

Impago de la responsabilidad civil y suspensión de la pena de prisión: aspectos constitucionales. Comentario a la STC 132/2022, de 24 de octubre, por Ramon RAGUÉS I VALLÈS

El funcionario público que mata ¿comete homicidio y/o abuso de autoridad? Comentario a la Casación 950-2018-Tumbes, del 27 de noviembre de 2019 de la Corte Suprema de Justicia de Perú, por Ronald H. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN

La aplicabilidad de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares en delitos cometidos a través de Internet. Comentario a la STS 547/2022, de 2 de junio, por Pau ALABAU PEREIRO

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

Impago de la responsabilidad civil y suspensión de la pena de prisión: aspectos constitucionales

Comentario a la STC 132/2022, de 24 de octubre

Ramon Ragués i Vallès
Universitat Pompeu Fabra
ramon.ragues@upf.edu

-

1. El caso resuelto y los motivos de la demanda de amparo

Los tres acusados en el procedimiento penal que propiciaría la demanda de amparo que está en el origen de la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2022¹ fueron condenados por la Audiencia Provincial de Madrid como autores de un delito continuado de estafa agravada (art. 250 CP). El motivo de la condena fue haber efectuado compras a unos proveedores a cambio de unos pagarés a sabiendas de que estos no serían atendidos al llegar la fecha de su vencimiento. La condena impuesta fue de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de nueve meses a razón de una cuota diaria de tres euros. Tras ser estimado el recurso de casación interpuesto por los citados acusados, el Tribunal Supremo (STS 497/2021, Penal, de 9 de junio [ECLI:ES:TS:2021:2274]) consideró incorrectamente aplicada la modalidad agravada de estafa y rebajó la sanción a un año y nueve meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Asimismo, se impuso en ambas instancias la obligación de indemnizar a las empresas perjudicadas: concretamente, a Mariscos Cruzado, S.L., en la cantidad de 183.473,10 euros; a La Bilbaína, S.A., en la cantidad de 144.829,45 euros; y a Mariscos Gelimar, S.L., en la cantidad de 40.000 euros.

A la vista de la entidad de la sanción finalmente impuesta, la defensa de uno de los penados solicitó a la Audiencia la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, al amparo de lo dispuesto en los arts. 80 y siguientes del Código Penal, con el compromiso de abonar mensualmente la cantidad de 500 euros a las víctimas. Tal petición fue apoyada por la Fiscalía, pero se opuso a ella una de las sociedades perjudicadas. El Tribunal rechazó otorgar la suspensión y, a tal efecto, argumentó en los siguientes términos:

«En el presente caso no se cumple el requisito de pago de las responsabilidades civiles a las que ha sido condenado el penado M.M. en relación a las cantidades a satisfacer en concepto de responsabilidad civil determinada en sentencia, es decir a MC S.L., la cantidad de 183.473,10 €, a La Bilbaína, S.A., la cantidad de 144.824,45 € y a MG S.L., en la cantidad de 40.000 €, que debe satisfacer conjunta y solidariamente con el resto de los condenados, constando únicamente que sea [sic]

¹ Sala Primera, de 24 de octubre (BOE núm. 288, de 01 de diciembre de 2022). Ponente Enríquez Sancho.

comprometido al pago de la cantidad de 500 € mensuales, reconociendo la escasez de ingresos, siendo esta cantidad insuficiente y escasa para satisfacer la cantidad que debe abonar.

Tampoco se aprecia que el penado haya asumido un compromiso serio y real de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica ni tampoco que el ofrecido vaya a ser cumplido en un plazo prudencial sin que haya ofrecido, ninguna garantía para asegurar su cumplimiento del pago. Constando dos ingresos en junio y julio de 2021 sin la constancia de posteriores. Nótese que tres los [sic] perjudicados y una cantidad global elevada, la que constituye la responsabilidad civil determinada en la sentencia que debe ejecutarse en sus propios términos».

Dicha resolución fue recurrida en súplica por el acusado, quien en el recurso pasaría a ofrecer también como garantía una vivienda hipotecada de la que era cotitular con su esposa. Además, se argumentó por la defensa que «sería contrario al art. 17.1 CE y al art. 1 del Protocolo adicional núm. 4 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), una pena de prisión para satisfacer las responsabilidades civiles». Sin embargo, esta impugnación sería también rechazada por la Audiencia, que aludió de nuevo a la falta de un compromiso serio de pago y a la ausencia de garantías suficientes que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones civiles en un plazo razonable y prudencial. También se interpuso en vano un incidente de nulidad de actuaciones en el que se denunció, de nuevo, la vulneración de diversos preceptos constitucionales en los que, posteriormente, se fundamentaría la demanda de amparo.

Una vez agotadas todas las instancias previas, en su impugnación ante el Tribunal Constitucional el penado alegó dos grandes grupos de motivos:

1) En primer lugar, diversas *vulneraciones procedimentales*, concretamente: 1) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la doble instancia (art. 24.1 CE), por el carácter irrecurrible de la resolución denegatoria de la suspensión; 2) lesión del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse dado audiencia al reo antes de serle denegada la suspensión pedida; 3) infracción del derecho a la libertad y a la tutela judicial efectiva, por insuficiente motivación de la resolución rechazando conceder la suspensión. De estas tres denuncias, solo la tercera sería finalmente admitida a trámite, por considerar la Sala que era extemporáneo el planteamiento de las dos primeras.

2) En segundo lugar, se alegó la *incompatibilidad*, en general, de la *regulación vigente de la suspensión de la ejecución* de la pena de prisión (arts. 80 ss. CP) con los arts. 17 y 24 CE, puestos en relación con el art. 1 del Protocolo 4 adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que bajo la rúbrica “Prohibición de prisión por deudas” establece que «nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual».

El recurso de amparo fue admitido «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este tribunal».

2. Sobre la posible inconstitucionalidad del art. 80.2.3.^a CP

Según el demandante de amparo, el hecho de que se le hubiera denegado la suspensión de la pena de prisión por no abonar ni garantizar los importes a los que había sido condenado en concepto de responsabilidad civil era atribuible a la propia redacción del art. 80.2.3.^a CP. Este precepto establece que «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: (...) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127». Y se añade en un párrafo posterior que «este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento». Según la demanda, este precepto podría ser incompatible con los arts. 17 y 24 CE, al consagrar un supuesto de prisión por deudas. Al tratarse de una impugnación de la constitucionalidad del citado artículo, el Tribunal decide responder a esta cuestión en primer lugar.

En su pronunciamiento sobre la cuestión, la Sala confirma la plena compatibilidad del precepto con el texto constitucional. Así, citando la previa STC 104/2022, se argumenta que «el art. 80.2.3 CP explicita claramente que la satisfacción de la responsabilidad civil, como condición para la suspensión, puede alcanzarse para los delincuentes primarios si suscriben un compromiso de pago “de acuerdo a su capacidad económica”, e incluso si no fueren primarios —y siempre que no sean reos habituales— si satisfacen la indemnización del perjuicio causado “conforme a sus posibilidades físicas y económicas” (art. 80.3). Y establece, en fin, en el art. 86.1 d) que la suspensión solo se revocará, en el aspecto que aquí se examina, si el beneficiario facilita “información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado”, o “no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello”». Según la Sala, «en ningún precepto del Código se indica que la sola falta de capacidad económica será motivo para denegar la suspensión, o en su caso para revocar la suspensión ya concedida; lo que es distinto a la acreditación de una conducta deliberadamente renuente a satisfacer dicha responsabilidad civil, en todo o en parte».

El Tribunal recuerda que ya en su previo Auto 3/2018, de 23 de enero (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018), rechazó admitir una cuestión de inconstitucionalidad acerca de este precepto. Así, en relación con la existencia de una posible discriminación entre el tratamiento punitivo según la capacidad económica de los reos señala la Sala que «el legislador afirma expresamente que opta por otro régimen distinto, en el que la obligación de pagar la indemnización no desaparezca de antemano, debiendo comprometerse el penado a satisfacer la responsabilidad civil impuesta de acuerdo “con su capacidad económica”, esto es, debiendo asumir que, como condenado que quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena que le ha sido impuesta, tiene la obligación de realizar algún tipo de esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer sus responsabilidades frente a la víctima del delito cometido». En tal sentido, razona el Tribunal que lo anterior no obsta «a que durante la ejecución de la suspensión de la pena se valore si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado, eventualmente acompañado de una ocultación de bienes,

quedando claro en la regulación en vigor que, si el penado resulta realmente insolvente, la suspensión de la ejecución de la pena no ha de ser revocada».

Según se afirma en la sentencia, «lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto». En cuanto a la posible vulneración de lo dispuesto en el Protocolo 4, se señala asimismo que «en el asunto que se juzga en este recurso no se trata en modo alguno de suspender una pena de prisión o no para que se cumpla un contrato, sino de la ejecución de una condena civil incluida en una sentencia firme penal, que ha declarado la responsabilidad del recurrente por la comisión de un delito de estafa continuado, junto con la obligación de reparación del perjuicio económico causado indebidamente a las entidades perjudicadas, entre ellas a la personada en este proceso».

Por todo ello concluye la Sala afirmando que lo dispuesto por el precepto en cuestión es plenamente compatible tanto con el texto constitucional como con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, sin que se vulnere la prohibición de prisión por deudas.

3. Sobre los deberes de motivación

Tras reafirmar la constitucionalidad del precepto, el Tribunal pasa a estudiar el siguiente motivo de denuncia, a saber, la queja del acusado recurrente de que el auto de la Audiencia «denegó la suspensión pedida sin ponderar sus circunstancias individuales y familiares ni indagar sobre su situación económica, y que esa falta de ponderación se reitera en los actos impugnados posteriores». A diferencia de la anterior alegación, en este caso el Tribunal sí da la razón al recurrente y señala que, si bien «no puede decirse que la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid (...) se haya abstenido de efectuar un juicio de ponderación, frente a la solicitud de suspensión de la pena de prisión de un año y nueve meses que presentó el aquí recurrente. Sin embargo, la ponderación realizada se observa patentemente insuficiente y por ello mismo infractora del deber de motivación reforzada a que venía sujeto aquel tribunal».

Para sostener semejante afirmación la Sala constitucional reprocha a la Audiencia que negara la existencia de un compromiso serio por parte del demandante de cumplir con sus obligaciones de pago, cuando «se ignora qué diligencias de averiguación del patrimonio del recurrente llevó acabo la sección de ejecución para determinar si los 500 € mensuales ofrecidos en el escrito de solicitud, era o no el límite de lo que el recurrente podía ofrecer de acuerdo a su acreditada capacidad económica; es decir, por qué al parecer de la sección no se trataba de un “compromiso serio y real” de satisfacer la responsabilidad civil debida, ni siquiera habiendo efectuado ya dos ingresos». Según el Tribunal Constitucional, «es evidente que más allá de lo que manifieste el penado, el órgano judicial debe emprender una averiguación del patrimonio real de este último, no solo atendiendo a los hechos que alega el acusador particular para facilitar su búsqueda o el

Ministerio Fiscal, sino haciendo uso de las instituciones y medios puestos a su alcance para intentar un resultado positivo».

También se reprocha en la resolución que el Tribunal provincial no efectuara las actuaciones pertinentes en cuanto a la averiguación del valor de la vivienda y sus cargas. Así se afirma que «interpuesto recurso de súplica el recurrente introdujo una variante relativa a su capacidad económica, hasta entonces no mencionada: ser propietario de una vivienda que identifica, y de la que informaba que está gravada con dos hipotecas. Ante esta alegación, y más allá de que el recurrente intentara menospreciar el valor económico del inmueble, el tribunal de ejecución debió realizar las pertinentes averiguaciones acerca de su titularidad dominical (si es bien privativo o ganancial), su valor actual, el importe pendiente de las cargas que lo gravan, y explorar por tanto las posibilidades de que dicho bien quede afectado a la satisfacción de la responsabilidad civil, mediante su venta o en su caso arrendamiento».

En resumen: según la sentencia, «no solamente para evitar al recurrente los efectos de una pena corta de prisión, sino para permitir que las entidades perjudicadas puedan ver satisfechas cuanto sea posible la responsabilidad civil objeto de condena, la sección de ejecución debió haber agotado las posibilidades de averiguación patrimonial de la capacidad económica del penado y ni lo hizo ni ha tomado en cuenta el bien inmueble ofrecido por aquel a fin de que pudiera saldarse la deuda, si no totalmente, al menos mediante un calendario proporcionado a esa capacidad económica acreditada, conforme a sus circunstancias personales y familiares. Efectuando así la sección de ejecución, de manera defectuosa, el juicio de ponderación que le era exigible».

Concluye el Tribunal afirmando que, «al carecer las resoluciones dictadas del deber de motivación reforzada, se produce la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE), puesto en relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE)» y añade que debe estimarse la demanda interpuesta «acordando como medidas para la reparación del derecho vulnerado la nulidad de todas las resoluciones impugnadas, y la retroacción de las actuaciones de la ejecutoria al momento inmediatamente anterior al de haber sido dictado el auto de 13 de octubre de 2021, para que en su lugar se pronuncie otra resolución que resulte respetuosa con el derecho reconocido».

4. Valoración crítica

La sentencia 132/2022 vuelve sobre un tema al que, en tiempos recientes, el Tribunal Constitucional ha dedicado su atención en diversas resoluciones². La valoración de este nuevo pronunciamiento debe efectuarse respecto de las dos cuestiones expuestas: por un lado, la constitucionalidad en general del art. 80.1.3.^a CP; y, por otro, el cumplimiento en el caso concreto de los deberes de motivación que rigen en el momento de aplicar el citado enunciado legal.

² Entre estas cabe citar la STC 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 08 de abril de 2022), comentada por BELMONTE PARRA en esta misma sección (*InDret*, (3), 2022, pp. 397-410) y por VARONA GÓMEZ en la editorial de *InDret*, (3), 2022; así como la STC 104/2022, de 12 de septiembre (BOE núm. 253, de 21 de octubre de 2022).

4.1. En cuanto a la constitucionalidad del precepto

La prohibición de prisión por deudas es una de las principales conquistas históricas en la búsqueda de un Derecho penal más civilizado. Este límite al *ius puniendi* es una *derivación del principio de culpabilidad*, que impide castigar por hechos o circunstancias que el acusado no haya tenido capacidad de impedir (*ultra posse nemo obligatur*). Aquella persona que, debido a su desgracia o a su desacierto, deviene insolvente y no puede hacer frente a sus obligaciones civiles no puede ser legítimamente castigado por tal incumplimiento. Ello no incluye, por descontado, aquellos casos en los que el acusado no paga porque no quiere hacerlo –como, por ejemplo, sucede a menudo en el caso del delito de impago de pensiones (art. 227 CP)- o cuando simula su falta de solvencia, lo que puede dar lugar a un delito de frustración en la ejecución (art. 257 CP). La incapacidad de pago debe ser el resultado del infortunio o de comportamientos negligentes del deudor, no de actuaciones buscadas.

La prohibición de prisión por deudas tiene un núcleo incuestionable, que es la imposibilidad de imponer mediante el Derecho penal el deber de cumplir obligaciones económicas y de sancionar bajo pena su incumplimiento³. Sin embargo, *no parece tan claro que este núcleo deba extenderse también a determinadas vicisitudes relacionadas con la fase de ejecución*, que es el problema que se plantea en la sentencia del Tribunal Constitucional aquí comentada: en este supuesto el presupuesto jurídico del castigo no es un incumplimiento de una obligación de pago, sino la comisión de un delito de estafa; y lo que se discute, más bien, es si la imposibilidad legal de beneficiarse de la suspensión de la pena impuesta por no hacer frente a la responsabilidad civil derivada de delito debe considerarse compatible con el texto constitucional.

En el Derecho vigente la capacidad económica para reparar el daño ocasionado a la víctima es una circunstancia que no solo afecta a la ejecución de la pena cuando se solicita la suspensión de la ejecución de la prisión, sino que ya se toma en cuenta en el momento de calcular el *quantum* de la propia pena. Concretamente, cuando se plantea la aplicación del art. 21.5 CP, que regula la circunstancia atenuante aplicable cuando haya procedido el culpable «a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral». En estos casos la posibilidad de abonar la indemnización aun es más determinante de los años de prisión efectiva que un acusado puede acabar cumpliendo. Es más: en no pocos supuestos la reparación del daño permite a los reos, precisamente, acceder a la suspensión de la ejecución y acabar eludiendo la prisión. Ello por no mencionar el caso de aquellos delitos en los que el pago libera completamente de castigo, como sucede en el supuesto de la regularización aplicable al delito contra la Hacienda Pública (art. 305.4 CP).

Ya en la regulación vigente de la atenuante de reparación *son mejor tratados quienes cuentan con recursos económicos* que les permiten hacer frente a la obligación resarcitoria que aquellos sujetos que no tienen medios para reparar; y, por supuesto, que aquellos otros que cometen un delito cuya naturaleza impide cualquier tipo de reparación, como, por ejemplo, los que afectan a bienes jurídicos supraindividuales⁴. Ello podría llevar a pensar en otros modelos regulatorios que no

³ De hecho, tanto el art. 1 del Protocolo 4 como el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos solamente aluden a la prohibición de imponer prisión por el incumplimiento de *obligaciones contractuales*, lo que aun establece un núcleo más limitado que el mencionado *supra*.

⁴ Así, por ejemplo, la STS 572/2021, Penal, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2683), en la que se rechaza la posibilidad de aplicar al delito de tráfico de drogas la atenuante de reparación.

entrañaran este aparente riesgo de discriminación entre acusados, a saber: 1) la negativa a atribuir todo valor atenuatorio al hecho de reparar; o 2) permitir que una reparación proporcional a la capacidad de cada sujeto tenga un mismo valor atenuatorio, sin ser necesaria la plena reparación del daño para aplicar la atenuante. Sin embargo, ambas posibilidades plantean problemas:

1) Si se *negara valor atenuatorio a la reparación*, las principales perjudicadas serían las víctimas, que en general verían reparados sus daños de manera más tardía (en fase de ejecución de sentencia) y, en muchos casos, de manera nula o incompleta. Cualquier persona mínimamente familiarizada con la práctica forense sabe que, gracias a la existencia de la atenuante de reparación, a menudo se asiste a auténticos “milagros económicos” y que personas teóricamente insolventes logran –más allá de su capacidad económica reconocida- obtener fondos de los lugares más insospechados para evitar la prisión. Eliminando el valor atenuante de la reparación, este efecto positivo para los perjudicados se echaría a perder, por no hablar de los costes personales y sociales derivados del mayor número de condenas que supondría eliminar esta circunstancia modificativa.

Como han señalado algunos autores, la reparación del daño es un *equivalente funcional de la pena*, que reduce la necesidad de esta por dos grandes razones: en primer lugar, porque supone una expresión de reconocimiento del Derecho por parte del acusado; y, en segundo término, porque entraña en sí misma un sacrificio para quien la lleva a cabo que compensa parcialmente el contenido aflictivo del castigo⁵. Por estos motivos, aunque el sujeto merezca sanción, en el caso de reparación del daño no es necesario castigarle con tanta pena. Una reducción de la necesidad de castigo que no se observa, en cambio, cuando, por las razones que sean, no se repara en absoluto.

2) Un efecto parecido se produciría en el caso de *conferir valor atenuatorio a conductas de reparación muy incompletas pero proporcionales a la capacidad económica del sujeto condenado*. En tal escenario los reos no tendrían ningún incentivo para tratar de conseguir recursos, más allá de sus activos (formalmente reconocidos), para lograr resarcir a la víctima, lo que claramente perjudicaría a estas. En otras palabras: se incentivaría la reparación *hasta* la capacidad económica presente y formal, pero no *más allá* de esta por medio, por ejemplo, de solicitar préstamos a terceros o del afloramiento de activos no reconocidos ante las autoridades, tan frecuentes en la práctica.

La conclusión a estos razonamientos es que *el modelo vigente, es decir, el que reconoce efectos atenuatorios a la reparación cuando esta se produce de manera efectiva y completa es mucho más adecuado para proteger a las víctimas*, un fin indiscutible de cualquier política criminal. La consecución de este fin no parece incompatible con el principio de culpabilidad si el sujeto condenado y obligado a reparar tuvo la capacidad de impedir el delito que motivó la condena, aunque luego no tenga plena capacidad reparadora. Este modelo, desde luego, es más favorable para aquellos sujetos que, una vez cometido el delito, cuentan con recursos para resarcir a los perjudicados. Pero que en el conflicto entre una garantía absoluta de igualdad entre acusados y la protección de las víctimas la balanza se decante del lado de estas últimas parece una decisión legítima pues, al fin y al cabo, el sujeto que no repara acaba padeciendo un mal merecido y necesario en términos jurídico-penales. Por lo demás, que no existe un trato discriminatorio

⁵ Para más detalles, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 122 ss.

incompatible con el art. 14 CE entre quien satisface sus obligaciones de pago y quien no lo hace es algo ya afirmado anteriormente por la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en la STC 230/1991, de 10 de diciembre (BOE núm. 3, de 03 de enero de 1992), que se pronunció sobre la constitucionalidad de la responsabilidad personal subsidiaria aplicable en caso de impago de una pena de multa⁶. La menor necesidad de pena a la que se ha aludido anteriormente justifica esta diferencia de trato cuando existe reparación.

Si se aceptan estas premisas para la atenuante de reparación, *nada debería obstar a que un modelo parecido se aplicara con respecto a la suspensión de la ejecución de la pena*, es decir, que solo aquellos que repararan íntegramente el daño causado se pudieran beneficiar de dicha suspensión. Por las razones expuestas, dicho modelo no sería incompatible con la prohibición de prisión por deudas. Esta idea, de hecho, parece desprenderse de varios pasajes del ya citado ATC 3/2018, concretamente cuando se afirma que «la suspensión de la ejecución no es el título habilitante de la pérdida de libertad, sino una incidencia ejecutiva que modaliza, en beneficio del reo, el cumplimiento de la pena impuesto en dicho título, que es la sentencia condenatoria».

Sea como fuere, desde 2015 el Código Penal vigente opta por una regulación en la que la satisfacción efectiva de las responsabilidades civiles es un requisito para obtener la suspensión (art. 80 CP), pero, al mismo tiempo, *se deja abierta la posibilidad de acordar un “plan de cumplimiento”, por así decirlo, que incluye la posibilidad de que el acusado satisfaga su obligación por cuotas y de modo diferido en el tiempo*. Esta opción parece adecuada en la medida en que tiene en cuenta las dificultades que puede tener el sujeto para pagar de una vez el montante indemnizatorio, pero sin dejar de lado la pretensión de la víctima de ser resarcida. Esta última queda mucho mejor preservada que en la regulación previa a 2015, cuando la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a la responsabilidad no era motivo de denegación de la suspensión⁷. Se trata, por tanto, de *una respuesta equilibrada para los intereses en conflicto* que concurren en estas situaciones.

⁶ En concreto, se afirmó en dicha resolución que «[p]artiendo, pues, de estos imperativos, no cabe apreciar discriminación alguna de las personas insolventes respecto de las que sí poseen medios económicos cuando la cantidad de dinero -ofrecida voluntariamente o tras la necesaria excusión de bienes- no basta para atender a cubrir las responsabilidades penales y civiles derivadas de la condena y haya de aplicarse la responsabilidad penal subsidiaria. Como ya dijimos en nuestra anterior STC 19/1988, fundamento jurídico 6.º, respecto de la previsión legal de la responsabilidad personal subsidiaria contenida en el art. 91 C.P., que necesariamente entra en juego, “esta disposición legal, en efecto, no puede ser entendida sino como una regla adicional o complementaria respecto de todas y cada una de las que, a lo largo del articulado del Código sancionador, prevén una penalidad de multa para el supuesto de la comisión de determinado ilícito y su sentido no es otro que el de ordenar una previsión específica -no ‘diferenciadora’- para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del Legislador que adoptó este precepto pues, sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes, así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros - entre los solventes y quienes no lo sean-, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el art. 14 C.E., por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previsión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la Ley penal, la generalidad del mandato sancionador».

⁷ Puede encontrarse una comparación de las dos regulaciones, con numerosas referencias adicionales, en ABEL SOUTO, *La suspensión de la ejecución de la pena*, 2017, pp. 90 ss. Sobre la reparación a la víctima como uno de los fines del actual modelo de suspensión, cfr. VARONA GÓMEZ, «Fundamentación y aplicación práctica de la suspensión de la pena de prisión», *Cuadernos penales José María Lidón. La ejecución de las penas*, (15), 2019, p. 241.

Precisamente por ello, en términos de protección a la víctima es cuestionable lo dispuesto en el art. 86.1.d CP, donde se señala que el tribunal podrá revocar la suspensión cuando el acusado «no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello». Esta última previsión deja en buena medida en papel mojado la existencia del propio compromiso de pago, a no ser que se interprete en unos términos tales que la falta de capacidad se deba a alguna razón imprevisible en el momento en que aquel se adquirió y se exija la necesidad de novar dicho compromiso de una manera proporcional a la nueva capacidad del sujeto. De otro modo, no hay ninguna diferencia práctica entre el texto vigente y el anterior a 2015: el único cambio relevante es que ahora al individuo insolvente que pretende la suspensión se le hace pasar por la asunción formal de un compromiso que sabe que no puede ni piensa cumplir, algo ciertamente poco o nada útil para las víctimas⁸.

En todo caso, son estas cuestiones que tienen que ver con la *interpretación de estos enunciados en tanto que leyes penales* y no con la dimensión constitucional del precepto. Como ya se ha señalado anteriormente, que este régimen legal *es compatible con la Constitución* y con la prohibición de prisión por deudas parece fuera de discusión: es más, por las razones expuestas parece que podría serlo también aun cuando el legislador hubiera sido mucho más exigente con los acusados que pretenden beneficiarse de la suspensión aplicando criterios parecidos a los que ya rigen para la atenuante de reparación del daño, cuya constitucionalidad no consta que haya sido puesta en entredicho.

4.2. En cuanto a la motivación del caso concreto: ¿incluye el deber de motivación reforzada un deber activo de indagación patrimonial?

Sentadas las anteriores premisas, y si bien se coincide con el Tribunal en la constitucionalidad del precepto cuestionado, resultan *más discutibles algunos de los argumentos ofrecidos para fundamentar la estimación de la demanda de amparo*. En tal sentido, y como ya se ha expuesto, dicha demanda es estimada porque, a juicio del Tribunal Constitucional, «la sección de ejecución debió haber agotado las posibilidades de averiguación patrimonial de la capacidad económica del penado y ni lo hizo ni ha tomado en cuenta el bien inmueble ofrecido por aquel a fin de que pudiera saldarse la deuda, si no totalmente, al menos mediante un calendario proporcionado a esa capacidad económica acreditada, conforme a sus circunstancias personales y familiares».

Es dudoso, en primer lugar, que en los casos de incumplimiento de compromiso de pago *tenga que ser el órgano judicial* (o la acusación) *quien deba realizar los esfuerzos necesarios para acreditar la solvencia económica de los reos*: tal exigencia no se desprende del art. 80.2 CP, sino más bien al contrario. Así, este precepto permite considerar satisfecho el requisito relativo a la responsabilidad civil simplemente cuando el acusado “asuma el compromiso” de satisfacer dicha obligación. Cabe interpretar perfectamente, sin contravenir el tenor literal del precepto, que al

⁸ En general, sobre los posibles escenarios de incumplimiento del compromiso resarcitorio, cfr. TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de la libertad*, 2018, pp. 401 ss. Señala esta autora (p. 402) que «no procederá la revocación de la suspensión si el sujeto incumple el compromiso asumido porque carece de capacidad económica, que, como se ha explicado anteriormente, ha de tratarse de una incapacidad sobrevenida (pues si existía en el momento de acordar la suspensión, esta incapacidad económica se habrá atendido en el propio compromiso), y entendida en su significado material, como que el sujeto efectivamente carece de medios para hacer frente a su responsabilidad, no siendo suficiente con la declaración formal de insolvencia».

tratarse de un régimen excepcional y especialmente beneficioso para el reo –pues, después de todo, la obligación de reparar no se ha cumplido todavía- *deba ser él mismo quien explique al tribunal con qué activos o fuentes de ingresos pretende cumplir con el compromiso que está adquiriendo.*

La anterior idea se desprende también de la facultad (no el deber), que se reconoce al órgano sentenciador, de “solicitar las garantías” con las que el sujeto piensa asegurar el cumplimiento de la obligación. Y también es elocuente lo dispuesto en el art. 86.4 CP en su segundo párrafo, cuando señala, a los efectos de revocar la suspensión, que «el juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver». Conviene subrayar el evidente carácter potestativo (“*podrá*”) de estas facultades de averiguación que se atribuyen a los órganos judiciales penales.

Este traslado de las cargas de acreditar la solvencia al sujeto que adquiere el compromiso de pago -o que solicita su novación en caso de pérdida de capacidad económica- parece perfectamente compatible con la Constitución y con el texto del Código Penal vigente, además de resultar mucho más sensible con los legítimos intereses de las personas perjudicadas por el delito. Solo cuando el sujeto haya aportado datos acreditativos de su capacidad de cumplir el compromiso o de garantizarlo el Tribunal deberá razonar, en su caso, de manera reforzada por qué considera insuficiente la capacidad mostrada; o, en los casos de incumplimiento del compromiso por pérdida de capacidad económica, deberá razonar por qué no considera creíble tal circunstancia⁹.

En el caso resuelto, y aunque en este punto los antecedentes de la sentencia son poco claros, parece que, tras haber abonado dos cuotas mensuales de 500 euros, el acusado dejó de pagar la citada cantidad sin exponer qué circunstancias habrían cambiado para impedirle hacer frente a la cifra acordada en su momento¹⁰. Además, la Audiencia justificó también por qué motivo consideró insuficiente la garantía ofrecida por el reo cuando se le denegó la suspensión: según se desprende de los antecedentes de la resolución comentada, en el auto que desestimó el recurso de súplica se alude a la escasa e incierta capacidad económica del acusado «haciendo mención a la misma mencionando ser dueño de una vivienda gravada con dos hipotecas, que además ha perdido valor. Realizar un ofrecimiento nuevo que no es sino la vivienda mencionada, siendo que de su propio relato, se pone de manifiesto su insuficiencia como también el ofrecimiento de dinero garantizado con hipoteca sobre la vivienda a realizar por su esposa a la nueva cifra a pagar, sobre cuya capacidad de administración el propio penado la pone en duda».

Ciertamente el anterior pasaje no es un modelo de claridad en la argumentación jurídica, pero en él se explican las razones por las que la Audiencia decidió no aceptar la garantía ofrecida por el acusado tras el incumplimiento de su inicial compromiso. *La exigencia* -contenida en la sentencia constitucional- *de que el órgano judicial ejecutor, como parte de su deber de motivación reforzada, tenga además que indagar las condiciones de la titularidad dominical del inmueble, su valor actual y cargas, así como explicar las posibilidades de afrontar la responsabilidad civil mediante la venta o arrendamiento de los activos va mucho más allá de lo que son los deberes de motivación,*

⁹ Sobre el llamado deber de motivación reforzada en anteriores resoluciones, cfr. VARONA GÓMEZ, *Cuadernos penales José María Lidón. La ejecución de las penas*, (15), 2019, pp. 241 ss.

¹⁰ El auto en el que se denegó la suspensión es de octubre de 2021 y en él se señala expresamente que se tiene constancia de dos ingresos en junio y julio de 2021 «sin la constancia de posteriores».

imponiéndose al órgano judicial unos deberes de investigación patrimonial -e incluso de tasación de activos- que no se observan en el texto del Código Penal.

Ciertamente, en la ya citada STC 32/2022 se estableció que el acusado tenía derecho a ser oído para que el Tribunal pudiera conocer las razones por las que no podía cumplir su compromiso antes de revocar la suspensión, pero, sin perjuicio de este derecho de audiencia, solo se aludió a la existencia de un deber de indagación de manera muy colateral y en referencia a la circunstancia de que, en aquel concreto caso, la Audiencia había atribuido al sujeto una intención fraudulenta de incumplir el compromiso garantizado.

En tal sentido sorprende cómo el Tribunal Constitucional, normalmente comprensivo con los jueces ordinarios por poco que estos motiven mínimamente sus decisiones, *haya transformado en este caso el deber de audiencia y motivación reforzada nada menos que en un deber activo de indagación* que no está previsto en la ley. Ello cuando, por lo demás, no rigen en este ámbito las cargas propias de la presunción de inocencia -la culpabilidad del acusado ya ha sido acreditada en el juicio- de tal modo que no parece que deban existir obstáculos insalvables desde el punto de vista constitucional para sostener que el reo que pretende beneficiarse de la suspensión tiene que asumir la carga de acreditar cómo piensa cumplir con su compromiso o de justificar por qué *a posteriori* no puede cumplirlo, algo que al afectado siempre le resultará mucho más sencillo que al propio órgano judicial.

Ciertamente la exigencia del Tribunal Constitucional puede parecer mucho más respetuosa con los derechos fundamentales del acusado, pero en la práctica con la imposición de semejantes obligaciones a los órganos de ejecución penal se corre el evidente riesgo de una mayor desprotección patrimonial de las víctimas, pues la incapacidad de pago se dará por acreditada siempre que el juez o tribunal no logre encontrar activo alguno, un escenario más probable que si se impone al reo la carga de acreditar su incapacidad absoluta de pago, especialmente cuando existió un compromiso inicial de que se podía abonar una determinada cantidad. En tal sentido no estaría de más que en próximas sentencias el Tribunal Constitucional aclare cómo se distribuyen las cargas de alegar y probar en este momento procesal, pues se trata de la cuestión clave que subyace tras el presente debate y que la sentencia no aclara suficientemente: si en todo caso se confirma que el acusado puede alegar cualquier cosa y todas las cargas indagatorias recaerán en el Tribunal se estará imponiendo un modelo que no está en la ley y que es muy garantista para el reo, pero preocupante desde la perspectiva de la tutela de los intereses de la víctimas.

5. Conclusiones finales

1. Por los motivos expuestos, cabe concluir afirmando -de acuerdo con el Tribunal Constitucional- que la actual regulación española de la suspensión condicional de la prisión y, más concretamente, la exigencia de un compromiso del acusado condenado de satisfacer las responsabilidades civiles, resulta compatible con el texto constitucional y con la prohibición de prisión por deudas. Por las razones expuestas *supra*, también debería serlo, por cierto, un modelo regulatorio que, de manera objetiva, condicionara la suspensión al pago de las responsabilidades civiles con independencia de la capacidad del sujeto, aunque el Tribunal no se pronuncie expresamente respecto de tal posibilidad y en resoluciones anteriores (STC 32/2022) más bien se haya manifestado en sentido opuesto.

2. Por otra parte, es muy cuestionable que el texto constitucional en sus arts. 24.1 y 17 CE imponga al juez o tribunal que ejecuta la sentencia condenatoria el deber de indagar activamente acerca de las posibilidades económicas del reo y no que deba ser este quien, cuando solicita la suspensión, acredite con qué medios y garantías piensa cumplir su compromiso de pago o, llegado el caso, por qué razones ha devenido a peor fortuna cuando con posterioridad no pueda cumplir con su previo compromiso. De un deber judicial de motivación -aunque sea reforzado- no puede inferirse sin más un deber de indagación activa de bienes por parte del órgano judicial cuando quien en su día sostuvo que podía pagar una cantidad deja de hacerlo sin ofrecer ninguna razón para ello.

El funcionario público que mata ¿comete homicidio y/o abuso de autoridad?

Comentario a la Casación 950-2018-Tumbes, del 27 de noviembre de 2019 de la Corte Suprema de Justicia de Perú

Ronald H. Vilchez Chinchayán
Universidad de Piura (Perú)
ronald.vilchez@udep.edu.pe

1. Presentación

Es algo aceptado que la Administración pública dota de facultades a sus funcionarios para hacer posible la voluntad pública y, que en algunos casos, se traducen en el uso de fuerza física. No lo es, por el contrario, el exceso o el uso indebido de la fuerza pública que produzcan distintos menoscabos en los particulares con motivo de ese ejercicio público. Se le exige al agente que cuide siempre su actuación manteniéndose dentro del marco de la legalidad y, que en el supuesto en el que deba hacer uso de la fuerza, sea necesaria, guarde proporción y mesura. Ahora bien, a partir de aquí se pueden presentar dos extremos: por un lado, que aún en el supuesto de que se produzca una lesión o incluso la muerte, la actuación del funcionario público no tenga el desvalor penal para imputarle responsabilidad penal en tanto se ubica dentro del marco del ejercicio regular de un derecho (y dé paso a una causa de justificación). Por otro lado, que sí sea posible imputarle responsabilidad penal. Aquí también es posible hacer una distinción entre aquellos casos en los que el funcionario tiene responsabilidad por omisión por no haber salvaguardado el interés¹ y aquellos supuestos en los que debe establecerse concretamente cuál es el tipo penal aplicable. De esta última cuestión nos ocuparemos en el presente trabajo. Específicamente, tomaremos como referencia los hechos expuestos en la Casación 950-2018-Tumbes, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, donde se discute la posibilidad de responsabilizar penalmente a un agente de la policía bajo el delito de abuso de autoridad o de homicidio simple o de aplicar un concurso de delitos.

A continuación, nos enfocaremos en revisar, por un lado, aspectos generales del delito de abuso de autoridad. Por otro lado, nos concentraremos en analizar qué clase de perjuicio es el que forma parte del delito de abuso de autoridad. Todo esto con la finalidad de contar con criterios jurídicos que nos permitan afrontar casos como los que resuelve la Corte Suprema en la mencionada casación y dar nuestra opinión sobre si es posible la configuración de un único delito (abuso de autoridad) o si se configuran otros tipos penales (en este caso, contra la vida y la salud).

¹ Cfr., con mayores referencias, COCA VILA, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 2017, pp. 29 ss.

En consecuencia, a continuación, presentaremos, en primer lugar, al delito de abuso de autoridad regulado en el art. 376 del Código penal peruano (en adelante, Cpp) e inmediatamente los principales hechos de la mencionada casación (2). En segundo lugar, la configuración del delito de abuso con especial énfasis en el elemento del perjuicio (3). Por último, daremos cuenta de un balance final (4).

2. Los hechos

Según se recoge en dicha sentencia de casación, el 12 de noviembre de 2013, aproximadamente a las 22.00 hs., Jeyri Kevin Julca Dávila (20), suboficial de tercera de la Policía Nacional del Perú (PNP), se encontraba a bordo de una unidad policial tipo furgón, acompañado del suboficial de segunda PNP Argenis Roland Cruz Oyola, ambos pertenecientes a la Comisaría de San José, quienes se desplazaban por la calle Bolívar de norte a sur – Tumbes, a la altura de la estación de bomberos. En este lugar advirtieron la presencia de un vehículo conocido como “Lucho” que circulaba en la misma dirección a gran velocidad, y observaron que en su interior iban dos sujetos de sexo masculino. Estos individuos transportaban combustible de procedencia extranjera y al notar la presencia policial incrementaron la velocidad. Esta situación dio lugar a una persecución policial que concluyó por las inmediaciones del cruce formado por las avenidas Veinticuatro de Julio y Navarrete donde intempestivamente se acoplaron dos vehículos más, impidiendo, de este modo, la intervención del primer vehículo, que logró fugarse. Durante la persecución, según se indica en el relato de los hechos, hubo un intercambio de disparos, dos de los cuales impactaron en el vehículo que trasladaba al personal policial interviniente.

En estas circunstancias, Julca Dávila bajó de la unidad policial e intervino el vehículo de placa de rodaje FO - 3272, que se interpuso y había dificultado la labor policial. Este auto era conducido por Manuel Enrique Benítez Jiménez y en el que iban también Viviana Anaís Torres Conde y su menor hija. Julca Dávila efectuó disparos y se acercó al vehículo, produciéndose una discusión con la señora Torres Conde y un ulterior altercado. Julca efectuó un último disparo que impactó en el parabrisas posterior del auto que terminó impactando en la cabeza de Benítez Jiménez ocasionándole la muerte. Finalmente, se precisan dos datos: los disparos durante esa intervención se efectuaron, pese a que la detención de Benítez ya se había producido; y el arma de fuego utilizada el día de los hechos fue asignada al citado efectivo policial.

El segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes dictó la sentencia condenando a Julca Dávila como autor de los delitos de homicidio simple y abuso de autoridad imponiéndole una pena de 10 años de prisión, y al pago de la reparación civil de ciento cincuenta mil soles y de cinco mil soles a favor de los herederos legales del occiso y de mil soles a favor del Estado. Ante el recurso de apelación presentado por Julca Dávila, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes emitió sentencia confirmando la condena por los delitos de homicidio simple y de abuso de autoridad, pero variando la sanción a 8 años 8 meses de prisión y confirmando lo demás respecto a la reparación civil. La Corte Suprema resolvió declarar fundado el recurso de casación interpuesto por Julca Dávila y, en consecuencia, confirmaron la sentencia de primera instancia en cuanto lo condena como autor del delito de homicidio simple y fijó en ciento cincuenta mil soles el monto de la reparación civil, pero revocó el extremo que lo condenó como autor del delito de abuso de autoridad y lo absolvieron contra dicho delito. Le impusieron, finalmente, 5 años y 6 meses de pena privativa de libertad.

3. El delito de abuso de autoridad

3.1. Introducción

Para la configuración del delito previsto en el art. 376 Cpp² se requiere de un funcionario público que, abusando de sus competencias o atribuciones, realice (cometa) o mande (ordene) un acto arbitrario causando un perjuicio a alguien. De dicha lectura parecería que no existe complicación en la interpretación en tanto cada uno de los términos podría ser entendido –aunque sabemos que sería un camino equivocado– aplicando un sentido propio del lenguaje extra-penal. No obstante, las continuas precisiones que se han realizado a nivel doctrinal³ permiten concluir que, en realidad, se requiere mucho más que una simple lectura o mucho más que una interpretación sobre la base del lenguaje no técnico. Esto puede afirmarse sobre todos los elementos mencionados. Si bien, llegados a este punto, correspondería dar cuenta de todos y cada uno de ellos⁴, nos concentraremos en esta ocasión, debido al especial interés que produce, en un término tan amplio como es el perjuicio.

3.2. Precisiones

Con base en lo expuesto es oportuno hacer hincapié en que, por un lado, los hechos narrados en la sentencia parecen no ser los más claros y los brindados dejan algunas dudas, de ahí que las posibilidades de interpretación sean varias, no obstante, aquí partiremos de las circunstancias que han sido validadas por el Supremo Tribunal. Por otro, que los argumentos jurídicos de la Corte Suprema se han concentrado, entre otros⁵, en dos cuestiones que han servido para resolver el caso: la subsidiariedad del delito de abuso de autoridad y la determinación de la situación como una en donde se aplica solo un delito (homicidio simple previsto en el art. 106 Cpp⁶) y no varios (los previstos en el art. 106 y el que ahora se comenta, previsto en el art. 376 Cpp). Dicho esto, podría llamar la atención y generar el siguiente cuestionamiento: ¿qué tiene que ver todo esto con el perjuicio? En mi opinión, el perjuicio es el tema clave que «sobrevuela» en todo el razonamiento jurídico para resolver el caso, pues la muerte del conductor del vehículo («el perjuicio») a manos del efectivo policial sirve para que los tribunales, de primera y segunda instancia así como la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se pregunten si debe aplicarse solo el delito que sanciona la muerte (homicidio); si debe aplicarse solo el delito que contempla el supuesto en el que un funcionario público (un policía) causa un perjuicio no comprendido en otro tipo penal específico (abuso de autoridad); o si deben aplicarse ambos tipos penales, es decir, dar paso al concurso de delitos.

² Su tenor literal es el siguiente: «El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años. Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años».

³ Cfr., por todos, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, 5ª ed., 2019, pp. 260 ss.

⁴ En cualquier caso, para la revisión de los otros elementos, me remito a lo desarrollado en VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, 2021, pp. 215-234.

⁵ También se encarga de precisar que la aplicación del art. 22 Cpp, donde se prevé la posibilidad de reducir prudencialmente la pena cuando el agente, en el momento de los hechos tenga más de 18 pero menos de 21 años o más de 65 años, es obligatoria.

⁶ Que sanciona con una pena privativa de libertad de 6 a 20 años a quien mata a otro.

En lo que sigue tomaremos como punto de partida para la discusión la solución de la Corte Suprema de que un efectivo policial que realiza una intervención, dentro del ejercicio de sus funciones, y que termina produciendo la muerte de un sujeto producto de un disparo que efectúa con su arma reglamentaria, no se resuelve aplicando conjuntamente los tipos penales de abuso de autoridad (art. 376 Cpp) y homicidio simple (art. 106 Cpp) como se hizo en la primera y segunda instancia, sino únicamente aplicando ese último delito. Las razones que ha presentado la Sala Penal Permanente para sustentar dicha solución son dos. La primera, que no puede ser aplicable el delito de abuso de autoridad porque «el tipo penal de abuso de autoridad [...] está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos [...]. Es un delito subsidiario de otros más graves»⁷. La segunda, que se trata de un supuesto donde concurren dos leyes penales, el homicidio simple y el abuso de autoridad que, sin embargo, se resuelve, al ser un concurso aparente de delitos, a favor del delito de homicidio simple aplicando el «principio de alternatividad, en función a la estructura lógica de la subordinación, propia de la especialidad»⁸ [¿?]⁹.

En mi opinión, los argumentos expuestos por el Supremo Tribunal revelan más de lo que a primera vista dice: no hay certeza en el contenido del perjuicio que exige el mencionado delito. Será, podríamos preguntarnos, que ¿se puede afectar cualquier realidad y, por tanto, dar entrada al Derecho penal de cualquier forma? La respuesta, evidentemente, es no, pero este solo es el punto de partida. No hay, más allá de esto, claridad de cómo es que debe ser interpretado ese término: si es que debe coincidir con aquello que se presenta como una consecuencia material (un resultado lesivo) que ya está previsto como un resultado típico en otro delito (y de ser así, cómo se resolvería ese escenario) o si se trata de un resultado exclusivo del delito de abuso de autoridad.

Todo lo anterior deja en claro que urge examinar –entre otros aspectos– el contenido del perjuicio que requiere el delito de abuso de autoridad. O, de modo más específico, delimitar la interpretación de ese perjuicio para evitar que haya una desproporción por defecto (aplicando solo un tipo penal cuando deberían ser varios) o una desproporción por exceso (aplicando varios tipos penales cuando debería ser solo uno).

La pregunta que podría hacerse en este punto sería la siguiente: ¿por qué el intérprete debe diferenciar ahí donde no ha diferenciado el legislador? Es decir, ¿por qué habría que limitar el sentido de la figura perjuicio que forma parte esencial del delito de abuso de autoridad? Previamente debemos señalar que el hecho de que no sea un tema que se entienda como problemático ni en la doctrina ni en los tribunales peruanos no es un motivo válido para renunciar a la revisión de si es necesario o no un contenido propio para el perjuicio. Adicionalmente, el caso planteado en la casación 950-2018-Tumbes es una buena muestra de lo «inestable del terreno» que puede generar

⁷ Ver Cas. 950-2018-Tumbes, FJ 4.

⁸ Ver Cas. 950-2018-Tumbes, FJ 5. La cita textual es como sigue: «Que, en consecuencia, desde la perspectiva de BINDING, se está ante un concurso aparente de leyes o unidad de ley resuelta por el principio de alternatividad en función a la estructura lógica de subordinación, propia del principio de especialidad». Se agrega lo siguiente: «[a]sí las cosas, el concurso aparente de leyes permite concluir que de dos o más tipos penales, es aplicable solo uno: en el presente caso, el tipo penal de homicidio simple. No hay delito de abuso [...] de autoridad, por lo que no es posible aceptar una condena por tal delito como si se tratara de un concurso real de delitos».

⁹ En el mismo apartado desarrollado por el autor citado por la Corte Suprema, es decir, HURTADO POZO, en HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal*. Parte General, 4ª ed., t. II, 2011, pp. 234 s., solo está dando cuenta de distintas posiciones de cómo se ha entendido el criterio de alternatividad, pero no es como se entiende hoy en día. Así, el criterio de alternatividad no es uno que surja de una relación de especialidad, de hecho no surge de ninguna en tanto no es una regla que sirva para resolver los concursos de leyes, sino más bien un mecanismo de cierre, que implica aplicar la ley penal que tiene la consecuencia jurídica más grave. Cfr. al respecto, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*. Parte General, 3ª ed., 2019, pp. 858 s.

dificultades en el momento de la aplicación de los correspondientes tipos penales y, por eso, debe por lo menos examinarse si es conveniente o no tal restricción y, de serlo, cómo se daría.

3.3. El delito de abuso de autoridad y el perjuicio causado

Una revisión de los autores peruanos que abordan el tema¹⁰ nos permite observar que la palabra perjuicio se ha interpretado en un sentido amplio. Así, por ejemplo, para cierto sector lo relevante es que con causa en una extralimitación del poder público se produzcan *daños* a las partes¹¹ (sean tanto personas naturales como jurídicas)¹². Aún más, que incluso exista solo la *posibilidad*¹³ de cualquier menoscabo de intereses y derechos. Para otro, con un poco más de precisión, es posible aceptar que ese perjuicio puede ser un menoscabo de tipo económico, material, corporal, moral o de cualquier otra índole¹⁴. Lo importante –se agrega– es que tiene que ser grave¹⁵, actual e inminente¹⁶, real¹⁷ y concreto o cuantificable¹⁸.

No existe, en lo que alcanzo, una precisión respecto a si debe ser un perjuicio «específico» o uno que puede incluirse en otro tipo penal. Tampoco he encontrado referencia alguna de, si fuera el caso, cómo es que debe resolverse esa situación: como un concurso de delitos o uno de leyes (y bajo qué criterio debería solucionarse). De ahí que me parezca oportuno entrar a desarrollar esta cuestión. Veámoslo.

3.4. El escenario

El tipo penal de abuso de autoridad requiere la realización de una conducta de un (mal) funcionario público que, a través de un acto arbitrario, produce un perjuicio. En cuanto a este último elemento, el punto de partida es entender que el perjuicio que el funcionario público le causa al particular parte del mal ejercicio de la fuerza pública. En este contexto, no debe olvidarse, por eso, que –en términos generales– en un delito como el que ahora se comenta –de

¹⁰ Por ejemplo, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración pública en el código penal peruano*, 2ª ed., 2003, pp. 182 s.; ORÉ SOSA, «La ley N° 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración pública», *Gaceta penal & procesal penal*, (24), 2011, p. 14; PEÑA CABRERA FREYRE ALONSO, «Análisis del delito de abuso de autoridad», *Gaceta penal & procesal penal*, (13), 2010, p. 186; EL MISMO, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., t. V, 2014, p. 220.

¹¹ Aclara SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración pública*, 5ª ed., p. 259, que «[s]i en determinado hecho se verifica que no hay tercero contra quien posiblemente se iba a causar agravio con el abuso de autoridad producido, y solo aparece el Estado como perjudicado, la conducta podrá ser calificada y subsumida en otra figura penal, pero de modo alguno en el delito de abuso de autoridad».

¹² Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, v. 3, 2016, p. 1455.

¹³ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2001, pp. 188 s.; EL MISMO, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., 2003, p. 233.

¹⁴ Cfr. PARIONA ARANA, «El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político-criminales», *Themis*, (68), 2016, p. 97; ROJAS VARGAS, *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, 2016, p. 135; SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración pública*, 5ª ed., 2019, p. 259.

¹⁵ Cfr. PARIONA ARANA, *Themis*, (68), 2016, p. 97. De esta forma, señala, por ejemplo, REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, v. 3, 2016, p. 1476, se puede diferenciar si se trata de un supuesto penal o uno que es de materia disciplinaria.

¹⁶ Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., t. V, 2019, p. 269; EL MISMO, *Delitos contra la administración pública*, 2021, p. 276. Aclara este autor que este perjuicio no debe ser uno sobre patrimonio estatal.

¹⁷ Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, 5ª ed., t. I, 2021, p. 292.

¹⁸ ARISMENDIZ AMAYA, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, 2018, p. 297.

abuso¹⁹, según mi clasificación– la nota característica es que el funcionario público²⁰, a través de su comportamiento típico, abusa de sus atribuciones²¹ (como señala el precepto legal) realizando, en consecuencia, una conducta de prevalimiento²². Ahora bien, la cuestión es que producto de este prevalimiento se produce un perjuicio sobre alguien. Por pura lógica y atendiendo a las clasificaciones más básicas, podría pensarse que ese perjuicio podría darse sobre bienes públicos o privados, sobre bienes personalísimos o colectivos. Ya que no parece apropiado que el perjudicado (y, por ende, su perjuicio) sea también la Administración pública –y el legislador tampoco lo ha precisado–, queda atender a la segunda clasificación. Por eso, volvemos a la pregunta de cómo deben resolverse aquellos casos en los que el funcionario público afecta (perjudica) a los bienes tradicionalmente conocidos como personalísimos como la vida, la salud (la integridad física y psíquica), indemnidad, intimidad; esto es, en los que produce, en general, un resultado típico ya previsto específicamente en un precepto penal. Ante tal cuestión se podría pensar en, por lo menos, dos opciones.

a. *Primera opción. Solo se puede aplicar un delito común junto con una agravante genérica cualificada (art. 46-A Cpp)*

Aquí, como cuestión previa, se partiría de la idea de que la lesión a los bienes jurídicos personalísimos se encuentra incluida dentro del perjuicio al que hace referencia el tipo penal común aplicable (esta sería la línea asumida por la Corte Suprema). Así, si se trata de un sujeto común que mata a otro se aplicaría el delito de homicidio. Pero, si el agente es un policía se agravaría la responsabilidad penal²³, en atención a lo previsto en el art. 46-A Cpp²⁴, es decir, atendiendo a que el sujeto activo se aproveche de su condición²⁵ de miembro de las Fuerzas

¹⁹ VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Delitos contra la Administración pública*, 2021, pp. 215 ss.

²⁰ Un comentario especial cabe hacer aquí en cuanto a la lógica de los delitos cometidos por funcionarios públicos. Una voz reconocida como es la de WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. de la 12ª ed. alemana de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez), 1987, p. 94, enfatiza que «[...] [e]n este caso [scil. de delito de funcionarios] no es la acción como tal, sino su ejecución por un autor en una determinada condición de funcionario, lo que configura la base material para la valoración de la antijuridicidad».

²¹ Esta figura se diferencia del llamado abuso del cargo. Al revisar las leyes penales se puede encontrar que el juego de palabras «abuso del cargo» tiene, sin embargo, dos significados. Por un lado, el cargo como condición de funcionario público; y, por otro, como obligaciones y competencias (o, que es lo mismo, atribuciones). Como ejemplo, en este último grupo, se puede mencionar al delito de negociación incompatible (art. 399 Cpp), de peculado (art. 387 Cpp), de colusión (art. 384 Cpp), entre otros. En cuanto al primer grupo, tenemos al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401 Cpp), cohecho pasivo impropio (art. 394 Cpp), de concusión (art. 382 Cpp), entre otros.

Puede entenderse cierto problema de sentido: ¿cómo saber cuándo se usa en uno u otro? Y, más importante aún, ¿qué contenido tiene? Esta última cuestión ha sido abordada recientemente por la Sala Penal Permanente (Cas. 1743-2019-Junín). Se afirma ahí que el abusar del cargo tiene que ver con una figura más amplia que bien puede significar tanto un ejercicio fuera de los casos establecidos por ley o sin la observancia de la forma prevista como que el funcionario público haga uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito. En nuestra opinión, parece más apropiado entender que el abuso de las atribuciones alude a algo más específico frente al abuso del cargo, que supone prevalerse del cargo público.

²² A propósito de la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios públicos, para BACIGALUPO, *Teoría y práctica del derecho penal*, t. II, 2009, p. 1353, esta clase de delitos, en general, «deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho».

²³ La Corte Suprema, sin embargo, no aplica esta circunstancia con base en la prohibición de la *reformatio in peius*.

²⁴ En este escenario, el juez, aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, sin que pueda exceder de los treinta y cinco años de cárcel.

²⁵ Así lo describe, por ejemplo, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed., 2019, p. 979.

Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público para realizar la conducta típica o en atención a ello utiliza armas proporcionadas por el Estado o le ha autorizado su uso²⁶.

Ante tal solución, se presenta, sin embargo, un gran inconveniente. El propio art. 376 Cpp ya recoge dentro de su configuración típica que un funcionario público abuse de sus atribuciones y cometa perjuicio en contra de alguien. Y, por su parte, el art. 46-A Cpp en el último párrafo prescribe que «[n]o será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible». En consecuencia, no sería posible recurrir al binomio conformado por el delito común (el que fuera) más el art. 46-A Cpp frente a lo previsto en el art. 376 Cpp. Con esta conclusión quedaría en evidencia la inviabilidad de la solución planteada por la Corte Suprema.

Adicionalmente, se podrían mencionar como otros inconvenientes para la aplicación del binomio «delito común más art 46-A Cpp», por ejemplo, que (a) aún con todo, la redacción del art. 46-A Cpp es una muy parecida a la del art. 376 Cpp. Las dos modalidades específicas previstas en el art. 46-A Cpp (a saber, que el hecho se cometa utilizando armas que proporciona el Estado o su uso le ha sido autorizado y que el funcionario se aproveche de los conocimientos adquiridos en el cargo para cometer el delito) en algo podrían ayudar²⁷, pero no se ha previsto ni se ha propuesto nada en concreto por parte de la doctrina ni de los tribunales. (b) Que es cierto que el delito de abuso de autoridad es un tipo penal que entra en juego (es subsidiario) para cubrir cualquier supuesto no abarcado por otro tipo penal, pero no de cualquier supuesto, sino de otro que tiene que ver con el funcionario y su posición de *abuso de sus atribuciones*²⁸. En consecuencia, esa ley preferente necesariamente debe tratarse de otro supuesto típico que también sancione a un funcionario público por infringir sus competencias o –como también lo dice el legislador– va más allá de un acto propio de su cargo²⁹ produciendo un resultado que está específicamente relacionado con un delito cometido por funcionario público.

²⁶ Cfr. sobre esto VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del código penal)*, 2001, p. 28.

²⁷ En tanto, alguien podría entender que la modalidad del uso de armas proporcionadas por el Estado o autorizadas por el Estado por la condición de funcionario público supone un abuso de las atribuciones; mientras que el conocimiento adquirido por ser funcionario sería un abuso de cargo. Por nuestra parte, entendemos que la modalidad podría interpretarse como un supuesto general de abuso del cargo. Así también lo hace la Corte Suprema peruana cuando afirma que «[e]l aprovechamiento de la condición del agente solo se puede considerar como agravante, a efectos de individualizar la pena, cuando no sea específicamente constitutivo del hecho punible. De modo que su aplicación es exclusiva para los delitos donde no se requiera, entre otros supuestos, la condición especial de autoridad, funcionario o servidor público para ser responsable del delito» (Cas. 870-2019-Ayacucho, FJ 14.3).

²⁸ Por eso, no se puede estar de acuerdo con el argumento presentado en la Cas. 950-2018-Tumbes, FJ 4 en tanto si bien parten de una cita doctrinal (específicamente del reconocido autor Abanto Vásquez), esta es equívoca en tanto se ha cortado antes de la relación de delitos que se establecen como ejemplos. Así, la Sala Penal señala, en el mencionado fundamento jurídico, que «[...] el tipo penal de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal está excluido en aquellos casos en los que la actividad concreta y el perjuicio causado formen parte de otros tipos penales específicos». La cita completa sigue así (cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., 2003, p. 233): «p. ej., exacciones ilegales, cohecho, peculado, etc.». Se puede comprobar, entonces, que el autor no se refiere a cualquier precepto legal previsto en el código penal peruano, sino más bien a aquellos en donde hay un funcionario público con una situación específica.

²⁹ Esta figura (*scil.* acto propio de su cargo) que se utiliza, por ejemplo, en el delito de cohecho pasivo impropio, no debe confundirse con el abusar del cargo. La primera alude a la infracción de sus competencias, de lo que está previsto en el manual de operaciones y funciones o en el reglamento. Por el contrario, el abusar del cargo tiene un contenido más amplio que supone aprovecharse simplemente de su condición o la calidad de funcionario público.

Ya que partimos de la afirmación de que no es recomendable aplicar “indiscriminadamente” el art. 46-A Cpp³⁰ junto a un delito común, su uso debería quedar restringido para aquellos casos³¹ en los que existiendo un funcionario público, que abusa de su cargo³² (es decir, de su condición de funcionario público³³) su comportamiento no genera un resultado ni de lesión ni de peligro concreto³⁴. Esto que a primera vista parecería incoherente solo se quedaría en una impresión, pues se trata de adelantar y sancionar de manera grave aquella situación que se desprende del abuso de una condición. Dicho de otro modo, el uso del art. 46-A Cpp quedaría limitado a aquellos supuestos de creación de un peligro (abstracto).

b. Segunda opción. Aplicación únicamente del art. 376 Cpp

El segundo camino llevaría a entender que ante el escenario en el que un funcionario público, abusando del ejercicio de sus funciones, produce, por ejemplo, la muerte de un particular, solo sería posible la aplicación del art. 376 CP. Interesa, en consecuencia, que concurren los elementos del tipo: que el delito se cometa por un funcionario público, abusando del ejercicio de sus funciones, realice algo (cometa u ordene) arbitrario y que le origine un perjuicio. De todos estos elementos, el central –al menos de este trabajo– es el del perjuicio. Por lo que se ha

³⁰ Como propuesta de *lege ferenda*, plantearíamos la derogación del art. 46-A Cpp. Sin embargo, ya que el artículo sigue (y al parecer) seguirá vigente, es necesario realizar algunas matizaciones, como propuesta de *lege lata*, al respecto.

³¹ En este estado de la discusión podría alguien cuestionar por qué no se recurre a la (sin duda, en mi opinión, delicada y mal entendida) regla de la ley penal más favorable. Así, trasladando lo que se ha propuesto tanto por la doctrina como por los tribunales en otras ocasiones para «solucionar» casos, por ejemplo, de aplicación de preceptos más favorables (así, el art. 122-B.II.6 Cpp por encima del art. 368.III Cpp; el art. 382 Cpp por encima del art. 393.III Cpp; el art. 190.II Cpp por encima del 387 Cpp), se podría argumentar que el tipo penal aplicable sería el previsto en el art. 376 Cpp y no el del binomio de los arts. 106 y 46-A Cpp. Pienso que tal opción no debe ser tomada pues condenaría prácticamente a la inaplicación de uno de los supuestos y dejaría sin solucionar el problema de fondo.

³² Todo esto en concordancia con lo que dispone la propia redacción del art. 46-A Cpp: que el sujeto activo se aproveche de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas o Policía, autoridad o funcionario público. Aún más, en la misma línea que VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del código penal)*, 2001, p. 91, diría que el significado valorativo de esta agravante está en que –diría para el caso peruano– ese abuso del cargo viene de la mano de la «infracción de determinados deberes jurídicos de servicio a la comunidad».

³³ Concretamente, y de acuerdo con el razonamiento planteado en la n. 27, se trataría de la modalidad del art. 46-A Cpp que supone que el funcionario público se aproveche del conocimiento que tiene por su condición de tal. Pienso que VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del código penal)*, 2001, pp. 52 s., 58 s., estaría en contra de la afirmación anterior en tanto sí que existe un prevalimiento por parte del funcionario público en la otra modalidad descrita en el art. 46-A Cpp, es decir al utilizar un arma que el propio Estado le ha otorgado. Pero, si bien el prevalimiento (al que alude el art. 46-A Cpp) puede manifestarse a través de un abuso de funciones y un abuso de cargo, que el legislador penal peruano exija expresamente, en el caso del art. 376 Cpp, que el funcionario abuse de sus atribuciones, puede reducirse el contenido del prevalimiento y limitarse la aplicación del art. 46-A Cpp solo al abuso del cargo. A esta solución creo que llega también el mencionado autor (cfr. p. 66) solo que a través de la negación de la calificación de prevalimiento cuando ya el legislador de modo específico ha previsto una estructura y sanción ya sea como delitos concretamente cometidos por funcionarios o como delitos comunes agravados. Y esto es así debido a que en el Código penal español de 1995, a diferencia del peruano, no prevé un precepto que contenga un abuso de autoridad genérico como el del art. 376 Cpp. Solo así se entiende, por otro lado, que el ejemplo que señala (cfr. p. 81) sobre un funcionario que tiene competencias para detener lo hace, pero como venganza o represalia constituya «el elemento material de la agravante», en Perú sea posible reconducirlo como un caso de abuso de autoridad.

³⁴ Esto se plantea así para evitar, entre otros casos, la confusión con el delito de enriquecimiento ilícito que también requiere de un funcionario público que abuse de su cargo. De otra opinión, cfr. VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del código penal)*, 2001, pp. 119 s.

señalado previamente³⁵ existe acuerdo doctrinal en que el perjuicio debe ser grave, que no solo puede ser patrimonial, sino que puede ser de cualquier otra índole. Hasta aquí también nosotros podríamos estar de acuerdo. Ahora bien, es posible hacer hincapié en que ese perjuicio no solo sería uno de resultado de lesión, sino también podría incluir un resultado de peligro. Así, en la clasificación tradicional sería posible encontrar un delito de peligro concreto o, en la clasificación que propongo, los delitos de anticipación y los de desvinculación³⁶. Por ejemplo, se puede pensar en el supuesto del funcionario público que ordena espiar las conversaciones que tiene el detenido con su abogado.

Por otro lado, es posible entender que el contenido del perjuicio debe limitarse a aquello que tenga que ver con la condición de administrado o su relación con la Administración pública. Así, por ejemplo, que no puede acceder al cobro de algún bono del Estado porque el funcionario le ha impedido entrar al Banco; que habiendo sido detenido legalmente el funcionario ha ordenado que no puede comunicarse con nadie durante todo el tiempo que esté detenido; producto de una intervención el funcionario público a cargo ha ordenado que se le quite la ropa o que camine sin zapatos. Como se puede apreciar el perjuicio causado no se restringe a lo patrimonial, pero siempre está vinculado a su calidad como sujeto que entra en relación con la Administración pública. Esto tiene relación con el fundamento penal para el castigo y represión de los delitos contra la Administración pública que tienen como bien jurídico protegido –según un amplio sector de la doctrina– al correcto funcionamiento de la Administración pública.

Es esencial recordar –como he expuesto ya en otro lugar³⁷– que a través del Derecho penal se mantiene o afianza el *statu quo* de las condiciones básicas para el funcionamiento de la sociedad, que van desde la tutela de cuestiones personalísimas (como, por ejemplo, la expectativa de no lesión de la vida, el cuerpo, la salud y la libertad de sus ciudadanos), pasando por otras de interés colectivo (como, por ejemplo, el mercado financiero, la salud pública, el medio ambiente, la solidaridad) hasta la (férrea) pretensión del Estado por *asegurar y reforzar su actuación* castigando tanto a funcionarios públicos como a particulares cuyas conductas afecten a la Administración pública³⁸. La razón específica orientada básicamente (aunque no exclusiva) –en lo que aquí interesa– para el último grupo se encuentra en que el Estado asume la tarea de gestionar una serie de actividades que toma de la sociedad civil para la organización de esta³⁹. Dicho de otra forma, el Estado se arroga o, en el mejor de los casos, la sociedad le encarga unas obligaciones que, en tanto condiciones de desarrollo de las personas y funcionamiento de una comunidad concreta⁴⁰, tiene que asegurar (por ejemplo, la construcción de carreteras, colegios, hospitales; la gestión de la salud y seguridad pública, entre otras). Así, en contrapartida, el Estado prevé la configuración de delitos para sancionar aquellas

³⁵ Cfr. *supra* 3.3.

³⁶ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro*, 2018, pp. 199 ss.

³⁷ Cfr. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, *Aproximación a la intervención penal anticipada*, 2018, p. 166.

³⁸ En este sentido también se puede ubicar a la CNUCC que, en su art. 3, estipula que «[p]ara la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

³⁹ Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración pública», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 368.

⁴⁰ Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss. Señala PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, p. 99, que «[...] la competencia del funcionario público no se vincula a la idea rectora de la compensación por un comportamiento peligroso propio, sino a la de la cooperación en las tareas estatales nucleares del mantenimiento del orden y de la previsión de asistencia existencial».

conductas⁴¹ que afectan a esas condiciones que interesan proteger por ser un instrumento al servicio de los ciudadanos⁴², asegurando de este modo ese encargo/asunción. En consecuencia, se puede afirmar que la razón de la intervención penal se da no para proteger «el correcto funcionamiento de la Administración pública», sino más bien porque –nuevamente– el Estado tiene que reforzar esas condiciones básicas que ha asumido e interesan proteger en pro de la sociedad⁴³. En este contexto tan específico, es necesario aclarar que la intervención jurídica penal se da no porque se genere cualquier clase de resultado, sino uno que afecta especialmente al desarrollo de la Administración, al administrado o que impide que ese *ius imperium* estatal se aplique adecuadamente. Todo lo anterior está íntimamente relacionado con la específica configuración del delito de abuso de autoridad. Así, siendo un delito de abuso, aquí el agente (mal)utiliza el poder público –que le ha conferido competencias institucionales o, mejor, deberes positivos⁴⁴– que tiene (ordenando o cometiendo un acto, por ejemplo) pervirtiéndolo y, afectando al particular.

4. Balance final

En síntesis, se sostiene que el delito de abuso de autoridad lleva consigo un perjuicio (de lesión o de peligro concreto), pero este está limitado a aquel que tiene que ver con la afectación del particular (ya sea en su patrimonio, honor, intimidad), en cuanto a su interacción con la Administración pública. Debo precisar que no se está afirmando que no es posible que la conducta del funcionario público no dé paso a otra forma de afectación. Claro que sería posible, pero esto escaparía ya a lo propio del resultado típico en el delito de abuso de autoridad. Así, por ejemplo, si el funcionario público produce una muerte abusando del uso del arma reglamentaria, este desvalor ya no estaría abarcado (solo) por el delito de abuso de autoridad, sino que tendría que aplicarse de manera conjunta el delito contra la vida (en este caso) que corresponda.

Esta –se puede decir– sería una tercera opción: permitir la aplicación del art. 376 CP junto con un delito común cuando el resultado haya sido producto de una conducta cometida por un funcionario público que causa una consecuencia afectando al sujeto más allá de su condición como administrado o por una relación con la Administración. Sin embargo, no se coloca separada porque en verdad viene a ser una consecuencia lógica de la idea que se explica ahora: el perjuicio causado por el funcionario público si tiene que ver con la condición directa de administrado del particular, entonces sí forma parte de la estructura del delito de abuso de autoridad. Por el contrario, si ese perjuicio, que parte de un abuso por parte del funcionario, excede esa relación de Funcionario-Administrado, y el resultado

⁴¹ La conducta sí que es relevantemente perturbadora. Por esto no podría relegarse al Derecho administrativo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 3ª ed., 2011, p. 138.

⁴² Cfr. ORTIZ DE URBINA GIMENO, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 368. En Perú, cfr. BENAVENTE CHORRES, «Objeto de protección de los delitos contra la Administración Pública», en BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, 2012, p. 79. Por su parte ARISMENDIZ AMAYA, *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, 2018, p. 51, hace referencia a dos dimensiones: la expectativa social de que los órganos de gobierno están comprometidos a brindar un normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales. Y la expectativa social vinculada a los deberes especiales que le corresponde a cada sujeto cualificado.

⁴³ Y las asegura sancionando conductas que generan un desequilibrio real, esto es, contrario a lo institucionalizado, impidiendo el establecimiento mínimo de puntos de apoyo que contribuyen a la existencia de una concreta sociedad. La sanción penal es válida, entonces, si con ella se logra *reafirmar un determinado sector básico* (por ejemplo, el deber de socorro a una persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave) o *desalentar cierta clase de conductas que conviene reprimir* (por ejemplo, resistir o desobedecer la orden de un funcionario o servidor público que actúa en legítimo ejercicio de su cargo). En otras palabras, la sanción penal se impone por lo que esa conducta *representa* o, mejor, *cuestiona* en el contexto en concreto. En ese sentido, entiendo, se encuentra, por ejemplo, la Cas. 1749-2018-Cañete, FJ 10. Cfr. también la STC 17-2011-PI/TC, FJ. 15.

⁴⁴ Cfr. ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, 2014, p. 111.

está previsto específicamente en un tipo penal concreto, entonces será posible dar lugar a un concurso de delitos.

Podría reprochársele a esta propuesta que la forma más grave justamente de afectar al administrado sería matándolo, lesionándolo, violándolo sexualmente, etc. Sin embargo, se trata de establecer una delimitación de los supuestos de modo que se pueda aplicar el delito de abuso de autoridad sin caer en problemas de interpretación debido a que no se sabe cuál es el contenido del perjuicio.

La aplicabilidad de la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares en delitos cometidos a través de Internet

Comentario a la STS 547/2022, de 2 de junio

Pau Alabau Pereiro
Universitat Pompeu Fabra
pau.alabau@upf.edu

1. Introducción

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial y dictó nueva sentencia en la que, estimando la impugnación, revocó el pronunciamiento relativo a la penalidad de la conducta enjuiciada. La relevancia de la resolución analizada proviene, en particular, de la confirmación por el Alto Tribunal de la imposición de la pena accesoria de prohibición de acudir al lugar del delito del art. 48.1 CP; en el caso analizado, la red social *Youtube*.

La novedad del pronunciamiento estudiado y, por ende, de su comentario, radica en la consideración de una red social como lugar de comisión del delito y la posibilidad, a partir de dicho razonamiento, de imponer por primera vez una pena restrictiva de derechos con un contenido tradicionalmente físico y geográfico a supuestos virtuales. El Alto Tribunal profundiza, en consecuencia, en la naturaleza del «lugar» del delito a efectos de la pena accesoria estudiada, y desarrolla con la presente sentencia el contenido de la prohibición que esta recoge al extenderla a la emisión de nuevos contenidos a través de una plataforma virtual.

A pesar de la nueva línea de debate que se abre a partir de la resolución analizada, tanto la interpretación restrictiva del contenido del «lugar» del delito defendida por la doctrina como el voto particular formulado por dos de los Magistrados ponen de relieve que la solución adoptada por la mayoría en el caso concreto dista, con mucho, de ser pacífica.

2. Antecedentes

2.1. Hechos enjuiciados¹

El acusado, D. Cirilo², en fecha 10 de diciembre de 2014 creó su propio canal de *Youtube* y se convirtió en un conocido *Youtuber*, nombre con el que coloquialmente se designa a personas que

¹ Cfr. las referencias a los hechos probados, STS 547/2022, Penal (Pleno), de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2356), Antecedente de Hecho Primero.

² Por criterios de coherencia, nos referiremos tanto al acusado como a la víctima tal y como fueron anonimizados en la resolución del Tribunal Supremo aquí analizada, pese a que no concuerden con los empleados por las resoluciones de los órganos inferiores.

comparten vídeos en su canal de la red social y hacen de este un medio de vida. El 1 de noviembre de 2016, el condenado recibió por parte de uno de sus seguidores la propuesta de llevar a cabo un reto consistente en sustituir la capa de crema del interior de galletas de la marca Oreo por pasta dentífrica y entregarlas a personas en la vía pública. Cirilo aceptó el reto y, para captar de forma más efectiva la atención de sus seguidores, decidió focalizarlo en personas sin hogar, elaborando un vídeo que difundió en el mes de enero de 2017 en su canal de *Youtube*.

El contenido audiovisual permite identificar a Cirilo reemplazando la crema de las galletas marca Oreo por pasta de limpieza dental, al menos, en cinco ocasiones. Posteriormente, ya en la vía pública, se advierte cómo el acusado localiza a Silvio, persona sin hogar de nacionalidad rumana que pedía limosna sentado en el suelo, a quién inquiere cuál es la cantidad máxima que ha recibido nunca como donativo, procediendo a continuación a entregarle un billete de 20 euros. Acto seguido, se observa como Cirilo pregunta a Silvio si tiene hambre y, ante su respuesta afirmativa, le entrega el paquete que contenía las antedichas galletas para a continuación, con ánimo de ridiculizar y vejar a dicha persona, dirigirse a sus cientos de miles de seguidores y hacer sorna de lo acontecido.

La víctima, a raíz de ingerir las galletas recibidas, presentó vómitos y molestias digestivas, sin tener que precisar asistencia facultativa. La situación descrita produjo en Silvio sentimientos de tristeza, preocupación y temor.

Al día siguiente, Cirilo volvió a entablar contacto con la víctima y, mofándose de lo ocurrido previamente, le preguntó cómo le habían sentado las galletas que le proporcionó. Este episodio fue nuevamente grabado por el acusado y publicado en su canal de *Youtube*.

El 6 de marzo de 2017, fecha en la que se llevó a cabo el análisis policial, el canal de *Youtube* del acusado disponía de más de 1 millón de suscriptores y más de 120.000 visualizaciones de sus contenidos, convirtiéndose así en *Influencer*, nombre que se atribuye a jóvenes que con este medio de comunicación tienen la capacidad de movilizar y crear todo tipo de reacciones entre sus seguidores. De esa misma investigación se desprende que el acusado había ejecutado acciones de naturaleza vejatoria con anterioridad a los hechos enjuiciados, como se puede inferir del contenido de los vídeos de fecha 14 de septiembre de 2016 que constaban en su canal.

2.2. *Iter procesal*

El Juzgado de lo Penal número 9 de Barcelona calificó los hechos como un delito contra la integridad moral del art. 173 CP⁵, imponiendo a Cirilo una pena de quince meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, así como la prohibición de acceder al lugar del delito, *Youtube*, por un plazo de cinco años. El contenido de esta última pena suponía el cierre del canal y la imposibilidad de crear otros durante el tiempo de condena.

La defensa de Cirilo interpuso recurso de apelación, que recayó en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual revocó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia en el sentido de dejar sin efecto la pena accesoria de prohibición de acudir a la red social

⁵ SJP núm. 9, de Barcelona, de 29 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JP:2019:29).

*Youtube*⁴. Los argumentos del tribunal se bifurcan en: (i) el delito no debe entenderse cometido en la red social, sino en la vía pública de Barcelona, pues se consuma en el momento de entregar a Silvio las galletas y el dinero, debiéndose interpretar la inserción de los contenidos en el canal de *Youtube* como la fase de agotamiento del delito; y (ii) el principio de *nulla poena sine lege*⁵, consagrado en el art. 2.1 CP⁶, impide la aplicación de la ley penal a supuestos no contemplados en ella. La prohibición de analogía en contra del reo sería vulnerada por la aplicación de la pena del art. 48.1 CP al caso enjuiciado, pues la pena referida no se contempla para privaciones de derechos distintas a la de residencia o aproximación a un lugar concreto.

Atendiendo a la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación de Cirilo, el Ministerio Público presentó recurso de casación contra la resolución de segunda instancia por infracción de ley e indebida inaplicación de los arts. 48.1 y 57.1 CP.

3. Posiciones en torno a la consideración de *Youtube* como lugar de comisión del delito

3.1. Argumentos a favor de la interpretación de las redes sociales como «lugar». El Pleno del Tribunal Supremo

La posición mayoritaria de la resolución estudiada, expresada a través de la ponencia del Magistrado Manuel Marchena Gómez, rechaza los dos argumentos aducidos por la Audiencia Provincial de Barcelona, para estimar el recurso de casación del Ministerio Fiscal y restablecer el pronunciamiento relativo a la penalidad recogido en la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, difiere acerca de la consideración de la difusión del vídeo por parte del acusado en su canal de *Youtube* como agotamiento del delito. Al contrario, el Alto Tribunal advierte que los hechos probados reflejan una conducta delictiva que inicia con el desafío por parte de uno de los seguidores de Cirilo y que finaliza precisamente con la publicación en su canal del vídeo en el que aparece la entrega de dinero y las galletas modificadas a Silvio.

La lesión al bien jurídico no se limita, por tanto, al acto de entrega de las galletas y el billete de 20 euros a una persona en exclusión social, sino que ello es solo un fragmento de la conducta delictiva. En efecto, el mayor atentado contra la dignidad personal lo ocasiona la divulgación del mencionado vídeo en la red social, en la que se somete «a las risotadas -y a los comentarios hirientes- de cualquier internauta». Esta segunda conducta no integraría, pues, la fase de agotamiento del delito, sino que determinaría la culminación de su consumación.

⁴ SAP Barcelona, Sección 5ª, de 21 de octubre de 2019, (ECLI:ES:APB:2019:14581).

⁵ Como es sabido, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* proviene de Feuerbach. De las cuatro manifestaciones de dicho principio, al objeto de este trabajo interesa especialmente la «garantía penal», que proscribía la imposición a una conducta delictiva de una pena que no esté prevista por ley en el momento de su comisión. En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, pp. 114-116; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., 2022, pp. 91 s.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 25.

⁶ La doctrina coincide en que el art. 25 CE solo comprende la «garantía criminal». No obstante, el anclaje constitucional de la «garantía penal» se ha pretendido desde la prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables del art. 9.3 CE, el sometimiento a la ley del art. 117.1 CE o la reserva de ley orgánica que el art. 81.1 CE prescribe para el «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», cuestión evidente en el caso de las penas. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 2.1 CP recoge expresamente la «garantía penal». A este respecto, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 119 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 93 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 25.

En relación con la procedencia de la imposición de la pena accesoria del art. 48.1 CP en este caso, el parecer mayoritario de la Sala acoge la interpretación gramatical planteada por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación, definiendo el concepto «red social» como espacio de reunión en el que «la participación de individuos y la aportación de sus contenidos ocupa el espacio limitado de que tal (...) red dispone». En ese sentido, la participación de cada usuario en una red social consistiría el «cuerpo» que ocupa un espacio determinado, permitiendo así incardinar dicho concepto en la definición de lugar que ofrece la Real Academia Española⁷.

Por tanto, la interpretación del lugar del delito a efectos de la pena del art. 48.1 CP no puede circunscribirse a una realidad geográfica, sino que puede y debe necesariamente extenderse a los escenarios virtuales en los que este puede manifestarse. En efecto, la cambiante naturaleza de la realidad social conlleva que a las nuevas formas de criminalidad deba darse respuesta, en este caso, mediante una transformación de la concepción histórica del vocablo «lugar».

Dos argumentos adicionales conducen al Alto Tribunal a negar en este supuesto la concurrencia de una analogía *in malam partem*, vedada en sede penal: el primero, un argumento sistemático; el segundo, un fundamento teleológico.

La única referencia sistemática consiste en una breve mención a la retractación del acusado en los delitos de injurias y calumnias, tipificada en el art. 214 CP, que regula su publicación en «espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión» sin limitarlo, según la posición mayoritaria de la Sala, a una concepción geográfica.

En relación con el segundo punto, el Tribunal destaca la función preventiva de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito, siendo su finalidad primordial la de «excluir el riesgo de que se puedan llegar a verificar nuevas lesiones en los bienes jurídicos de éstas [las víctimas] o de terceros». Siendo esta la finalidad de la pena, no puede decirse que la consideración de una red social como «lugar» suponga un apartamiento de dicha función, dado que con ello se impide también la reiteración lesiva de bienes jurídicos por parte del autor.

3.2. Argumentos en contra de la aplicabilidad del art. 48.1 CP a las redes sociales

a. La posición de la Audiencia Provincial de Barcelona

Como ya se ha recogido *supra*, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial defiende la inaplicabilidad de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito en el caso concreto en base a dos motivos.

En primer lugar, porque el delito se consumó en la vía pública, en Barcelona, correspondiendo la conducta relativa a la publicación del vídeo en *Youtube* al agotamiento del delito. Por tanto, desde esta perspectiva ya no sería necesario debatir sobre la conveniencia de aplicar el art. 48.1 CP a los delitos cometidos en Internet.

Sin embargo, para disipar cualquier género de dudas, el órgano colegiado abunda en el principio de legalidad de las penas reconocido en el art. 2.1 CP y niega, en atención al contenido de la pena accesoria estudiada, la posibilidad de aplicarla «análogamente en contra del reo» a delitos cometidos a través de las redes sociales.

⁷ «Espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera».

b. *La posición del voto particular*

Los Magistrados Antonio del Moral García y Javier Hernández García disienten de la posición mayoritaria del Pleno para destacar el peligroso acercamiento del pronunciamiento mayoritario al rebasamiento de la línea roja del principio de legalidad de las penas, por la aplicación de una pena que no es posible *de lege lata*.

En efecto, se defiende que, más allá de las posibles «filigranas y malabarismos filológicos», el contenido de la pena del art. 48.1 CP es, sin lugar a duda, la prohibición de residir en o acudir a espacios geográficos.

La consideración anterior se desprende, en primer lugar, de su duración cuando se impone junto con una pena de prisión. En estos casos, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 57.1 CP, la pena privativa de derechos se extiende por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. Esta previsión es lógica cuando se impone la prohibición de acudir a lugares geográficos, dado que el confinamiento en prisión supondría *de facto* la ineffectividad de la pena del art. 48.1 CP. Pero dicho precepto pierde todo el sentido si se aplica dicha pena privativa de derechos a «lugares» virtuales.

No obstante, el grueso de la argumentación se orienta a poner de relieve que, atendiendo a los límites que atenazan al juzgador en la interpretación de los tipos penales, en el caso concreto se ha ido «más allá, en perjuicio de la persona acusada, de lo que admiten el fin y el contexto de la norma».

En efecto, prosiguen los Magistrados, la pena descrita en el art. 48.1 CP contiene una restricción mínima de la libertad deambulatoria del penado estando configurados, en atención al contenido de dicha pena, su duración, los requisitos de imposición y los delitos para su determinación. Introducir, por la vía del art. 48.1 CP, una verdadera restricción de la libertad de expresión y de la «libertad de recibir opiniones e informaciones» supone un «fraude de etiquetas» que abre la puerta a aplicar en delitos no necesariamente graves la prohibición de acceder durante años a Internet o de entrar en *Instagram* o cualquier otra red social.

Debe advertirse que el fallo de la posición mayoritaria confirma el pronunciamiento relativo a la pena objeto de estudio dictado en primera instancia, que no únicamente imposibilita la emisión de contenidos a través de su canal de *Youtube*, sino que se extiende a la «prohibición de acceder a la red social». Es por esta razón que el voto particular interpreta que, entre los derechos limitados por esta, más allá del derecho a la libertad de expresión, se incluye el derecho a recibir informaciones y opiniones. A pesar de ello, los Magistrados disidentes terminan reconociendo que se intuye que lo pretendido es únicamente impedir que el condenado emita por ese canal.

4. Discusión

4.1. Sobre la consumación del delito contra la integridad moral

La controversia jurídica versa en un primer estadio sobre el tipo básico contenido en el art. 173.1 CP, y sobre si el delito de trato degradante debe entenderse consumado en la vía pública de

Barcelona o, por el contrario, en el momento en el que Cirilo expone el vídeo a los centenares de miles de seguidores de su canal.

Sin ánimo de profundizar en el análisis de la naturaleza y el contenido del delito de trato degradante, es preciso ofrecer unas breves consideraciones necesarias para dilucidar la controversia jurídica que aquí se presenta.

El bien jurídico protegido en el art. 173.1 CP es la integridad moral, entendida como manifestación de la inviolabilidad de la persona⁸, relacionado con el derecho a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada ni vejada⁹. La jurisprudencia lo relaciona con la idea de que el ser humano es un fin en sí mismo, sin que quepa «cosificarlo», y destaca el carácter autónomo de dicho bien jurídico frente a la vida, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor, como lo demuestra la regla concursal del art. 177 CP¹⁰.

La doctrina ha criticado que se trata de un tipo penal muy abierto¹¹, que puede ser poco respetuoso con el principio de taxatividad¹² y corre el riesgo de convertirse en un «cajón de sastre» al que recurrir para castigar conductas que no tengan encaje en otros preceptos penales¹³.

En efecto, la conducta típica requiere un trato¹⁴ capaz de «crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral»¹⁵. Dicho trato debe suponer, a su vez, un menoscabo grave de la integridad moral.

La estructura del tipo ha llevado a la jurisprudencia a considerarlo como un delito de resultado¹⁶, interpretando el «trato degradante» como acción que debe causar el menoscabo grave de la integridad moral. No obstante, numerosas voces doctrinales abogan por la consideración del tipo básico como un delito de mera actividad, dado que la referencia legal al bien jurídico «tiene como única función la de restringir la esfera de lo típico a aquellas conductas que (...) merezcan la

⁸ BOLEA BARDÓN, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 617.

⁹ MUÑOZ CONDE, «Delitos contra la integridad moral», en EL MISMO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed., 2022, p. 189.

¹⁰ Por todas, STS 28/2015, Penal, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2015:213).

¹¹ FELIP I SABORIT/RAGUÉS VALLÈS, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., 2021, p. 118.

¹² BOLEA BARDÓN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, pp. 619 ss.

¹³ TAMARIT SUMALLA, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 1200.

¹⁴ A pesar de que del vocablo «trato» parece deducirse una nota de habitualidad, doctrina y jurisprudencia coinciden en que una conducta única y puntual, con intensidad lesiva relevante, es suficiente para colmar el tipo objetivo. Cfr., a este respecto, BOLEA BARDÓN, «Delitos contra la integridad moral», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2ª ed., 2019, p. 177. También así lo interpreta la jurisprudencia; por todas, STS 227/2021, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1914).

¹⁵ STS 325/2013, Penal, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2100), citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁶ En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, las ya citadas SSTS 227/2021, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1914); 28/2015, Penal, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2015:213); y 325/2013, Penal, de 2 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2100).

calificación de graves»¹⁷. Según esta interpretación, el mero hecho de infligir un acto constitutivo de trato degradante supondría un menoscabo grave de la integridad moral y consumaría el delito del art. 173.1 CP¹⁸. Sea como fuere, en todo caso, se deberán valorar las circunstancias del sujeto pasivo para calificar una acción como gravemente atentatoria contra su integridad moral¹⁹.

En la interpretación de los elementos del tipo penal²⁰, la jurisprudencia ha ido concretando el concepto de «grave menoscabo», apreciando la concurrencia del delito de trato degradante en los siguientes casos²¹: obligar a la víctima a permanecer largo tiempo de rodillas y a bañarse con agua fría y cortar el pelo como castigo; golpear a la víctima, obligarla a desnudarse y hacerle comer excrementos y orines de perro, provocándole el vómito; caso «Marta del Castillo», por el hecho de que el joven responsable de su muerte mintiera repetidamente y se negara a revelar el lugar de ocultación del cadáver; caso asesinato «el Pescaíto» en el que la acusada, tras asesinar a un niño, mantuvo una actitud de fingimiento durante los once días que duró la búsqueda, alentando los ánimos de los padres y generando falsas expectativas sobre la aparición del menor²².

Con base en lo anterior, procede a continuación analizar cuál es la conducta relevante a efectos jurídico-penales para colmar el tipo del artículo 173.1 CP, entendiendo como tal a la consistente en infligir un trato degradante que menoscabe la integridad moral del sujeto pasivo.

En efecto, aquí se trata de dar respuesta a la calificación jurídica que debe darse a las dos conductas ejecutadas por el autor que son relevantes a efectos de este análisis: la entrega de las galletas modificadas en la vía pública de Barcelona y la difusión del vídeo ante centenares de millares de personas mediante su inserción en la red social.

Debe compartirse en este punto la argumentación de la posición mayoritaria del Pleno del Tribunal Supremo, por cuanto la primera conducta no puede interpretarse como la consumación del tipo del art. 173.1 CP, ni tampoco pueden analizarse ambas conductas desde la óptica de la pluralidad de acciones en relación con la teoría del concurso.

Al contrario, se defiende en estas líneas la concepción de que ambas conductas forman parte de una «unidad de hecho» en sentido amplio, al considerar que en este caso concurre una

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 1199; BOLEA BARDÓN, en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2ª ed., 2019, p. 177.

¹⁸ GÓMEZ NAVAJAS, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2018, p. 86.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, en EL MISMO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª ed., 2022, p. 191.

²⁰ Por todas, STS 233/2009, Penal, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1276): «(i) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; (ii) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, (iii) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito».

²¹ La casuística expuesta es un extracto de la que presentan FELIP I SABORIT/RAGUÉS VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., 2021, p. 119.

²² Estos dos últimos casos, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, recibirían una distinta calificación. Así, desde su entrada en vigor el día 12 de enero de 2023, no serían subsumidos en el primer apartado del art. 173.1 CP, sino en el nuevo párrafo segundo de dicho precepto, que castiga con la misma pena a los que «teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma».

«realización progresiva del tipo»²³. La realización progresiva, sucesiva²⁴, o continuada²⁵ del tipo implica dar tratamiento de unidad de hecho a aquellas acciones con las que el autor se aproxima poco a poco a la consumación del delito. A pesar de que algunos autores defiendan a estos efectos la necesidad de un mismo contexto motivacional en una situación fáctica unitaria²⁶, la unidad de hecho a efectos jurídico-penales dependerá, además, de la concreta interpretación del tipo en cuestión, pues no se pueden resolver los supuestos de unidad o pluralidad de acciones sin referencia a la configuración de los tipos delictivos donde se presentan²⁷.

La jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, asimismo, parece haber acogido esta interpretación al expresar el abandono del «enfoque naturalístico»²⁸ de la teoría de la unidad natural de acción. En efecto, se reconoce que la unidad de hecho, «a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica»²⁹. Es por ello por lo que «la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real».

Con base en las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia deducen del tipo penal objeto de estudio, entendemos que las conductas analizadas deben interpretarse como actos parciales que se integran en una unidad de hecho en sentido amplio por la realización progresiva del tipo, habiéndose consumado el delito cuando Cirilo publica el vídeo en su canal de *Youtube*.

El sentido del tipo, según lo argumentado en las líneas precedentes, abona la anterior interpretación. Así, el conjunto se enmarca en la propuesta de un reto por parte de uno de los seguidores de Cirilo el 1 de noviembre de 2016, en el que el acusado contribuye con su propia aportación, al decidir focalizarlo en personas en riesgo de exclusión social. Se trata de un plan que no tiene como fin la entrega del dinero y las galletas manipuladas a Silvio, sino la grabación de dicho suceso y su difusión multitudinaria en las redes.

Es innegable que la conducta desplegada por el acusado en primer término no es inocua pero, si se la pone en relación con los casos en los que se reconoce la necesaria nota de gravedad por parte de la jurisprudencia, no puede afirmarse su subsunción en el art. 173.1 CP. Al contrario, únicamente consistiría en el estadio previo a la consumación del delito.

En primer lugar, porque la entrega del dinero y de las galletas manipuladas por parte de Cirilo, llevada a cabo en un portal de Barcelona sin que conste la presencia de testigos, difícilmente puede considerarse un menoscabo grave de la dignidad del sujeto pasivo. Al contrario, y como

²³ Conforme a la terminología empleada en MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 669.

²⁴ Concepto empleado en ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, (trad. por Luzón Peña et al.), t. II, 2014, pp. 953 ss.

²⁵ Tal y como lo definen JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. por OLMEDO CARDENETE), 2002, pp. 767 ss.

²⁶ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 768.

²⁷ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 431.

²⁸ La «concepción natural de la vida» entendía que los componentes del curso de una acción separables externamente debían ser entendidos como una unidad de acción cuando los actos parciales se apoyan sobre una resolución unitaria de la voluntad y se encuentran en una estrecha conexión espacio-temporal, de forma que son percibidos como una unidad por un observador externo.

²⁹ Cfr., por todas, STS 261/2022, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1077).

reconoce la posición mayoritaria del Alto Tribunal, lo verdaderamente atentatorio contra su integridad moral es la difusión incontrolada de dicha escena, en la que se ridiculiza a Silvio y a todas las personas en situación de extrema pobreza, sometiéndolo a las risotadas de centenares de miles de usuarios. Es entonces cuando adquiere significado la «cosificación» de la víctima, que es utilizada como medio para el rédito económico del acusado.

Ello entronca con el «envilecimiento» requerido para la concurrencia del tipo objetivo, dado que lo que verdaderamente tiñe la conducta de la consustancial nota de gravedad es la exposición y la ridiculización ante miles de personas, siendo en ese punto cuando realmente la conducta es inequívocamente humillante para la víctima.

A pesar de la divergencia en sus conclusiones, la anterior argumentación se desprende asimismo de la fundamentación de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando reconoce que los sentimientos de envilecimiento en la víctima que requiere el delito de trato degradante aparecieron cuando llegó a su conocimiento que el acusado había difundido un vídeo en que se mofaba de su situación de exclusión social. Solo así se entiende que «en el vídeo del día siguiente lanzase besos al acusado»³⁰, pues todavía no tenía conocimiento del contenido del vídeo.

En conclusión, en relación con el sentido del tipo analizado, la secuencia delictiva se inicia con la propuesta del reto el 1 de noviembre de 2016 y finaliza con la difusión del vídeo en el canal de *Youtube* del acusado en enero de 2017³¹, consumándose entonces el delito del art. 173.1 CP. Entendemos que no procede, pues, considerar la segunda conducta como perteneciente a la fase de agotamiento del delito.

4.2. Sobre los límites y los métodos de interpretación en el Derecho penal

Una vez asentado lo anterior, procede analizar si a las conductas delictivas analizadas en el epígrafe anterior puede imponerse la pena de prohibición de acudir al lugar del delito, para lo que debe interpretarse el concepto «lugar» en el mismo sentido que el parecer mayoritario del Pleno.

Con carácter previo, sin embargo, y atendiendo a la profusa argumentación que el Tribunal Supremo destina a la interpretación gramatical del concepto «lugar», deben dedicarse unas breves líneas a los límites y los métodos de interpretación admisibles en Derecho penal.

Una de las manifestaciones del principio de legalidad penal, al que se ha aludido brevemente *supra*, consiste en la exigencia de *lex stricta*, de la que se deriva el principio de prohibición de analogía³² contenida en el art. 4.1 CP.

³⁰ SAP Barcelona, Sección 5ª, de 21 de octubre de 2019, (ECLI:ES:APB:2019:14581), FJ 3.

³¹ Pese a que no consta en el relato de hechos probados la fecha exacta en la que Cirilo hizo entrega de las galletas manipuladas y el billete de 20 euros a la víctima, la conexión temporal puede advertirse al considerar la cercanía temporal entre el primero y el último de los actos de la secuencia delictiva. No obstante, ello carece de especial relevancia, pues en los casos de «realización progresiva del tipo» no se exige una identidad temporal tan estrecha como en otros supuestos de unidad de hecho. En este sentido, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 954.

³² ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 140.

Lo anterior no es óbice, evidentemente, a la necesaria interpretación de la ley penal, pues la concepción «mecanicista»³³ del juez es a todas luces impracticable. Pero la interpretación judicial de la ley penal deberá circunscribirse al «sentido literal posible»³⁴ para respetar los límites que, en nuestro ordenamiento jurídico, impone el art. 4.1 CP. En términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el resultado interpretativo debe ser siempre «coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible»³⁵.

De lo anterior se desprende la necesidad de distinguir entre interpretación, admitida si respeta los valores constitucionales, y analogía, prohibida en Derecho penal. La doctrina define la interpretación como la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro del ya mencionado «sentido literal posible», mientras que la analogía conlleva la aplicación de la ley penal a supuestos de hecho no contemplados en ella, pero con los que se observa identidad de razón³⁶.

El «sentido literal posible» es, por tanto, el punto de partida de toda interpretación. Este marca el límite externo, es decir, diseña el campo de juego dentro del cual entran en consideración los distintos cánones de interpretación cuya conjunción proporciona el sentido del precepto³⁷.

No obstante, la interpretación gramatical es solo el primer estadio de toda labor interpretativa, pues esta solo marca el límite más allá del cual se incurre en analogía. En este sentido, el tenor literal de la norma no es suficiente, pues el sometimiento a este único criterio llevaría a una interpretación excesivamente formalista de la misma³⁸. La norma debe ser sometida a la interpretación sistemática e histórica, para culminar con la interpretación teleológica, que debe coronar todo proceso interpretativo, pues el resto de los métodos son solo «derroteros especiales que permiten acercarse al sentido de la norma»³⁹.

Lo anterior se desprende, en nuestro ordenamiento jurídico, del art. 3.1 CC, que determina que

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Huelga decir que dicho artículo, como consecuencia de la supletoriedad de las disposiciones civiles consagrada en el art. 4.3 CC, es aplicable a la interpretación en sede penal, como ha sido reconocido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo⁴⁰.

³³ Conforme al conocido aforismo de Montesquieu, los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley.

³⁴ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, pp. 170 ss.; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, pp. 147 ss.

³⁵ Cfr. STEDH *Del Río Prada v. España*, de 21 de octubre de 2013 (Demanda 42750/09), § 91-93.

³⁶ GÓMEZ TOMILLO/AGUADO CORREA, «Artículo 4», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 79.

³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, pp. 220 s.

³⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 116.

³⁹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 166.

⁴⁰ RAMÓN RIBAS, «Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 2014, pp. 129 ss.

Con base en lo anterior, no debe alcanzarse sin excepción el límite que establece el «sentido literal posible» sino que, una vez marcado dicho umbral, debe obtenerse el verdadero sentido del precepto a partir de la conjugación de los distintos métodos interpretativos y, fundamentalmente, a través de una «reducción teleológica» que permita vislumbrar la «voluntad de la ley»⁴¹.

En conclusión, la interpretación gramatical, en su aspecto positivo, tiene un carácter provisional sujeto al resultado que se derive de la referida interpretación teleológica, fundamentalmente⁴². Por otro lado, en su vertiente negativa, el tenor literal del precepto es definitivo, puesto que marca el límite máximo de la interpretación teleológica⁴³ que, como se desprende del art. 3.1 CC, juega un papel esencial⁴⁴.

La analogía será, pues, una aplicación de una norma ya interpretada en base a los cánones y con sujeción a los límites anteriormente expuestos a un supuesto de hecho no contenido en ella, pero sí similar o análogo⁴⁵.

4.3. Sobre la aplicabilidad de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito a «entornos» virtuales

Lo anteriormente expuesto sirve de base para analizar la argumentación contenida en la sentencia de referencia acerca de la admisibilidad de la interpretación del concepto «lugar» como término en el que poder incluir redes sociales como, en este caso, *Youtube*.

Más allá de la discusión filológica en torno a las definiciones «en cascada»⁴⁶ que ofrece el Alto Tribunal para forzar una interpretación gramatical del concepto «lugar» comprensiva de las redes sociales, lo cierto es que una red social, si se toman como referencia los cánones y las limitaciones expuestas en el epígrafe anterior, no puede interpretarse como el «lugar» de comisión del delito a efectos del art. 48.1 CP.

A este respecto, a pesar de las conclusiones que alcanza la Sala, puede entreverse la verdadera naturaleza de las redes sociales en distintos pasajes de la sentencia analizada, en la que se hace referencia a Internet como medio o instrumento de comisión del delito, y no como su lugar de ejecución.

⁴¹ JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 170.

⁴² RAMÓN RIBAS, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), 2014, p. 133.

⁴³ ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, p. 221.

⁴⁴ La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este mismo sentido, a modo de ejemplo, en la STS 320/2022, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1202): «La voluntad no modificada del legislador debe seguir ocupando, por tanto, un papel decisivo en la interpretación lógica y teleológica de la norma penal pues ello coadyuva también a preservar los valores constitucionales de la seguridad y de la previsibilidad social de los espacios de prohibición y, con ellos, a garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos».

⁴⁵ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 112.

⁴⁶ A partir de la definición de «lugar» ofrecida por la Real Academia Española se llega a la definición de «espacio» y, de allí, a la de «cuerpo». Con esta última se concluye que, dado que la participación de los usuarios y la aportación de sus contenidos ocupan un espacio limitado y pueden incluirse en dicho concepto, la red social *Youtube* debe ser considerada «lugar» a efectos del art. 48.1 CP.

Pero lo anterior es un argumento residual. Lo verdaderamente relevante consiste en el análisis de la interpretación llevada a cabo por el Alto Tribunal a la luz de los métodos y límites de interpretación descritos *supra*.

a. *Interpretación sistemática*

En primer lugar, debe destacarse, atendiendo a una interpretación sistemática, que resulta controvertido que la interpretación gramatical del Tribunal Supremo venga reforzada por lo dispuesto en el art. 214 CP referente a los espacios de la retractación del acusado⁴⁷. En este sentido, la resolución comentada omite que el mentado precepto prevé que el retracto deberá publicarse en el mismo *medio* en el que se vertió la injuria o calumnia, en *espacio* idéntico o similar al de su difusión.

En consecuencia, la referencia al art. 214 CP refuerza la posición contraria: la consideración de las redes sociales como medio o instrumento a través del cual se comete el delito. La referencia al término «espacio» en dicha disposición remite a la idea de que el retracto debería ser publicado en una extensión similar a la de la injuria o calumnia cometida.

Lo anterior deviene aún más evidente si se analizan los preceptos en los que se integra la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; en especial, los preceptos en los que se regula como pena accesoria.

A este respecto, el art. 57.1 CP dispone la imposición discrecional de «una o varias» de las prohibiciones del art. 48 CP por la comisión de un amplio catálogo de delitos, en el que se incluyen los delitos contra la integridad moral.

La accesoriadad de dichas penas respecto a unos delitos específicos y no respecto a la duración de la pena principal, la posibilidad de imposición facultativa, la independencia de su duración respecto a la de la pena principal y la imposibilidad de imponerlas como penas únicas⁴⁸ han llevado a la doctrina, tradicionalmente, a catalogarlas de penas accesorias «impropias» o «*sui generis*»⁴⁹.

Especialmente interesante, a efectos de este comentario, es lo relativo a la duración de la pena accesoria cuando se impone junto con la pena de prisión, tipificado en el segundo párrafo del art.

⁴⁷ De acuerdo con el Ministerio Público, la posición mayoritaria del Pleno entiende que el significado gramatical «ve reforzado su valor interpretativo por lo dispuesto por el art. 214 del CP que, al regular los efectos de la retractación del acusado en los delitos de injuria y calumnia, se refiere a “espacios” de difusión, no a espacios geográficos excluyentes».

⁴⁸ Debe advertirse, sin embargo, que la pena de privación del derecho a acudir a determinados lugares está prevista en distintos preceptos de la Parte Especial, como en los arts. 558 y 578 CP, así como, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, en el art. 172 *quater* CP. A pesar de lo anterior, un sector de la doctrina interpreta que siguen siendo penas accesorias, que deberían haber sido previstas en el art. 57.1 CP. Cfr., a este respecto, SOUTO GARCÍA, «La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos», en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, 2013, p. 279.

⁴⁹ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, pp. 55 ss.; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, pp. 279 ss.; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 348 s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Artículo 57», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, p. 595; GARCÍA ALBERO, «Artículo 57», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 501.

57.1 CP. Desde la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 se prevé el cumplimiento simultáneo de ambas, excediendo la duración de dicha pena accesoria entre uno y diez años, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave, a la de la pena de prisión.

El segundo párrafo del art. 57.1 CP conlleva, por tanto, una excepción al principio de duración de las penas accesorias dependiente de la pena principal, consagrada en el art. 33.6 CP⁵⁰. Además, también conlleva una superación del máximo de diez años de duración de la pena de privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos, recogido en el art. 40.3 CP que, sin embargo, autoriza el art. 40.5 CP⁵¹.

Esta previsión debe interpretarse en el sentido del voto particular a la sentencia. El exceso de la pena privativa de derechos únicamente respecto a la pena de prisión se efectúa para extender la protección a la víctima más allá de la pena privativa de libertad⁵² porque, de lo contrario, la efectividad de la pena accesoria se vería limitada únicamente a casos de suspensión de condena o de acomodación del penado al régimen de libertad (permisos penitenciarios, tercer grado, libertad condicional; entre otros).

Y ello carece de sentido si se extiende la pena de privación del derecho a acudir al lugar del delito a redes sociales, pues no concurre con la misma intensidad la imposibilidad de acceder al «lugar» del delito durante el cumplimiento de la pena de prisión, y más aún después de la reforma del Reglamento Penitenciario operada por el Real Decreto 268/2022, de 12 de abril. En lo que aquí interesa, esta reforma posibilita el uso de las tecnologías de la comunicación y de la información en los establecimientos penitenciarios por los penados para necesidades de tratamiento, empleo o comunicación con las familias⁵³.

En consecuencia, y aún con mayor razón a partir de la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías en los centros penitenciarios, carece de sentido que el párrafo segundo del art. 57.1 CP permita extender la pena accesoria más allá de la duración de la pena de prisión si en la primera estuviera incluida la prohibición de acceder a redes sociales.

Finalmente, distintas disposiciones normativas sustantivas⁵⁴ y procesales⁵⁵ recomiendan un concepto geográfico de «lugar».

⁵⁰ El art. 33.6 CP reza: «Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código».

⁵¹ Conforme a este último precepto: «La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código».

⁵² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 245. En este sentido también se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

⁵³ SOLAR CALVO/LACAL CUENCA, «El Real Decreto 268/2022, de 12 de abril, de Reforma del Reglamento Penitenciario», *La Ley*, (10081), 2022, pp. 1 ss.

⁵⁴ El propio art. 39 f) CP lo indica cuando la define como «La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos». En efecto, el pronombre personal utilizado refiere la prohibición de acudir a los lugares en los que se puede prohibir al condenado residir; inaplicable en el caso de las redes sociales. Esta misma construcción se repite a lo largo de numerosos preceptos del Código.

⁵⁵ La Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte), emitida por la Fiscalía General del Estado, incide en el carácter geográfico de lugar, atendiendo a un criterio sistemático que debe acogerse asimismo en este comentario. En efecto, el art. 544 bis LECrim recoge la medida cautelar consistente en la «prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas». La concreción de

b. *Interpretación teleológica*

Desde una perspectiva teleológica, la aplicación del art. 48.1 CP en el presente caso tampoco resulta acorde con el fundamento y la naturaleza de dicha pena accesoria⁵⁶.

En primer lugar, la pena accesoria discutida es restrictiva, que no privativa, del derecho a fijar libremente la propia residencia, consagrado en el art. 19.1 CE, y del derecho a la libertad, en su modalidad de libertad deambulatoria, recogido en el art. 17.1 CE⁵⁷. La sentencia del Pleno, sin embargo, la emplea para restringir derechos fundamentales distintos a aquellos para los que está prevista, como son los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información y de comunicación.

La finalidad de la pena accesoria contenida en el art. 48.1 CP permite también concluir en contra de la aplicabilidad de dicha pena en casos como el analizado. En efecto, el espíritu de la norma es el de evitar, conforme a la prevención especial negativa, el encuentro físico entre el autor y la misma víctima⁵⁸ para neutralizar así el peligro que el primero representa para esta. Por ello, se la denomina también pena de «contención de conductas no deseadas»⁵⁹ o, en un sentido laxo, como pena «de alejamiento»⁶⁰. Coherentemente, el círculo de personas protegidas por la pena del art. 48.1 CP son la víctima y sus familiares⁶¹.

En línea con dicha función, el contenido de la prohibición lo integran la prohibición de acudir o residir en el lugar del delito o en el lugar de residencia de la víctima, si fueran distintos. Dado que la prohibición de acudir integra también la de no residir, la previsión de esta última ha sido calificada por ciertos autores como reiterativa e innecesaria⁶².

dichos «lugares» en el sentido expuesto evoca necesariamente una concepción geográfica de dicho concepto que, por la proximidad conceptual con la pena de idéntico contenido, debe extenderse a la misma.

⁵⁶ Como bien advierte SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 276, dichas restricciones de derechos también se contemplan como medidas cautelares, medidas de seguridad (art. 106 CP), o como prohibiciones para condicionar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 83.1.4ª CP). En el presente comentario, sin embargo, nos centraremos en la privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos como pena accesoria.

⁵⁷ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, p. 49; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 278; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 243; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 48», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, p. 472.

⁵⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Artículo 48», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. I, 2015, pp. 553 ss.

⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 243 s.

⁶⁰ SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, pp. 278 s.

⁶¹ Ciertamente sector doctrinal, como refiere FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, p. 71, habla de «la incorporación de contenidos victimológicos centrados en la atención y protección de los intereses de la víctima de determinados delitos». Cfr., en el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, pp. 245-250; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, pp. 279 ss.

⁶² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2011, p. 250; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. I, 7ª ed., 2016, pp. 472-473; SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 285.

A la luz de la finalidad de prevención especial, y pese a la posibilidad de imponer la prohibición de acudir al lugar del delito y al lugar de residencia de la víctima cumulativamente⁶³, un sector doctrinal, siguiendo a BAUCCELLS LLADÓS, estima que no parece recomendable extender la prohibición a un lugar en el que no resida la víctima o sus familiares, por mucho que sea el de la comisión del delito, si con ello no se evita el encuentro entre la víctima y el autor⁶⁴.

Todo lo anterior repercute asimismo en los criterios de imposición de dicha pena accesoria; especialmente, en cuanto al «peligro que el delincuente represente» al que refiere el art. 57.1 CP. En coherencia con el fundamento y la finalidad de la pena accesoria, la peligrosidad no debe analizarse desde la perspectiva subjetiva o personal del autor, sino como la peligrosidad objetiva que conlleva, después de la comisión de un delito, «la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia»⁶⁵.

En consideración a lo expuesto en las líneas precedentes, la aplicación de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito en el caso de una red social resulta contrario al espíritu de las normas que la desarrollan. El efecto perseguido no es la protección de la víctima, pues la pena no va dirigida en este caso a evitar el encuentro entre el autor y esta para evitar la reiteración delictiva⁶⁶. Lo que verdaderamente se articula mediante dicha prohibición es la absoluta privación del condenado de proseguir con una actividad económica determinada y de sus derechos de libertad de expresión y de comunicación, actuando dicha pena de un modo inocuizante.

Por ello, la decisión que alcanza la sentencia del Alto Tribunal tergiversa dicha pena accesoria en una suerte de medida de seguridad, que se impone al condenado en base a la peligrosidad subjetiva que este encarna con motivo de la comisión del delito⁶⁷ o en base a la consideración de las redes sociales como factor criminógeno, pero no como consecuencia de la peligrosidad objetiva que conllevaría la cercanía física entre el autor y la víctima.

Además, la naturaleza de la pena accesoria resulta modificada cuando la prohibición de acudir o residir en determinados lugares se reduce únicamente a una prohibición de acudir al «lugar» del delito, debido a la imposibilidad de residir en una red social⁶⁸.

⁶³ Se descarta por esta vía BOLDOVA PASAMAR, «La inviabilidad de lege lata de imponer como pena la prohibición de acceder a determinados contenidos de internet», *La Ley*, (10179), 2022, pp. 1 ss.

⁶⁴ SOUTO GARCÍA, en FARALDO CABANA/PUENTE ABA (dirs.), *Las penas privativas de derechos*, 2013, p. 286; VILLA SIEIRO, «Penas privativas de derechos en interés de la víctima», en ROCA DE AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., 2022, p. 76.

⁶⁵ FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, 2008, p. 61.

⁶⁶ En atención a lo anteriormente desarrollado, la prohibición adecuada para garantizar dicha finalidad sería la prohibición de acudir al lugar de residencia de la víctima, con el objetivo de prevenir ulteriores grabaciones de la víctima que pudieran ser difundidas a través de cualquier red social.

⁶⁷ En este sentido deben entenderse también las referencias a los anteriores vídeos difundidos por el autor, en el que había ejercido conductas humillantes contra víctimas no identificadas pues ello, a juicio del Tribunal Supremo, es una manifestación de la peligrosidad personal que el sujeto representa en cuanto al uso de la red social *Youtube*.

⁶⁸ BOLDOVA PASAMAR, *La Ley*, (10179), 2022, p. 5.

En conclusión, la interpretación de la red social *Youtube* como «lugar»⁶⁹ a efectos de la pena accesoria definida en el art. 48.1 CP y la aplicación de dicha pena al caso estudiado no es acorde con el principio de legalidad, si ello se pone en relación con otros preceptos de nuestro Código y, especialmente, si se atiende a la finalidad que persigue la pena accesoria impuesta.

5. Conclusión

La rápida transformación que ha experimentado la vida social como consecuencia de la aparición y el desarrollo las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, especialmente, las redes sociales, exige una adaptación eficiente de nuestro ordenamiento jurídico.

La respuesta jurídico-penal a dicho fenómeno se ha materializado en sucesivas reformas del Código Penal que han incidido con especial intensidad en la configuración de nuevos tipos penales o en la modificación de algunos ya existentes, con el objetivo de prevenir la ciberdelincuencia. No obstante, el legislador parece haber desatendido una simultánea reforma de las penas aplicables en dichos delitos, más allá de algunos supuestos concretos⁷⁰.

Esta falta de adaptación del catálogo de penas, sumado a la rapidez que caracteriza la evolución en este sector, empero, no puede suponer una erosión de principios inviolables del Derecho penal como la seguridad jurídica o el principio de legalidad. Es especialmente preocupante que en lo relacionado con las nuevas tecnologías y las redes sociales el Tribunal Supremo esté «echando un pulso» al Estado de Derecho (...) por el dominio del Derecho Penal, por la facultad de crear normas penales»⁷¹.

Manifestación de lo anterior lo constituye una expansión de las conductas subsumibles en determinados tipos penales⁷² y la imposición de penas no diseñadas para los supuestos a los que se aplican. Esto último es intensamente gravoso cuando, como sucede en el presente caso, dichas penas restringen los derechos de la persona condenada durante largo tiempo, al extenderse más allá de la pena de prisión impuesta.

⁶⁹ No se ha discutido en este comentario, por exceder del objeto del mismo, la problemática que las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal pueden originar en términos de competencia judicial internacional penal. Es evidente que la consideración de las redes sociales como lugar del delito puede resultar especialmente problemática en los supuestos en los que, como el analizado, ni la víctima ni el autor tengan la nacionalidad española.

⁷⁰ BOLDOVA PASAMAR, *La Ley*, (10179), 2022, p. 2.

⁷¹ ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre el principio de legalidad*, 2009, p. 180.

⁷² La STS 553/2022, Penal, de 2 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2329), curiosamente, dictada el mismo día que la sentencia analizada, alcanza la discutible conclusión de confirmar la condena por un delito de quebrantamiento de medida cautelar de prohibición de comunicación por el mero hecho de publicar en el muro de la red social *Google+*, en el que no es posible bloquear a otros usuarios, mensajes que podían interpretarse dirigidos a la víctima. En términos de dicha sentencia, «para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario», a pesar de que se trate de la publicación en una red social «que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima».

Consecuentemente, disintiendo del voto particular, tampoco parece recomendable articular la privación del derecho a emitir contenidos a través de *Youtube* u otras redes sociales mediante la pena de inhabilitación especial del art. 45 CP⁷³ o el instituto del decomiso⁷⁴.

La posibilidad de imponer la prohibición de acceder a determinados contenidos de Internet o a determinadas redes sociales aplicable a delitos cometidos por medio de este instrumento, ya sea como pena o como medida cautelar⁷⁵, debería ser prevista específicamente por el legislador, con tal de no forzar penas y medidas cautelares que están previstas para realidades físicas⁷⁶. Solo así podría alcanzarse una solución respetuosa con los principios irrenunciables del Derecho penal a la tensión entre el paradigma de la prevención y el principio de legalidad que este supuesto, como muchos otros, evidencia.

⁷³ A pesar de que, efectivamente, pueda considerarse *Influencer* como profesión o, como mínimo, como una de las actividades comprendidas en el art. 45 CP que deben tener relación con el delito cometido, dicha pena accesoria no serviría como respuesta para la heterogeneidad de conductas delictivas que pueden ser cometidas a través de Internet pues, en la mayoría de ellas, la actividad realizada no está comprendida en una de las descritas en el art. 45 CP.

⁷⁴ El carácter definitivo del decomiso hace indeseable su aplicación a determinados delitos cometidos a través de las redes sociales, pues la definitiva expropiación de las mismas a su titular sería a todas luces desproporcionada.

⁷⁵ La STC (Pleno) 217/2015, de 22 de octubre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2015) extiende el principio de legalidad a las medidas cautelares al recordar, en relación con la medida cautelar de prisión provisional, que «la exigencia de habilitación legal supone que la medida cautelar ha de estar prevista en el ordenamiento y se ha de aplicar únicamente a los supuestos expresamente contemplados por la ley».

⁷⁶ BOLDOVA PASAMAR, *La Ley*, (10179), 2022, p. 8.