uso de armas de fuego que conlleva a una alta letalidad y la característica, aunque no generalizable, de que el autor del crimen concluya la acción con el suicidio. Dicho esto, los datos obtenidos en este estudio pueden ser relevantes a la hora de diagnosticar el problema y crear políticas de prevención aplicables a diferentes contextos y países.

En conclusión, los resultados obtenidos también contribuyen a desmentir los mitos que rodean estas violencias, como la falsa impresión de que estos solo ocurren en entornos educativos estadounidenses. Aunque en los casos latinoamericanos los incidentes en escuelas fueron más prevalentes, se ha demostrado que otros espacios públicos y perfiles de agresores también son proclives a esta violencia. Además, este estudio destaca la importancia de aplicar el movimiento de «no notoriedad» en este tipo de investigaciones. En ningún momento se mencionaron los nombres de los autores, sino que se facilitó la información esencial. La notoriedad, es decir, la mención de nombres e información innecesaria, además de ser irrespetuosa con las víctimas y la comunidad afectada por estas tragedias, puede servir de inspiración a quienes ven en esta violencia una forma de resolver sus conflictos.

8. BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ-VELASCO, C. M., "Armas de fuego en América Latina: una sociedad sin conflicto, pero sin paz". En *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 2022, p. 60-75.

ATIRADORES SÃO IDENTIFICADOS: SÃO EX-ALUNOS E TÊM 17 E 25 ANOS. Folha PE. Disponible em: https://web.archive.org/web/20190318060401/https://www.folhape.com.br/noticias/noticias/ataque-em-suzano/2019/03/13/NWS,98720,70,1407,NOTICIAS,2190-ATIRADORES-SAO-IDENTIFICADOS-SAO-ALUNOS-TEM-ANOS.aspx (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

ATAQUES A ESCOLAS: JUIZ DÁ DETALHES DO DEPOIMENTO DE MENOR QUE MATOU 4 PESSOAS. Folha de Vitória. Disponible en: <https://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/01/2023/ataques-a-escolas-juiz-detalhes-depoimento-adolescente-que-matou-4-pessoas> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

CAPELLAN, J. A., JIAO, A. Y. "Deconstructing mass public shootings: exploring opportunities for intervention", en Regional Gun Violence Research Consortium [Archivo en PDF]. Disponible en: https://rockinst.org/wp-content/uploads/2019/10/10-24-19-Deconstructing-Mass-Shootings-Brief-1.pdf (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

CENTRO REGIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA Paz, *Armas de fuego en escuelas de América Latina y el Caribe: aproximaciones desafíos y respuestas*, 2019, p. 01-132. Disponível em: <http://unlirec.screativa.com/wp-content/

uploads/2020/07/Estudio-Armas-de-fuego-en-escuelas.pdf>. (Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2025).

CHEMARK, M. S., FREILICH, J. D., GREENE-COLOZZI, E. A., KLEIN, B. R, "Open-Source Research in Criminology and Criminal Justice",*Annual Review of criminology*, 2024, p. 141 a 170.

CUATRO TRASLADOS, UN DIAGNÓSTICO DE ESQUIZOFRENIA Y UN HIJO: LA VIDA DE JUNIORS DESPUÉS DE COMETER LA MASACRE DE PATAGONES. Disponible en: https://www.infobae.com/sociedad/2022/09/28/cuatro-traslados-un-diagnostico-de-esquizofrenia-y-un-hijo-la-vida-de-juniors-despues-de-cometer-la-masacre-de-patagones/ (Fecha de la última consulta: 05 de febrero de 2025).

DE ANDRADE, H. M, JENARO RÍO, C., DE SANTIAGO HERRERO, F. J. y SÁNCHEZ GIL, L. M., "Tiroteos masivos y motivación: Análisis a partir del banco de datos The Violence Project (1966–2023)", *Revista Española De Investigación Criminológica*, 2024, p. 1-24.

DE ANDRADE MELO, H., R. SILVA, J., SÁNCHEZ GIL, L. M., "Tiroteos en masa y efecto imitador Prevalencia global fuera de los Estados Unidos (1999-2022)", *Boletín Criminológico*, (32), 2025, p. 1 a 26.

DE SANTIAGO HERRERO, F. J., SANCHEZ-GIL, L. M, *Análisis conductual del delito y perfilación criminal*, Ratio Legis Ediciones, 2018.

DESTITUIDOS MILITARES RESPONSABLES DE LA MASACRE DE BALSILLAS. El tiempo. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10869185> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

DNOCHE DE PÁNICO EM SAN JERÓNIMO, CUANDO EL JUNIOR BAJÓ GRITANDO Y TIRANDO BALAZOS. El Sur Periódico de Guerrero. Disponible en: https://suracapulco.mx/impreso/justicia/noche-de-panico-en-san-jeronimo-cuando-el-junior-bajo-gritando-y-tirando-balazos/ (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

DORADO, C. J., "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", *Anuario de derecho y ciencias penales*, 2012, p. 127 a 153

DOUGLAS, J. E., RESSLER, R. K., BURGUESS, A. W. Y HARTMAN, C. R., "Criminal Profiling from Crime Scene Analysis". *Behavioral Science and the Law,* 4(4), 1988, p. 401 a 421.

DUWE, G., "Patterns and prevalence of lethal mass violence", *Criminology & Public Policy*, 2020, p. 17-35.

ELENA TENDLARZ, S. y DANTE GARCIA, C., *¿A quem o assassino mata? O serial killer à luz da criminologia e da psicanálise,* Editora Atheneu, 2013.

ELE ATIRAVA NAS MENINAS PARA MATAR', DIZ ALUNO QUE SOBREVIVEU A ATAQUE". Disponible en: <https://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/ele-atirava-nas-meninas-para-matar-diz-aluno-que-sobreviveu-ataque.html> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

EXSOLDADO MATA A 10 PERSONAS EM UNA MASSACRE EN MÉXICO. Disponible en: <https://www.taipeitimes.com/News/world/archives/2005/08/02/2003266113> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

FACT CHECK: OBAMA CLAIM THAT «I SAY THIS EVERY TIME WE'VE GOT ONE OF THESE MASS SHOOTINGS; THIS JUST DOESN'T HAPPEN IN OTHER COUNTRIES». The Washington Post. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/12/01/fact-check-obama-claim-that-i-say-this-every-time-weve-got-one-of-these-mass-shootings-this-just-doesnt-happen-in-other-countries/> (Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2025).

GREENE-COLOZZI, E. A., SILVA, J. R., "Mass outcome or mass intent? A proposal for an intent-focused, no-minimum casualty count definition of public mass shooting incidents", *Journal of Mass Violence Research*, 2022, p. 27 a 41.

HOFFMANN, J., ROSHDI, K. Y ROBERTZ, F., "Zielgerichtete schwere Gewalt und Amok an Schulen: Eine empirische Studie zur Prävention schwerer Gewalttaten". En, *Kriminalistik*, 2009, p. 196-204.

HOLMES, R. M. Y HOLMES, S. T., "Understanding mass murder: A starting point", *Federal Probation,* 56 (1), 1992, p. 53 a 6.

INSTITUTO SOU DA PAZ, "Raio-X de 20 anos de ataques a escolas do Brasil, 2002-2023". Disponible en. <https://iansa.org/wp-content/uploads/2021/04/Estudio-Armas-de-fuego-en-escuelas.pdf> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

KROUSE, W. J., RICHARDSON, J. D., "Mass murder with firearms: Incidents and victims, 1999-2013", *Congressional Research Service*, 2015, p. 1 a 51.

LANGMAN, P., "Different types of role model influence and fame seeking among mass killers and copycat offenders", *The American Behavioral Scientist, 62*(2), 2018, p. 210 a 228.

LANKFORD, A. "Public mass shooters and firearms: A cross-national study of 171 countries", *Violence and Victims*, 2016, p. 187 a 199.

LANKFORD, A., "A sexual frustration theory of aggression, violence, and crime", en, *Journal of Criminal Justice*, 2020.

LANKFORD, A., SILVA, J. R., "Sexually frustrated mass shooters: A study of perpetrators, profiles, behaviours, and victims", *Homicide Studies, 28*(2), 2022, 196 a 219.

LANKFORD, A., MADFIS, E., "Don't name them, don't show them, but report everything else: A pragmatic proposal for denying mass killers the attention they seek and deterring future offenders", *American Behavioral Scientist,* 2018, p. 260 a 279.

LARKIN, R. W., "The Columbine legacy: Rampage shootings as political acts", *American Behavioural Scientist*, 2009, *p.*1309 a 1326.

LINDGREN, S. A., "School shootings in seven countries: Testing and developing the theory of five necessary conditions", Égalité, 2017, p. 1 a 32.

MANUSCRITOS DE ATIRADOR MOSTRAM FIXAÇÃO POR TERRORISMO. Disponible en: https://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/manuscritos-de-atirador-mostram-fixacao-por-terrorismo.html (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

MORGAN, S., ALLISON, K., KLEIN, B. R., "Strained masculinity and mass shootings: toward a theoretically integrated approach to assessing the gender gap in mass Violence", *Homicide Studies*, 2022, p. 1 a 27.

MP INVESTIGA PAPEL DE GRUPOS RADICAIS DA INTERNET NO ATAQUE EM SUZANO. Ep país. Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/15/politica/1552684730_810514.html (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

PETERSON, J. K., DENSLEY, J. A., *The violence project: How to stop a mass shooting epidemic*, United States, Abrams Press, 2021.

PETERSON, J. K., DENSLEY, J. A., HAULF, M. MOLDENHAUER, J., "Epidemiology of mass shootings in the United States", *Annual Review of Clinical Psychology,* 2024, p. 125 a 148.

PETERSON, J., DENSLEY, J., SPAULDING, J., HIGGINS, S., "How Mass Public Shooters Use Social Media: Exploring Themes and Future Directions", en, *Social media + Society*, 2023, p. 01 a 23.

POLÍCIA CIVIL FINALIZA INQUÉRITO SOBRE ATIRADORES EM ESCOLA SUZANO. Agência Brasil. Disponível en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-06/policia-civil-finaliza-inquerito-sobre-atiradores-em-escola-de-suzano> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

SECRETARIA ESPECIAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. Lei nº 14.811/2024. Presidência da República Casa Civil, 12 de janeiro. Disponível en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm> (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

SCHILDKRAUT, J. y JAYMI ELSASS, J., *Mass shooting: Media, myths, and realities,* Praeger/ABC-Clio, 2016.

SILVA, J. R., CAPELLAN, J. A., SCHMUHL, M. A. Y MILLS, C. E., "Gender-based mass shootings: an examination of attacks motivated by grievances against women", *Violence Against Women*, 2021, p. 2163-2186.

SILVA, J. R., CAPELLAN, J. A., "The media's coverage of mass public shootings in America: fifty years of newsworthiness*", International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice,* 2019, p. 77 a 97.

SILVA, J. R., CAPELLAN, J. A., SCHMUHL, M. A., MILLS, C. E, "Gender-based mass shootings: an examination of attacks motivated by grievances against women", *Violence Against Women*, 2021, p. 2163 a 2186.

SILVA, J. R., LANKFORD, A., "The globalization of American mass shootings? An assessment of fame-seeking perpetrators and their influence worldwide", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, 2022, p. 119 a 142.*

SILVA, J. R., "Global mass shootings: comparing the United States against developed and developing countries", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 2023a, p. 1-24.

SILVA, J. R., "Public mass shootings in developed countries: uncovering stability and change at the turn of the century", *Global Crime*, 2023b, p. 26 a 49.

THE VIOLENCE PROJECT DATABASE OF MASS SHOOTINGS IN THE UNITED STATES, 1966–2023 (VERSION 8). Disponible en: https://www.theviolenceproject.org/ (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

ONCE MUERTOS EN DISCOTECA DE BOGOTÁ. BBC News. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/804343.stm (Fecha de la última consulta: 01 de junio de 2023).

OSORIO, R. A., "Violencias extremas y etnicidad: la ex Yugoslavia", *Alteridades*, 2005, p. 75-84.

WHAT WE KNOW ABOUT THE VICTIMS OF THE UVALDE SHOOTING. The New York Times. Disponible en*:* <https://www.nytimes.com/article/uvalde-shooting-victims.html?searchResultPosition=21> (Fecha de la última consulta: 15 de enero de 2025).

RECENSIONES

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *La expulsión penal y administrativa de los extranjeros condenados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 230 páginas.

CARLOS FUERTES IGLESIAS

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal

Universidad de Zaragoza (España)

cfuertes@unizar.es

https://orcid.org/0000-0002-0791-2390

En un Estado democrático, el ejercicio por parte del Estado del *ius puniendi* implica la máxima facultad que puede predicarse del poder público de imponer un castigo a cualquier ciudadano –sea o no nacional del mismo, sino por cuestión de *ius soli*– que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos dignos de tutela, a través de un proceso penal, siempre que no sea susceptible de protegerse tales intereses por medios menos incisivos para los derechos y libertades del sujeto que sufre las restricciones o limitaciones consustanciales a dicha respuesta jurídica coercitiva.

En esa clave, la respuesta penal debe ser siempre proporcionada, equitativa y particularmente, atender desde el principio del hecho a que la imputación jurídico-penal recaiga, como dice Boldova Pasamar, en el "*hecho dominado o dominable por la persona, nunca en una actitud o una trayectoria vital, ni tampoco en la peligrosidad, la personalidad o la condición de la persona*"[1].

La expulsión de extranjeros del territorio nacional se puede advertir como un ejercicio de soberanía por parte del Estado sobre el control de la población que reside o se encuentra transitoriamente en los límites geográfico-políticos de su control. En su virtud, la realidad permite discernir los casos en que, con habilitación legal, las expulsiones de ciudadanos se fundamentan en que se encuentran en situación irregular administrativamente; o bien aquellos otros supuestos en que

1 BOLDOVA PASAMAR, M.A., "Principios del Derecho Penal", en *Derecho penal parte general (Coords.* ROMEO CASABONA, C.M; SOLA RECHE, E.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.), Granada, Comares, 2º ed., 2016, p. 46.

Recepción: 23/01/2025 Aceptación: 26/05/2025

Cómo citar este trabajo: FUERTES IGLESIAS, Carlos, "La expulsión penal y administrativa de los extrajeros condenados" (Carmen Alastuey Dobón) Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 230 páginas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 323-331, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.11

hayan podido cometer un delito, y serles aplicada dicha medida como sustitución del cumplimiento de una parte de la pena, o, en su caso, de una medida de seguridad, que se les hubiere impuesto.

Ahora bien, como todo ejercicio de soberanía en un Estado de Derecho, debe encontrar el preciso respeto a la Constitución y al conjunto del ordenamiento jurídico (arts. 1.1, 9.1 y 9.3 CE, entre otros), y particularmente, en los derechos fundamentales que asisten a todos los ciudadanos en territorio nacional, con independencia de su situación administrativa (art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

A la par, el propio régimen jurídico que infunda esta materia nos permitirá escrutar qué clase de política migratoria se desea implementar, en relación con la política criminal del Estado, esto es, si nos encontramos ante un Estado meramente receptor de personas o integrador; y en consecuencia, la postura se adopta frente a las lesiones al ordenamiento interno, en clave de medidas ligadas a la reinserción o, adversativamente, a la simple segregación de un sujeto que ha patentizado un comportamiento disfuncional.

En el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, la figura de la sustitución de la penas de prisión o medidas de seguridad privativas de libertad (art. 89 y 108 CP), trae consigo cuestionamientos de relevante carga dogmática, cuya regulación positiva en el Código Penal no se compadece en su extensión y profundidad con la ingente, diversa y compleja problemática de la aplicación en la práctica de la expulsión. Desde este punto de partida, la reflexión en torno a la consecuencia jurídica de la expulsión de ciudadanos extranjeros por la comisión de un delito como la que desarrolla la profesora Carmen Alastuey Dobón, una voz autorizada en nuestra doctrina en materia de consecuencias jurídicas del delito debe considerarse particularmente oportuna y necesaria, al tratarse de un estudio monográfico profundo y con vocación de adentrarse en la raíz conceptual de esta institución.

Más allá del destacado estudio de la regulación vigente en el plano positivo y de la pluralidad de supuestos que pueden conducir al resultado final de la expulsión física de un súbdito de otro Estado respecto del territorio español, anticipo que la reflexión de Alastuey Dobón atañe a un elemento nuclear, a aquello tan shakesperiano como el *ser o no ser,* la verdadera *quaestio iuris* planteada entorno a la definición y naturaleza de la expulsión de extranjeros.

En la realidad editorial actual, en la que proliferan obras completas que se limitan a la descripción de las normas y de sus contenidos sin mayor pretensión, resulta para el lector técnico un soplo de aire fresco acercarse a una obra que aspire a salir de la zona de confort que ofrece la literalidad, para asomarse al abismo de los problemas jurídicos reales que suscita la materia que nos atañe. Solo desde tal punto de partida, desde el núcleo conceptual, se puede aspirar a criticar con sentido una institución o una consecuencia jurídica, en este caso, sustentada en una valoración del legislador nacional que entiende al extranjero –más aun, del extracomunita-

rio– como un delincuente que merece una respuesta diversa al nacional, en caso del quebrantamiento de la ley penal española, como es la expulsión.

Alastuey cuestiona las estructuras conceptuales sobre las que se asienta la regulación, sin que el *nomen iuris* o la ubicación sistemática de la figura sea un factor limitante para desarrollar sus planteamientos, críticos con la regulación actual y particularmente, con el fundamento teleológico de la sustitución por expulsión. Ese es, para mí, uno de los valores de particular interés de su reflexión. Una investigación científica, como se atribuye al genio portugués Fernando Pessoa, cuando escribió su "Travesía", ha de *abandonar las ropas usadas que ya tienen la forma de nuestro cuerpo y olvidar los caminos que nos llevan siempre a los mismos lugares.*

Para tal empresa, el trabajo es orientado discernir la *ratio legis* y la *ratio legislatoris* –que no siempre coinciden–, en atención a la tarea de valorar si esta medida es efectivamente una consecuencia de carácter penal. Y si, por consecuencia de lo anterior, puede predicarse de ella que cumple los fines propios que tal adjetivación comporta o no pasa de ser una mera disposición de carácter administrativo sin vocación alguna de reeducación y reinserción, cuando no de simple inocuización de sujetos que pasan, a partir de ciertos actos delictivos, a integrarse en la poblada categoría de "enemigos" del Derecho penal actual. En particular, la cuestión estriba si por el origen y/o nacionalidad de un delincuente, conviene alejar a éste del territorio nacional como fin en sí mismo de la medida. Ello, con la ambivalencia de que se renuncia a penar, pero también a reinsertar o resocializar a un individuo que ha acreditado una conducta negativa para la sociedad, no solo para la española.

En la introducción de la monografía, la autora perfila y anticipa los ejes de su investigación: i) la naturaleza jurídica de la expulsión en el ámbito del Código Penal; ii) la expulsión judicial, sus elementos y contenido, tanto como sustitutiva de la pena (art. 89 CP), como de medidas de seguridad (art. 108 CP); iii) la expulsión en vía administrativa, con especial interés en la regulación de la Ley Orgánica antes referida. Para ello, ofrece al lector unos fundamentos de la institución de la expulsión desde el plano administrativo, toda hora que esencial y finalmente es una determinación administrativa la que comporta la expulsión, siendo título habilitante o determinante, por tanto, la resolución judicial en el ámbito penal, o bien, las resoluciones administrativas previstas en la Ley Orgánica de Extranjería, o en su caso, las denegaciones administrativas de solicitudes de los extranjeros para permanecer en España, e incluso, la expiración del plazo en el marco de un programa de retorno voluntario. Por tanto, la autora focaliza como la expulsión, más allá de la devolución –que fácticamente conduce al mismo efecto, la salida del territorio, pero no jurídicamente comparte la misma génesis–, puede tener dos fundamentos esenciales, como son la resolución judicial en el marco penal, frente a las resoluciones administrativas, limitadas a los extranjeros no comunitarios como sustitutiva también de sanciones administrativas (arts. 57, en relación con el art. 53 a-f y 54 LOEx.).

No obstante, Alastuey evidencia una "escala de grises" en los casos de los extranjeros con antecedentes penales que pretenden obtener una prórroga o autorización de residencia. Partiendo de la evidencia de que la propia norma especial, la Ley

Orgánica de Extranjería, no impide de la concesión de la prórroga o autorización de la residencia –puesto que se trata de ponderar por la autoridad administrativa la concurrencia de los factores previstos en el art. 31.7 LOEx. –, supone en cambio un "importante obstáculo", en palabras de la autora, dicha situación.

El Capítulo II trata de clarificar la cuestión central de la institución jurídica analizada. Discernir la naturaleza de la expulsión de los ciudadanos extranjeros de España prevista en el Código Penal como sustitutiva de las penas o medidas de seguridad privativas de libertad (art. 89 y 108 CP), en concreto, sobre su carácter penal o sancionador.

Frente a la concepción de la expulsión como una medida de naturaleza penal, Alastuey apuesta por rechazar la naturaleza de esta como un sustitutivo penal en un plano material. En ello, coincide con la doctrina mayoritaria. La finalidad de tales sustitutivos es la evitación de los efectos negativos para la socialización del penado en cuanto se coligan al cumplimiento de la pena privativa de libertad de carácter corto o medio en su duración, y advierte así la autora que, de una adecuada configuración de tales instrumentos, puede colmarse subsidiariamente los efectos –positivos– pretendidos de la pena que deja de ser ejecutada. Tal aspecto, sin embargo, no se produce respecto de la sustitución por expulsión, puesto que no atiende precisamente a evitar el perjuicio a la socialización del interno por una pena de duración breve (de hecho, se prevé la expulsión, en sentido contrario, para penas de una duración mínima para que opere) y, por otra, no cumple los fines de los sustitutivos, sino que se limita a expulsar del territorio nacional al sujeto infractor.

Disiente la autora, en otro orden, en que la naturaleza de la expulsión sea la de una pena. En efecto, formalmente no encuentra acomodo en la nómina del art. 33 CP. Mas, lo relevante, nos dice Alastuey, es que materialmente adolece de tal finalidad. Múltiples son las razones que apunta, como la constatación de que en ocasiones es el propio penado quien la solicita (lo que nunca podría ser una pena, sino un beneficio) hasta el hecho de que no es susceptible de graduación alguna, con lo que no puede proporcionarse a la gravedad de lo injusto culpable. Rechaza igualmente que la sustitución por expulsión pueda concebirse como una medida de seguridad. En este caso, sí se encuentra referida como tal en el art. 96.3 CP. Sin embargo, Alastuey rechaza tal consideración por razones materiales de difícil refutación, como resulta de la falta de necesidad de constatación de la peligrosidad criminal del sujeto a quien se le impone, y porque adolece de los fundamentos y fines de las medidas de seguridad, dedicando a ello el preciso esfuerzo argumental.

De la negación de su carácter como pena, ni como medida de seguridad, el libro da lugar a otro escenario conceptual, como es el planteamiento de la naturaleza administrativo-sancionadora de la medida. Para ello, Alastuey retorna a valorar la esencia de la doctrina sobre la sanción administrativa y su intrínseca finalidad punitiva, dirigidas a la "retribución de lo injusto culpable con el objetivo de influir en la voluntad del sujeto que cometió la infracción" (cfr. p. 41), discerniendo precisamente la infracción administrativa frente a otras normas del mismo sector normativa. Aunque puedan compartirse algunas finalidades preventivas

mediante otras normas al margen del Derecho sancionador, lo característico de éste es, precisamente, el modo en el que se consigue la prevención, esto es, a través del castigo.

En suma, la propia autora concluye que, a su juicio, no estamos ante una pena sino ante una consecuencia jurídica que no se orienta a "infringir un castigo basado en la comisión de un injusto culpable y proporcionado a su gravedad, sino (…) a restablecer la legalidad o neutralizar una presunta peligrosidad".

Sin embargo, Alastuey no niega que quepa, en función de lo anterior, desconectarla de las "garantías procedimentales" ni, en su caso, ser de "aplicación automática"[2]. Con razones de peso, la autora –en sintonía con otras voces, como Iglesias Río– concita el carácter de que la sustitución de la pena por expulsión cumple funciones de carácter "defensista", de "policía", y también, con un trasfondo claro en lo económico, puesto que la sustitución evita el coste de la estancia y tratamiento penitenciario en la parte de la condena que deja de aplicarse y cumplirse en este ámbito. En todo caso, se "inocuiza" al ciudadano extranjero de un modo físico, mediante el "destierro" (un posible antecedente de esta medida), de forma que, en sintonía con la doctrina mayoritaria, más allá de la naturaleza jurídica que Alastuey determina en sus disquisiciones, la lectura de la medida conduce a la conclusión de una distinción entre el delincuente extranjero frente al nacional exclusivamente sustentada en una condición nacional –un estado civil, para ser más precisos–, y por tanto –y por nada menos que ello– totalmente censurable en un sistema que pretenda seguir una responsabilidad penal por hechos y no un derecho penal de autor.

La obra, tras esta primera y fundamental reflexión, aborda con detenimiento y detalle en su capítulo tercero el régimen jurídico de la expulsión judicial, bien como consecuencia de la sustitución de la pena de prisión (art. 89 CP), bien de una medida de seguridad (108 CP). En razón de la primera y más frecuente posibilidad –esencialmente por la *ratio* diferencial entre la imposición de penas y medidas de seguridad ligadas a la peligrosidad criminal en nuestro sistema–, y entre las múltiples cuestiones abordadas en la obra, que describe toda la "vida" de la institución –sus ámbitos subjetivo y objetivo, sus límites, el procedimiento, los efectos de la decisión judicial, y otros aspectos de carácter más operativo, como el aseguramiento de la expulsión o el problema de la imposibilidad de expulsar al extranjero–, resulta destacable la detección por la autora de ciertas "paradojas", si queremos llamarlo así, como las que derivan de la conjugación del acceso al tercer grado y libertad condicional en extranjeros que posteriormente han de ser expulsados . Esencialmente, lo concibo como contrasentido porque precisamente, si el cumplimiento de la pena y su evolución se orientan, como recuerda Alastuey, "a la prevención especial positiva", mal se compadece ello con el "absoluto abandono de esta perspectiva"[3] (p. 113) cuando de expulsión del extranjero estamos hablando.

---

2 Vid. p. 67 de la obra recensionada.

3 Vid. p. 113 de la obra recensionada.

Llama la atención, precisamente, esa *contradictio in terminis* en la que se acomoda este sistema: el tratamiento que el legislador elige para reinsertar y resocializar a los ciudadanos infractores depende de su nacionalidad, abandonando "*cualquier esperanza*" –como en el infierno de Dante– para aquellos que tengan un pasaporte diferente en el bolsillo, sirviendo por tanto la expulsión para desterrar, para dejar de atender y para "borrar" al individuo del sistema. Utilitaristamente, la medida permite depurar lo que en el fondo se entiende como un error del sistema migratorio, si se quiere expresar en crudas palabras: un individuo que "nos" sobra en el modelo social que pretendemos sostener y que conviene "reinsertar" en un sentido puramente mecánico, es decir, desalojar e introducir en otro territorio, a decenas, cientos o miles de kilómetros de distancia, dejando de ser "nuestro" problema a partir de ese momento. Es, de forma muy sucinta, lo que subyace en la sustitución por expulsión, razón por la que existen fricciones como la anteriormente ejemplificada de contradicción interna o incongruencia entre un sistema orientado abstractamente a reinsertar frente a una aplicación a sujetos a los que queremos deslocalizar de nuestro territorio. Son diversos los ejemplos de esas diferencias entre el nacional y extranjero. No se puede dejar de destacar, en este plano y como triste ejemplo, los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), para el propio aseguramiento de la expulsión –sea administrativa o judicial–, convertidos en espacios de privación de libertad deambulatoria para situaciones, en la mayoría de supuestos, de mera irregularidad administrativa, y que como destaca De Lucas Martín, son "*un espacio de «infrasujeto» para los inmigrantes, un espacio de No-Derecho, un limbo jurídico (cuyo emblema son los CIEs)*"[4].

La autora aborda también, en el ámbito de la expulsión judicial, la más controvertida –si cabe– sustitución de una medida de seguridad por expulsión del extranjero (contemplada en el art. 108 CP). Si la expulsión sustitutiva de la pena es criticada –y criticable– por defensista y por no atender a una verdadera vocación de prevención especial a través de la pena, cuando nos adentramos en el terreno de las medidas de seguridad nos hallamos ante una realidad aún si cabe más sangrante. La imposición de éstas se funda –salvo la libertad vigilada, en la que no entra en juego la menor imputabilidad del sujeto– en un juicio de pronóstico acerca del riesgo de reiteración delictiva respecto de un sujeto que tiene anuladas o relevantemente afectadas sus bases cognitivas y volitivas –es decir, que es inimputable o semimputable–, y su sentido es esencialmente preventivo-especial. Así pues, ¿cómo

4 El libro recensionado los analiza en sus pp. 144-146. Sobre su situación, condiciones y naturaleza jurídica, conviene referir en la doctrina española más reciente a DE LUCAS, J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Entre otras voces, véase también a MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "Centros de internamiento para extranjeros. Estado de la cuestión y perspectiva de futuro", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* nº 18, 2016, pp. 1-38 (https://revistacriminologia.com/18/recpc18-23.pdf, consulta 23/1/2025); SOLANES CORELLA, A., "Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 19, 2016, pp. 37-76 (https://roderic.uv.es/rest/api/core/bitstreams/dbb1638b-43e1-4073-bcdf-ddeed993a236/content, consulta 23/1/2025); BOZA MARTÍNEZ, D., *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; FERNÁNDEZ BESSA, C., *Los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Una introducción desde las Ciencias Penales,* Iustel, Madrid, 2021.

conjugamos un designio del legislador a favor de la prevención especial con una sustitución por expulsión, que es por definición, una negación de la prevención especial, salvo en un sentido estrictamente físico, por el "destierro" o la deslocalización de la persona respecto del territorio nacional?

Se trata, sencillamente, de abandonar a su suerte a enfermos mentales, a personas dependientes de sustancias o con alteraciones perceptivas, es decir, los sujetos potencialmente destinatarios de una medida de seguridad, que no residan legalmente en España y que hayan acreditado una peligrosidad a partir de un hecho delictivo, susceptible de ser castigado con una medida que fuera privativa de libertad[5]. En este sentido, el texto recensionado se muestra muy crítico con la medida, por razones equivalentes a la sustitución por expulsión de la pena. No obstante, compartiendo con la sustitución por expulsión de la pena la intención del legislador de la inocuización física, que no una verdadera incidencia en la peligrosidad criminal del individuo[6] resulta particularmente acuciante en estos supuestos la falta de amparo en el marco de un modelo social y democrático de Derecho como se preconiza del sistema español a personas en situación de enfermedad mental, que se sabe que serán expulsadas a territorios en los que, en muchas ocasiones, no recibirán ningún tratamiento o atención especializada, ya no desde el plano de su rehabilitación en el ámbito penal. No se desaloja del territorio nacional a un delincuente capaz de comprender el alcance ilícito de su conducta, sino a enfermos mentales no nacionales, que han incurrido en el ámbito de los hechos relevantes penalmente, que sin embargo no les son reprochables por dicha ausencia –o merma considerable– de las bases de la imputabilidad. Si en el primer caso, la respuesta es crítica a la expulsión, en estos otros, difícilmente se concita con un mínimo trato humanitario –art. 15 CE– tal designio del legislador nacional.

El Capítulo IV del libro analiza la institución de la expulsión del territorio nacional como consecuencia de una decisión administrativa, vinculada directa o indirectamente con el supuesto de comisión de uno o varios delitos, o con la existencia de antecedentes penales no cancelados. Alastuey analiza, por tanto, los casos de expulsión subsiguiente a la comisión del delito, en los que no se ha sustituido la pena por expulsión, pero la norma administrativa (arts. 57.2 y 8 LOEx.) prevé tal consecuencia, referida siempre a ciudadanos extracomunitarios. La expulsión puede ser directa (art. 57.2 LOEx.), para los condenados a pena privativa de libertad superior a un año, por delito doloso. Aclara la autora que, tal previsión, opera respecto de los que no se les haya aplicado el art. 89 CP, lo que, a partir de 2015, fundamentalmente se centra en dos casos: sujetos condenados a pena de prisión superior a un año por delito doloso a los que no se les haya aplicado la expulsión (penas concretas en sentencia inferiores a un año, virtud de las reducciones en la individualización, pero que abstractamente sean superiores a tal límite), o bien sujetos respecto de los que se haya acordado la ejecución total (art. 89.2 CP) y que no hayan accedido ni al tercer grado o la libertad condicional–aspecto que, aunque

5 Vid. p. 154 de la obra recensionada.

6 DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M. (Dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal,* La Ley, Madrid, 2007, p. 625

teóricamente posible, es excepcional–. Incluso la autora plantea la respuesta en la hipótesis de la prisión permanente revisable, que no es susceptible de sustitución por expulsión judicial, pero no así podría ser susceptible de constituir el supuesto de una expulsión administrativa.

La monografía discurre hacia un recorrido exhaustivo de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la evolución conceptual de la expulsión administrativa, precisamente en relación con su contenido a la luz de las normas internacionales que vinculan a España, especialmente las del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, de cuyo máximo garante, el Tribunal de Estrasburgo, ha tenido ocasión de analizar este tipo de normas y sus consecuencias en clave de la tutela de su carta.

Un fenómeno menos estudiado en conexión con la materia, al que la autora dedica unas interesantes reflexiones, es el de la "expulsión indirecta", consecuencia de no haberse obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la autorización y ante la ausencia de solicitud de renovación en plazo reglamentario.

Si bien la respuesta administrativa inicial es la de una simple multa, se constituye a su vez un supuesto de hecho del art. 57.1 LOEx., que excluyentemente a lo anterior, puede llevar a la expulsión del ciudadano del territorio nacional. El ligamen con la materia penal estriba en la conexión de este supuesto con la cuestión de la existencia de antecedentes penales no cancelados, y cómo tal realidad, en la que tangencialmente se interrelacionan ambas esferas normativas, puede conducir a la expulsión administrativa, en una singular forma de "pendiente resbaladiza" hacia la frontera del ciudadano infractor, en la medida que, con antecedentes penales, la denegación para la autorización de residencia inicia ese camino de salida del territorio.

Finalmente, la obra concluye en su capítulo V de una manera ambiciosa, puesto que no solo se limita a culminar el proceso de análisis metodológicamente riguroso y ordenado de esta monografía con unas inferencias derivadas de tal *iter* argumental, sino que Alastuey se avanza a proponer algunas reflexiones de *lege ferenda* de sumo interés.

Partiendo de la certera conclusión de que la naturaleza jurídica de la expulsión, lejos de los fines penales, se sitúa en la mera segregación del individuo extranjero que ha cometido un delito, la autora apuesta por limitar la expulsión administrativa a los exclusivos casos comprobados de que el sujeto extranjero represente un "*grave peligro para el orden o la seguridad públicos, previa valoración de la proporcionalidad de la expulsión en función de las circunstancias personales del extranjero, entre otros factores*"[7], con una propuesta reformuladora del art. 57.2 LOEx., para extender el régimen de los residentes de larga duración a todos los extranjeros legalmente residentes en España. Adicionalmente, apuesta por restringir la prohibición de regresar a territorio nacional en aquellos casos de expulsión administrativa por

7 Vid. p. 218 de la obra recensionada.

situación irregular, a la que tampoco concede un carácter automático, puesto que la expulsión del extranjero que residiere en España aun irregularmente durante cierto tiempo no debería ser ajena a sus circunstancias personales.

En suma y conclusivamente, la obra de Alastuey Dobón aporta a mi juicio una reflexión completa, profunda y fundada de la institución analizada, de su naturaleza jurídica y de sus límites, desde el marcado rigor metodológico y exhaustividad, que permiten aseverar el valor de este trabajo y su impacto en la materia que aborda. Por tanto, la obra resulta de necesaria consulta y referencia en la materia de la expulsión de los ciudadanos extranjeros del territorio español desde la perspectiva del Derecho penal y en conexión íntima con las referencias al ordenamiento administrativo vigente, con la conseguida aspiración de trascender de la regulación positiva al ámbito de la propuesta conceptual y técnico-legislativa.

PÉREZ MARÍN, Mª Ángeles, *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano penal de la Unión*, Atelier, Barcelona, 2024, 332 páginas

DIEGO FIERRO RODRÍGUEZ
Letrado de la Administración de Justicia

diego.fierro.ius@juntadeandalucia.es

https://orcid.org/0009-0007-6769-2100

La obra *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano penal de la Unión*, escrita por Mª Ángeles Pérez Marín y publicada por la editorial Atelier en 2024, constituye un estudio exhaustivo sobre la creación, estructura y funcionamiento de la Fiscalía Europea (*European Public Prosecutor's Office*, EPPO), un órgano de gran relevancia en el panorama jurídico de la Unión Europea (en adelante, UE), cuya principal misión es la protección de los intereses financieros de la organización internacional europea mediante la investigación y persecución del fraude y otros delitos que afectan al presupuesto de la UE.

Este trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto I+D+i *El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, así como en el Grupo de Investigación PAIDI SEJ-308, vinculado a la Universidad de Sevilla. Me obliga a deducir que la autora no solo aborda el estudio de la Fiscalía Europea desde una perspectiva normativa, sino que también realiza un análisis práctico de su funcionamiento, de sus límites y de los desafíos que enfrenta en un escenario en el que el derecho penal sigue siendo, en esencia, una competencia nacional.

Desde el prefacio, firmado por Pedro Caeiro, se plantea una reflexión fundamental sobre la evolución de la integración europea y sobre la manera en que la creación de un órgano de investigación penal supranacional encaja en el complejo entramado institucional de la UE. Caeiro destaca cómo la Fiscalía Europea es el primer órgano de la Unión que interviene directamente en la administración de justicia penal, lo que me sugiere que su puesta en marcha ha supuesto un impor-

Recepción: 09/02/2025 Aceptación: 09/02/2025

Cómo citar este trabajo: FIERRO RODRÍGUEZ, Diego, "PÉREZ MARÍN, Mª Ángeles, La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano penal de la Unión, Atelier, Barcelona, 2024, 332 páginas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 11, Universidad de Cádiz, 2025, pp. 333-336, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2025.i11.12

tante cambio en la forma en que se entienden las competencias en el ámbito penal dentro del marco de la UE. La tensión entre la supranacionalidad de la Fiscalía y la soberanía de los Estados miembros es un eje central del libro y un aspecto que se aborda con especial profundidad a lo largo de la obra.

El primer capítulo se centra en el contexto histórico y jurídico que llevó a la creación de la Fiscalía Europea. La autora realiza un recorrido por la evolución de la protección penal de los recursos financieros de la UE, desde los primeros mecanismos de control presupuestario hasta la progresiva toma de conciencia de la necesidad de contar con una autoridad especializada en la investigación de los delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión. Me sugiere que este análisis no solo permite comprender la importancia de la Fiscalía Europea en el contexto actual, sino que también pone de relieve los problemas que se derivaban de la falta de coordinación entre los sistemas judiciales nacionales a la hora de perseguir este tipo de delitos.

Uno de los aspectos más relevantes de este capítulo es el análisis de los recursos propios de la UE como bien jurídico protegido. La autora explica cómo el presupuesto de la UE está compuesto por diversos tipos de ingresos, incluidos los derechos de aduana, los recursos derivados del IVA y las contribuciones de los Estados miembros. La protección de estos recursos frente al fraude ha sido una preocupación constante de la UE desde sus orígenes, lo que me obliga a deducir que la creación de la Fiscalía Europea no responde a una necesidad reciente, sino a un proceso de evolución legislativa y política que se ha ido consolidando a lo largo de varias décadas.

En este sentido, la autora analiza la evolución de las medidas de protección penal de los intereses financieros de la UE, desde la firma del Tratado de Maastricht hasta el Tratado de Lisboa, pasando por instrumentos clave como el Convenio PIF (*Protection des Intérêts Financiers*), que estableció las bases para la armonización de la legislación penal en materia de fraude en los distintos Estados miembros. Este análisis pone de manifiesto cómo la UE ha ido desarrollando un marco normativo progresivamente más sólido en este ámbito, aunque siempre dentro de los límites impuestos por la soberanía de los Estados miembros.

El segundo capítulo está dedicado a la Fiscalía Europea como órgano de investigación penal. Me sugiere que este apartado es especialmente relevante porque aborda en detalle la estructura de la Fiscalía y su funcionamiento. La autora explica cómo la Fiscalía Europea se creó mediante el Reglamento (UE) 2017/1939 y cómo este órgano ha sido diseñado para operar de manera descentralizada, con una sede central en Luxemburgo y fiscales delegados en los distintos Estados miembros.

La descentralización de la Fiscalía Europea es un aspecto clave de su funcionamiento, ya que permite que sus fiscales actúen dentro de los sistemas judiciales nacionales, aplicando el derecho procesal de cada Estado, pero bajo la dirección de la Fiscalía central. Me obliga a deducir que este modelo busca un equilibrio entre la necesidad de una acción penal unificada y el respeto a la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque también plantea importantes retos en términos de coordinación y eficacia.

Uno de los problemas que analiza la autora es la cuestión de la independencia de la Fiscalía Europea. Si bien el Reglamento establece que la Fiscalía es un órgano independiente, la realidad es que su estructura descentralizada implica que sus fiscales delegados operan en el marco de los sistemas nacionales, lo que en algunos casos puede generar conflictos de competencia con las autoridades nacionales. Considero que este es uno de los puntos más delicados del funcionamiento de la Fiscalía Europea y que su éxito dependerá en gran medida de la voluntad de los Estados miembros de cooperar con ella y de garantizar su autonomía en la práctica.

El tercer capítulo se centra en los principios rectores de la Fiscalía Europea, entre los que destacan la independencia, la exclusividad en el ejercicio de sus competencias y la subsidiariedad. Me sugiere que este capítulo es clave para entender cómo opera la Fiscalía en la práctica y cuáles son los límites de su actuación. La autora analiza en detalle el principio de exclusividad, que establece que la Fiscalía Europea tiene prioridad en la investigación y persecución de los delitos que afectan a los intereses financieros de la UE, salvo en aquellos casos en los que decida no ejercer su competencia y remitir el caso a las autoridades nacionales.

El cuarto capítulo está dedicado a la determinación de la competencia de la Fiscalía Europea, tanto en términos objetivos como territoriales. La autora examina cómo se define el ámbito material de su competencia, con especial atención a la Directiva PIF y a los criterios de conexidad que permiten extender su ámbito de actuación a delitos relacionados con el fraude. Me sugiere que uno de los principales problemas en este ámbito es la falta de armonización en la tipificación de los delitos financieros entre los distintos Estados miembros, lo que puede generar dificultades a la hora de aplicar un enfoque unificado en la persecución de estos delitos.

Por otro lado, el análisis de la competencia territorial de la Fiscalía Europea pone de manifiesto la complejidad de su funcionamiento en un contexto en el que los delitos financieros suelen tener un carácter transnacional. Me obliga a deducir que la coordinación entre los fiscales europeos delegados y las autoridades nacionales será un factor determinante para la eficacia de la Fiscalía en la lucha contra el fraude financiero en la UE.

El quinto y último capítulo aborda las investigaciones transfronterizas y la incidencia de estas en las facultades de actuación de la Fiscalía Europea. Me sugiere que este es uno de los apartados más relevantes del libro, ya que analiza cómo la Fiscalía Europea se enfrenta al reto de coordinar investigaciones en múltiples jurisdicciones y de aplicar medidas de investigación en un contexto en el que los sistemas procesales nacionales presentan importantes diferencias.

En conclusión, *La Fiscalía Europea. Fundamentos y competencias del órgano penal de la Unión* es una obra de referencia para entender el papel de la Fiscalía Europea en el sistema penal de la UE. Su enfoque riguroso y detallado permite comprender los fundamentos normativos de este órgano, así como los desafíos prácticos que enfrenta en su labor de investigación y persecución de delitos financieros. Me obliga a deducir que la Fiscalía Europea representa un paso importante en la consolida-

ción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE, aunque su éxito dependerá en gran medida de la capacidad de los Estados miembros para garantizar su independencia y eficacia operativa. Sin duda, esta monografía se convierte en una lectura esencial para juristas, académicos y operadores jurídicos interesados en el derecho penal europeo y en la protección de los intereses financieros de la Unión.