

«Ojos que no ven, corazón que no siente»: los llamados «casos puros»

Sumario

-

La comisión de un delito, por lo general, acarrea malestar emocional en la víctima. Pero, ¿y si ésta nunca toma conocimiento de que un tercero ha atentado contra sus intereses? A este grupo de supuestos la doctrina angloamericana los denomina «casos puros» y su examen ocupará el presente artículo.

Abstract

-

Generally speaking, wrongdoing entails emotional distress for the victim. But, what if he/she never learns that someone else has set back his/her interests? These are the so-called «pure cases» and it is the purpose of this paper to analyze them.

Zusammenfassung

-

Im Allgemeinen stellt Unrecht emotionalen Stress für das Opfer dar. Was aber, wenn er/sie nie erfährt, dass jemand anderes seine/ihre Interessen beeinträchtigt hat? Dies sind die sogenannten «Reinen Fälle», die in diesem Artikel analysiert werden sollen.

Title: «What you don't know, can't hurt you»: the so-called «pure cases»

Titel: «Was ich nicht weiß, macht mich nicht heiß»: die sogenannten «Reinen Fälle»

-

Palabras clave: casos puros, bien jurídico, daño, víctima, experiencia subjetiva, bienestar

Keywords: pure cases, legal good, harm, victim, subjective experience, well-being

Stichwörter: Reine Fälle, Rechtsgut, Schaden, Opfer, Subjektive Erfahrung, Wohlfahrt

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i3.11

-

1. **Introducción**
2. **Notas sobre el concepto de delito: en particular, los daños psíquicos asociados a la victimización**
 - 2.1. Daño social y daño personal
 - 2.2. La generación de malestar emocional en la víctima del delito
 - a. La salud mental y su protección jurídico-penal
 - b. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (i): daños psíquicos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal
 - c. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (ii): daños psíquicos cuya gravedad es superior a la de aquellos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal
 - d. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (iii): misma conducta, distinto impacto victimal
 - 2.3. Los «casos puros» como «*hurtless but harmful crimes*» y supuestos comparativamente menos graves
 - 2.4. A modo de excursus: los «falsos casos puros»
3. **Empeoramiento del bienestar individual de la víctima a raíz de la comisión del delito**
 - 3.1. El empeoramiento del bienestar individual de la víctima que el delito acarrea y el reto que los «casos puros» representan para esta concepción
 - 3.2. ¿En serio solo importa el placer y el dolor? Una revisión del requisito de la experiencia defendido por el hedonismo prudencial en relación con el concepto de bienestar individual
 - 3.3. En los «casos puros» también se empeora el bienestar individual aunque no en la misma medida que cuando la víctima sufre
4. **Conclusiones**
5. **Bibliografía**

1. Introducción*

Considérense los siguientes casos (ficticios):

Caso 1a: María se encuentra en coma inducido postrada en la cama de un hospital. Alberto, aprovechándose de su condición de enfermero y del estado de la paciente, le practica tocamientos en diversas ocasiones a lo largo de varios meses. María se despierta del coma y es informada por un agente de policía de lo que Alberto hizo. Alberto fue descubierto gracias a la grabación de una cámara de seguridad instalada cerca de su habitación. María se echa a llorar desconsoladamente. Siente que ha sido cosificada por Alberto. Pasan los meses tras el trágico suceso y María, quien está sumida en una profunda depresión, es incapaz de rehacer su vida sentimental y entablar relaciones íntimas con otras personas.

Caso 1b: Pablo y Mónica practican sexo en la habitación de un hotel. En un momento dado, Pablo se percata de que en el detector de humos parpadea una extraña luz violeta. Pablo desatornilla la placa del detector de humos y descubre en su interior una *webcam*. Matías, quien trabaja en el hotel como recepcionista, les confiesa que fue él quien la instaló con el fin de grabarles practicando sexo y emitir en directo el suceso en varios sitios web pornográficos. Pablo y Mónica se sienten furiosos e impotentes. También se culpan entre sí por lo poco cautos que han sido y se arrepienten enormemente de haber mantenido relaciones sexuales en un lugar distinto al domicilio particular de cualquiera de ellos.

Caso 1c: Agustín accede a la vivienda de Carolina aprovechando que está fuera de la ciudad durante el fin de semana. Carolina regresa antes de tiempo porque se le habían olvidado unas llaves que necesitaba y se encuentra allí a Agustín sentado en su sofá viendo la televisión. Entre gritos, Carolina, aterrorizada y visiblemente nerviosa, le ordena que abandone de inmediato su hogar. Agustín sale corriendo. Desde aquel incidente, Carolina sufre problemas de insomnio y ansiedad.

Los casos que interesan en esta contribución se diferencian de los anteriores en un único, aunque relevante, elemento: en ellos la víctima ignora que alguien ha atentado contra sus intereses y, por ello, no sufre ni un ápice, ni durante ni después de lo ocurrido¹. Hay un célebre refrán español que pienso que capta bastante bien su esencia: «Ojos que no ven, corazón que no siente». La doctrina angloamericana los ha bautizado con el nombre de «casos puros»². Para muestra, algunos botones:

* Autor de contacto: Alejandro Turienzo Fernández (alejandro.turienzo@ub.edu). Esta publicación no hubiese sido posible sin los estimulantes debates mantenidos con Miguel Cáceres, Carlos Castellví, Javier Cigüela, Mirentxu Corcoy, Noelia Gómez, Diego González, Juan Pablo Mañalich, Fernando Molina, Íñigo Ortiz de Urbina, Marta Pantaleón, Guillermo Ramírez, Gabriel Rogé, Andrés Salazar, Vicente Valiente y Rosa Viñas. Quiero dar las gracias, de nuevo, a Carlos Castellví, Íñigo Ortiz de Urbina y Vicente Valiente por haber leído una versión inicial de este texto y haberme trasladado sus sugerentes comentarios.

¹ Recurriendo a la terminología manejada por WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, pp. 110-111 no habría daño experiencial ni sincrónico a los hechos (acción en T1, sufrimiento en T1) ni diacrónico a estos (acción en T1, sufrimiento en T2).

² Dicho término fue empleado por primera vez por GARDNER/SHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 4 ss., en alusión a los llamados *harmless rapes* que luego examinaremos. Analiza en profundidad el trabajo citado MAÑALICH, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius Et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 35 ss. Se habla de «casos puros» por no darse en estos reacciones contingentes y dependientes de la evaluación de la víctima ante el hecho delictivo cometido contra ella. La popularidad de esta expresión ha sido tal que también se ha utilizado en publicaciones sobre otros fenómenos como el «voyeurismo puro», esto es, espiar a alguien mientras se desnuda o practica sexo sin éste saberlo. Vid. GREEN, «To See and Be Seen:

Caso 2a: María se encuentra en coma inducido postrada en la cama de un hospital. Alberto, aprovechándose de su condición de enfermero y del estado de la paciente, le practica tocamientos en diversas ocasiones a lo largo de varios meses. María se despierta del coma sin tener la más mínima idea de lo sucedido y sigue con su vida como si nada hubiese pasado³.

Caso 2b: Pablo y Mónica practican sexo en la habitación de un hotel ignorando que Matías, quien trabaja allí como recepcionista, ha instalado subrepticamente una *webcam* en el detector de humos con la que les ha grabado y ha emitido en directo el suceso en varios sitios web pornográficos. Pablo y Mónica fallecen en un trágico accidente de coche de camino a casa, con lo cual, nunca llegaron a tener conocimiento de lo que Matías hizo⁴.

Caso 2c: Agustín accede a la vivienda de Carolina aprovechando que está fuera de la ciudad durante el fin de semana. Agustín actúa de forma particularmente diligente con tal de no dejar rastro de su paso: en lugar de forzar la cerradura la desatornilla con una envidiable habilidad y la vuelve a colocar tal como se le encontró, limpia todo lo que ensució y hace la cama en la que duerme. Carolina vuelve a su domicilio el domingo por la noche y no hay forma de que se percate de que Agustín estuvo allí⁵.

A primera vista, pareciese que el interés práctico que despiertan los «casos puros» es básicamente nulo. Si estos se caracterizan por no salir a la luz, nunca llegarían a ser enjuiciados en un proceso penal⁶, con lo cual, alguien podría poner en duda que se les deba prestar atención. Es verdad que hay supuestos entre los introducidos previamente que, desde el prisma del contexto jurídico español, no suscitarían deliberación práctica alguna. En los delitos contra la intimidad, como es el caso de la revelación de secretos (caso 2b) o el del allanamiento de morada (caso 2c), resulta indispensable para la persecución penal la previa denuncia de la persona agraviada (art. 201 CP). Si ésta nunca toma conocimiento de lo sucedido, tampoco podrá tomar cartas en el asunto y, en consecuencia, la persecución penal nunca se producirá. Ahora bien, los delitos contra la libertad sexual (caso 2a) son otra historia. Pues pueden tanto ser perseguidos a instancia de parte, a partir de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, como de oficio, mediante querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en liza (art. 191 CP). De este modo, incluso en el caso extremo de que la víctima de agresión sexual fallezca y resulte imposible que sepa que fue victimizada, podría llegar su caso hasta los tribunales gracias a la labor del Ministerio Fiscal, siempre y cuando tome noticia del hecho. Consiguientemente, algunos «casos puros» sí poseerían repercusión práctica.

Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism», *American Criminal Law Review*, (55), 2018, pp. 226 ss.; NATHAN, «Just Looking: Voyeurism and the Grounds of Privacy», *Public Affairs Quarterly*, (4-4), 1990, pp. 366 ss.; DOYLE, «Privacy and Perfect Voyeurism», *Ethics and Information Technology*, (11), 2009, pp. 181-189.

³ Caso inspirado en las películas «Kill Bill Vol. 1» (2003), dirigida por Quentin Tarantino, y «Hable con Ella» (2002), dirigida por Pedro Almodóvar. Como se avanzó en la nota a pie de página nº 2, quedaría incardinado en lo que algunos autores llaman *harmless rapes*. He redactado el supuesto de hecho de un modo tal como para excluir de base la probable causación a la víctima, fruto del acto sexual no consentido, de repercusiones psíquicas, fisuras vaginales, riesgo de contagio de enfermedades de transmisión sexual y/o de embarazo indeseado para así centrarme lo máximo posible en el punto de estudio sobre el cual deseo reflexionar.

⁴ Este ejemplo lo redacté tras leer la siguiente noticia: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211125/7884655/instalando-sistema-movil-sabras-hay-camaras-ocultas-airbnb-sitio-pmv.html>

⁵ Se ha modificado ligeramente el caso introducido por RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Philosophy & Public Affairs*, (34-3), 2006, p. 218 y que el citado autor bautiza con el nombre de «*harmless trespass*».

⁶ Puntualizan que los *harmless rapes* nunca suscitarían una deliberación práctica aunque ello no les impide poner en valor el interés que despiertan en el plano moral GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 7, 10-11.

Independientemente de que sean o no enjuiciados en la *praxis*, lo cierto es que los «casos puros» constituyen un desafío teórico no menor sobre el que vale la pena reflexionar. La nota característica de los «casos puros», que es la que los torna excepcionales, es la ruptura con una lógica respecto a la cual podría decirse que estamos acostumbrados: que la víctima experimente subjetivamente el evento delictivo perpetrado contra ella. Dado que no resulta ni mucho menos evidente qué consecuencias debería tener para la teoría del delito la ausencia de dicho elemento en esta serie de supuestos tan particulares, las siguientes páginas perseguirán ofrecer una fundamentada respuesta a tal efecto^{7/8}.

⁷ Debo precisar que las reflexiones de las siguientes páginas serán formuladas tomando como referencia figuras delictivas concretas. A saber, aquellas en las que el bien jurídico lesionado es uno individual y cuya comisión pueda llegar a acontecer sin que la víctima concreta e identificable se dé cuenta. A tal efecto, veo posible ofrecer una clasificación tripartita en función de cuál sea el papel desempeñado por el conocimiento de la víctima en torno a su victimización:

(a) *Comportamientos prohibidos penalmente para cuya comisión es necesario el conocimiento de la víctima acerca de su victimización*: contamos con muchos ejemplos de delitos que encajan en esta descripción. El asesinato por ensañamiento (art. 139.1.3º CP) sería uno de ellos. Por sus características, a la víctima no le queda otra que conocer que alguien está ejecutando los elementos del tipo objetivo en su perjuicio. También me parece que entraría dentro de esta categoría el delito de exhibicionismo obsceno practicado antes menores de edad (art. 183 CP). Según creo, hace falta que el menor sepa que está padeciendo una victimización sexual con tal de poder estimar penalmente relevante el comportamiento del autor. Sin ello, no habrá forma de que se perturbe su adecuado desarrollo en el plano sexual. Por ello, parte de la jurisprudencia (SAP de Cádiz 249/2011, de 20 de junio [ECLI:ES:APCA:2011:1957], SAP de Cádiz 234/2010, de 1 de junio [ECLI:ES:APCA:2010:1269], SAP de Córdoba 330/2009 de 9 de diciembre [ECLI:ES:APCO:2009:1529]) y de la doctrina (p. ej., RAMÓN RIBAS, «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual: identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada», en VILLACAMPA ESTIARTE (COORD.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, pp. 189 ss.) niegan la tipicidad de las conductas exhibicionistas obscenas practicadas en presencia de infantes de muy corta edad por entender, no sin razón, que, aunque el menor contemple el acto, su escaso desarrollo cognitivo le impedirá comprender lo que está ocurriendo, con lo cual, el riesgo de perturbar su correcto desarrollo sexual brillará por su ausencia. Del mismo modo, tampoco debería castigarse el acto exhibicionista ejecutado cuando los menores estén dormidos o de espaldas: la ignorancia sobre lo acontecido impedirá que su óptimo desarrollo sexual se vea afectado de manera negativa. Otra figura delictiva que me parece que entraría dentro de esta categoría es el delito de amenazas (arts. 169 ss. CP): si el mensaje intimidatorio transmitido por el autor no llega hasta la víctima (p. ej., porque está sorda y la intimidación se articula verbalmente) difícilmente su libertad y/o seguridad podrán verse de algún modo cercenadas. Análogas reflexiones deben efectuarse con respecto al delito de acoso (art. 172 ter CP): no es posible que el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima se vea alterado si ésta ignora que alguien la vigila, la persigue o lleva a cabo cualquier otra de las conductas contempladas en el tipo penal.

(b) *Comportamientos prohibidos penalmente cuya comisión presupone la ignorancia de la víctima acerca de su victimización, cuando menos, durante la ejecución delictiva*: el mejor ejemplo es el delito de estafa (art. 248.1 CP). La víctima lleva a cabo engañada el acto de disposición patrimonial perjudicial para sí o para tercero, por lo que (por definición) nunca se da cuenta de que la están estafando.

(c) *Comportamientos prohibidos penalmente que pueden cometerse tanto sabiendo la víctima que alguien la está victimizando como no sabiéndolo*: el paradigma son los delitos contra la intimidad en los que se incardina, p. ej., el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP). Tanto cabe que la víctima se entere, más o menos tarde, de lo ocurrido como que no. También creo que participarían en esta categoría los delitos de agresión sexual (art. 178 CP). La víctima puede tomar conocimiento de que alguien está atentando contra su libertad sexual (p. ej., en un caso en el que el autor obliga a punta de navaja a la víctima a practicarle una felación) o, por el contrario, desconocer tal extremo (p. ej., porque se halla privada de sentido).

⁸ En la presente contribución dejaré de lado otro problema vinculado con la óptica de la víctima: el de la valoración subjetiva por ésta de un hecho de un modo positivo a pesar de que objetivamente deba ser calificado como negativo. En pocas palabras: la víctima considera que lo que le ha sucedido es algo bueno aun cuando objetivamente sea algo malo. A tales efectos, podrían diferenciarse dos grupos de casos. En primer lugar, aquellos en los que la víctima, con carácter previo a la ejecución por el autor de la acción típica, ya tenía intención de que el hecho ocurriese, si bien tal circunstancia era desconocida *ex ante facto* por el sujeto activo y resultaba incognoscible al no haber sido nunca su consentimiento exteriorizado. Un ejemplo: Pedro roba a Juan un espantoso aunque valioso jarrón y, tras enterarse de, Juan, en vez de entristecerse, se alegra enormemente porque, desde hacía ya unos días, quería deshacerse de él dado que era un regalo de un primo suyo y lo tenía expuesto en su casa como puro gesto de cortesía. Y en segundo lugar, aquellos otros supuestos que podríamos

2. Notas sobre el concepto de delito: en particular, los daños psíquicos asociados a la victimización

Con tal de poder abordar adecuadamente el tema planteado en esta contribución pienso que hace falta adentrarse, primero de todo, en las raíces del problema, explorando una cuestión nuclear en el Derecho Penal: el concepto de delito. Es sabido que en las tradiciones angloamericana y continental se han hecho uso de criterios dispares para definir qué ha de entenderse por tal. Del lado angloamericano, el principio del daño, así como, desde FEINBERG, con carácter alternativo, el de la ofensa⁹, como así se discute en relación con conductas tales como los delitos contra los sentimientos religiosos¹⁰ o los ultrajes¹¹. Y del lado continental, la teoría del bien jurídico¹². Mientras que el principio del daño hunde sus raíces en la obra de MILL, quien manifestó que solamente cabe prohibir bajo la amenaza de la pena aquellas conductas que causen daños a terceros¹³, el concepto de bien jurídico¹⁴ tiene origen en la obra de BIRNBAUM¹⁵ y su esfuerzo por superar el encorsetamiento que la lógica del amparo de derechos subjetivos formulada por FEUERBACH acarrea¹⁶ (recuperada, en tiempos recientes, por algunos autores contemporáneos¹⁷)¹⁸.

calificar como de anómala e inesperada reacción de la víctima frente al suceso que la victimiza una vez toma conocimiento de su acacamiento. A modo de ejemplo: María está en coma inducido postrada en la cama de un hospital. Alberto, aprovechándose de su condición de enfermero y del estado de la paciente, le practica tocamientos en diversas ocasiones a lo largo de varios meses. María se despierta del coma al cabo de un tiempo y es informada por un agente de policía de lo que Alberto hizo. Para sorpresa del agente de policía, María manifiesta que no le importa lo más mínimo que Alberto le practicara tales tocamientos.

⁹ La ofensa, que es una categoría distinta y menos grave que el daño, es definida por FEINBERG, *Offense to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 2, 1986, p. 1, como la generación de estados mentales desagradables en los demás.

¹⁰ Vid. ALCÁCER GUIRAO, «Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (21), 2019, pp. 1 ss.

¹¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría de la antijuridicidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España», en QUERALT JIMÉNEZ/CARDENAL MONTRAVETA (dirs.), *Derecho Penal y libertad de expresión*, 2022, pp. 45 ss. De otra opinión, CARPIO BRIZ, «Más que tela: ¿por qué hacer jirones del delito de ultrajes», en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez*, 2021, pp. 735 ss.

¹² Tanto la noción de daño como la del bien jurídico presentan una doble dimensión: una perspectiva político-criminal, preocupada por definir qué cabe criminalizar, y otra dogmática, orientada a desarrollar, para los fines que correspondan, qué ha de entenderse exactamente por aquella conducta delictiva que se prohíbe bajo la amenaza de una pena. En este trabajo nos situamos en este segundo plano. Sobre la referida doble dimensión, si bien solo en relación con el concepto de bien jurídico, vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 172; ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 16-20, 76.

¹³ MILL, *On Liberty*, 1993 (1859), p. 13. También, esencial, FEINBERG, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 1, 1984.

¹⁴ Concepto jurídico indeterminado donde las haya a la luz de la rica variedad de propuestas de definición sugeridas. Con amplias referencias, vid. STRATENWERTH, «Zum Begriff des Rechtsgutes», en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum. 70 Geburtstag*, 1998, pp. 378-379.

¹⁵ BIRNBAUM, «Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, (15), 1834, pp. 149 ss.

¹⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1832.

¹⁷ Entre otros, RENZIOWSKI, «Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft», en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, 2015, pp. 210-211; HÖRNLE, «Theories of Criminalization», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 691; SPENA, «Harmless Rapes? A False Problem or the Harm Principle», *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 518, 522.

¹⁸ Debe precisarse, sin embargo, que bien jurídico y derecho subjetivo no son conceptos mutuamente excluyentes. Es perfectamente posible que un tipo penal ampare un determinado bien jurídico que, a su vez, se asiente sobre

Que una y otra tradición hayan transitado caminos distintos no significa, en todo caso, que estemos ante posturas inconciliables¹⁹. Lo único que las separa es su respectivo punto de partida. Los defensores del principio del daño ponen el foco en aquello que es disvalioso, que al Derecho Penal le parece mal y merece ser prohibido bajo la amenaza de la pena; en cambio, los partidarios de la teoría del bien jurídico se preocupan por aquello estimado valioso, que es considerado positivo y ha de ser amparado jurídico-penalmente. Daño y bien jurídico no son, por tanto, construcciones teóricas antagónicas sino perfectamente complementarias por tratarse de dos caras de una misma moneda. Quienes parten del criterio del daño se ven obligados a responder «a qué se daña», mientras que los partidarios del bien jurídico han de resolver «respecto a qué se protege el bien jurídico». No debería sorprender, por ello, que, desde el Derecho penal angloamericano, las presuntas limitaciones del principio del daño hayan intentado superarse a partir de un más atento estudio de la noción de interés²⁰. Y viceversa, desde el Derecho penal español y alemán, la por algunos denominada «crisis del bien jurídico»²¹ ha alimentado una creciente atención por los conceptos tanto de daño²² como de ofensa²³.

Esta pretendida combinación armónica entre la lógica del daño y la del bien jurídico seguramente pueda dar sus frutos y ayudar a superar los potenciales problemas que conlleva manejar un solo criterio como si de una fórmula matemática se tratase²⁴. Desde esta postura conciliadora, cobran pleno sentido las palabras de TRUCCONE: «(...) afirmar que un bien jurídico ha sido lesionado es aproximadamente equivalente a afirmar que alguien está sufriendo un daño»²⁵. De lo que se trataría, a continuación, es de analizar los contornos del concepto de daño penal en tanto homólogo de la noción de lesión del bien jurídico.

un derecho subjetivo expresamente reconocido. Ese sería el caso, p. ej., de los delitos contra la intimidad: la intimidad tanto es un bien jurídico protegido como un derecho fundamental previsto expresamente en el art. 18.1 CE.

¹⁹ Sobre sus puntos de conexión, como, p. ej., el espíritu liberal compartido, *vid.* ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 101, nm. 125a.

²⁰ Afirma HARCOURT, «The Collapse of the Harm Principle», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (90-1), 1999, p. 183: «Debemos mantener un mayor debate en ética, derecho y política: debates sobre el poder, la autonomía, la identidad, el desarrollo humano, la igualdad, la libertad y otros intereses y valores que dan sentido a la afirmación de que un daño identificable importa». Asimismo, SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, p. 517 cree que el principio del daño demanda una subyacente teoría moral sustantiva que establezca qué intereses son legítimos. Desde el lado de la doctrina española, LASCURAIN SÁNCHEZ, «Bien jurídico y objeto protegible», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (60), 2007, p. 129 destaca la aportación del bien jurídico a la comprensión del daño producido por la conducta típica. Igualmente, en el marco de la doctrina alemana, considera ESER, «The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests», *Duquesne Law Review*, (4-3), 1965, p. 374 que ha de examinarse exactamente qué se lesiona con la conducta respecto de la cual predicamos la derivación de un daño penalmente relevante, para lo cual, es preciso fijarse en el concepto de interés legal que el autor citado asocia con la noción de bien jurídico.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 501-502; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *InDret*, (2), 2008, p. 4.

²² *Vid.* VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el principio del daño», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 42; AMBOS, «Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 2013, pp. 366 ss.

²³ *Vid.* MIRÓ LLINARES, «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-23), 2015, pp. 1-65.

²⁴ De esta opinión, ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, p. 101, nm. 125a.

²⁵ TRUCCONE, «Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal», *Política Criminal*, (12-24), 2017, p. 1199, nota a pie de página nº 24.

2.1. Daño social y daño personal

El concepto de daño penal encierra una dimensión dual: una colectiva y otra individual²⁶. Desde la óptica de la sociedad, el delito causa un daño social (o público) que presenta una doble faz: un daño simbólico o expresivo, basado en la negación del Derecho por el delincuente, y otro daño psicológico-social, en el que se encuadraría la inquietud ciudadana despertada a propósito del suceso delictivo. Por lo que respecta a la víctima concreta del delito, tiende a hablarse de la producción de un daño personal que, a su vez, se desdobra en una vertiente material –la lesión de la libertad ambulatoria o del patrimonio, p. ej., quedarían integrados en esta categoría– y otra inmaterial –SILVA SÁNCHEZ aporta algunos ejemplos como la humillación de la víctima, su culpabilización o exclusión²⁷ a los que podrían añadirse otros como la vergüenza, la rabia o la tristeza sentidas–²⁸.

Comencemos con el daño social. La comisión de un delito no solo les incumbe a la víctima y a su agresor, como si de un conflicto privado se tratase, sino que igualmente concierne a la sociedad en su conjunto²⁹ por la perturbación del orden social que la infracción penal acarrea³⁰. Con su hecho el delincuente quebranta la norma jurídico-penal a la que está sujeto, defraudando, con ello, la expectativa de que el resto de ciudadanos se comportarán conforme a Derecho y rompiendo, en fin, la convivencia en común que el sistema jurídico-penal aspira a asegurar³¹ en calidad de instrumento de control social formal. No obstante, si no queremos quedarnos en un plano excesivamente abstracto, lo anterior ha de complementarse con los controvertidos efectos que se derivan de la desconsideración hacia el Derecho de la que el delincuente hace gala. Esto es: la sensación colectiva de inseguridad que se presume que se origina en la comunidad a propósito del delito³², en concreto, a la luz del riesgo de repetición a

²⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Delito y daño: una puntualización», *InDret*, (3), 2008, pp. 1-3; EL MISMO, «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal del delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, (47-127), 2017, pp. 498-499; RENZIKOWSKI, en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, 2015, pp. 210 ss.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2008, p. 2.

²⁸ A esta serie de efectos externos cabría sumarle otra variante de daño más que afectaría al propio delincuente y que se concretaría p. ej., en el remordimiento de conciencia sentido, el padecimiento de expresiones de justicia paralela o, simple y llanamente, de la pena impuesta judicialmente. No obstante, pienso que nada de eso representaría, en rigor, una tercera dimensión de daño asociada al delito sino que se tratarían de males propios de las reacciones formales o informales desencadenadas a propósito del hecho antijurídico cometido.

²⁹ HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en SCHOLLER/PHILLIPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum. 65. Geburtstag Festschrift*, C.F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 88; RENZIKOWSKI, en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, 2015, pp. 217-218.

³⁰ Desde una postura sociológico-funcionalista, vid. JAKOBS, «¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental del Derecho Penal», *Cuadernos de política criminal*, (100), 2010, pp. 39 ss., EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, pp. 57-58, nm. 24-25; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 16 ss., 330 ss., 350 ss.

³¹ KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 2008 (1785), p. 166 advierte que el delito pone en peligro a la comunidad y no sólo al individuo.

³² KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 2008 (1785), p. 168 escribe que quien roba hace insegura la propiedad de los demás. Igualmente, JAKOBS, *La pena estatal: significa y finalidad*, 2006, pp. 139-140 alude al miedo de las víctimas potenciales a la delincuencia y el apoyo cognitivo que la imposición de una pena contra el autor del delito les brinda por poder contar que, con alta probabilidad, no sufrirán un delito. En la doctrina angloamericana también pueden encontrarse referencias a la sensación de inseguridad generada por el hecho delictivo, p. ej., en FLETCHER, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, pp. 56-57 trayendo a colación la tesis de NOZICK.

futuro de conductas prohibidas como la cometida³³, capaz de limitar aquel conjunto de actividades que, de otro modo, se estaría dispuesto a realizar³⁴. Dicha idea de inseguridad ciudadana está estrechamente vinculada con una noción clave: la del miedo de las víctimas potenciales³⁵ al delito³⁶ (compatible con otras emociones como el asco, la indignación o la tristeza frente al hecho)³⁷. Y parecería remitirnos a un difícil debate: el de la protección de sentimientos de la colectividad, particularmente, el de paz o tranquilidad públicas³⁸. Sin embargo, no se trata de que, con todo tipo penal, el Derecho penal persiga proteger simple y llanamente sentimientos de esta clase³⁹ y la mentada inseguridad cognitiva constituya la razón

³³ SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal», en SEELMANN, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, 2013, pp. 193 ss.

³⁴ Comentan ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 37, nm. 27 que la merma de la sensación de seguridad conduce hacia una limitación de la libertad, toda vez que aquel que se preocupa por su seguridad debe renunciar a un conjunto de actividades que, en otras circunstancias, llevaría a cabo.

³⁵ La distinción entre víctimas actuales y víctimas potenciales puede encontrarse, entre otros, en SEELMANN, en EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, 2013, p. 190; FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, p. 55; HÖRNLE, «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *Juristen Zeitung*, (19), 2006, p. 950.

³⁶ Relacionan el miedo al delito con la noción de inseguridad ciudadana CARO CABRERA/NAVARRO ARDOY, «La medición del miedo al delito a través de los barómetros del CIS», *Revista Española de Investigación Sociológica*, (157), 2017, p. 24.

³⁷ La gran dificultad que conlleva medir en qué grado la comisión de un determinado hecho delictivo ha contribuido a generar intranquilidad en la ciudadanía ha sido uno de los factores que ha suscitado cierta desconfianza hacia semejante dimensión colectivista del delito, tal como puede leerse en HÖRNLE, «Distribution of Punishment: The Role of Victim's Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-1), 1999, pp. 180-181. Sin embargo, que algo sea sumamente complejo de medir no debe suponer negar de plano su existencia. Hace ya décadas que la investigación social empírica dispone de instrumentos dirigidos a medir el miedo al delito, como son las encuestas de victimización o, particularmente en España, los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Sistemas de evaluación como estos arrojan datos sobre cómo una parte representativa de la población percibe el problema de la delincuencia, sea en abstracto o en referencia a fenómenos delictivos concretos (terrorismo, corrupción, etc.). Percepción que, todo sea dicho, no suele ajustarse al riesgo real de victimización, varía en función de múltiples variables como el género, la edad, el grupo social o el historial de victimización previa e influye en cuán temeroso puede sentirse uno de padecer un delito en un futuro. Con tales instrumentos es posible constatar, al menos, que, en mayor o menor medida, ese sentimiento de inseguridad es una realidad, se erige como un indicador de un problema que debe corregirse y posee un relevante coste social (p. ej., limitar actividades que, de otro modo, se realizarían o introducir medidas de seguridad que, en otras circunstancias, no serían necesarias). Desde esta óptica, me parece que la doctrina estaría en buenas condiciones de presumir que, aunque sea mínimamente, todo delito aporta un grano de arena a esa indeseable inseguridad colectiva que interesa prevenir, aun cuando tal contribución cambie en función de variables tales como, p. ej., la cobertura mediática del caso e independientemente de que medir exactamente cuánto sea harto complejo, aspecto que ciertamente situaría en desventaja al daño social para servir como factor principal a considerar en la fase de determinación judicial de la pena. Al respecto, sobre el miedo al delito, *vid.* RADER, «Fear of Crime», *Oxford Research Encyclopedias. Criminology and Justice*, 2017, pp. 1 ss., También, con referencias a los sistemas de medición del miedo al delito en España, *vid.* CARO CABRERA/NAVARRO ARDOY, *Revista Española de Investigación Sociológica*, (157), 2017, pp. 24 ss.

³⁸ Con amplias referencias, sobre la llamada paz jurídica, *vid.* KARGL, «Zur Strafbarkeit staatlich gelenkter Angriffe auf die Psyche. Probleme des strafrechtlichen Gefühlsschutzes», *Neue Justiz*, (3), 2017, p. 98. Particularmente, BLOY, «Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität», en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 244 niega que la noción de paz jurídica tenga que ver con la de bien jurídico y la define como una figura normativa basada en la confianza de que el resto respetará el ordenamiento jurídico, cosa que cada delito cuestiona.

³⁹ Como, con acierto, advierte LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Principios penales democráticos*, 2021, p. 100: «Ciertamente la comisión de cualquier delito, y más cuanto más grave es, hiere los sentimientos de los ciudadanos, pero no por ello decimos que radica en ello el objeto de protección. No decimos que el bien jurídico del delito de homicidio no es, o no es, ante todo, la vida, sino el sentimiento de inquietud, dolor o repugnancia ante la conducta homicida».

principal que justifica la censura penal de la conducta prohibida⁴⁰. Tal protección, a lo sumo, podría calificarse como un aspecto tangencial e instrumental respecto a lo que primordialmente importa: la protección de bienes jurídicos. Como bien comenta ALCÁCER GUIRAO, «junto a los bienes jurídicos, condición de la libertad del ciudadano en sociedad es también la misma expectativa de seguridad de que esos intereses no habrán de verse lesionados por terceras personas (...) Sólo esa seguridad permite un trato pacífico con sus propios intereses, sin el permanente temor a ver vulnerada su esfera de libertad»⁴¹.

Con lo antedicho se ha buscado poner en valor el daño social en aras de comprender algo fundamental: por qué el delito ha de estimarse un hecho con relevancia pública^{42/43}, calificación que posee múltiples repercusiones tanto sustantivas como procesales. Por mencionar algunas: asociar al ilícito penal una reacción pública estatal como es la pena; autorizar, salvo contadas excepciones, su perseguibilidad de oficio al amparo del art. 105 Lecrim; contemplar, como regla general, la publicidad del proceso penal de acuerdo con el art. 120.1 CE o bien excluir de la esfera de intimidad del sujeto activo aquella información acerca de la infracción criminal cometida⁴⁴.

Ahora bien, que el daño social no pueda ser desatendido no significa que tenga que ocupar el plano central ni mucho menos que la lesividad del acto típico se agote con éste⁴⁵. Tomar en serio al individuo y al conjunto de condiciones necesarias para su autorrealización personal, si bien dentro de la vida social⁴⁶, obliga a situarlo como eje respecto al cual debe pivotar el sistema jurídico-penal. Por ello, importa priorizar una concepción personalista de bien jurídico⁴⁷ a la que le preocupe, ante todo, el individuo y sus intereses, frente a una sociológico-funcionalista, conforme a la cual, el bien jurídico operaría principalmente como requisito básico para conservar el orden social⁴⁸. Como reflejo de esta visión, el daño personal

⁴⁰ Niegan que el quebranto de la sensación de seguridad sea lo que fundamente el castigo penal ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 37, nm. 27. Igualmente, BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 253 ve controvertido legitimizar tipos penales sobre la base de la perturbación de la paz jurídica.

⁴¹ ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 144.

⁴² Se refiere al carácter público del conflicto generado por el delito JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 12, nm. 8.

⁴³ Esta explicación general sobre el carácter público del delito seguramente debería complementarse con otras más específicas tales como el debate sobre la indisponibilidad de según que bienes jurídicos o la afectación de intereses colectivos por determinados ilícitos penales (p. ej., el delito medioambiental o el fraude fiscal).

⁴⁴ RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (3), 2015, p. 16; GARCÍA MORENO, «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, 2015, p. 179.

⁴⁵ De otra opinión, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 16 ss., 330 ss., 350 ss., quien focaliza la noción de antijuridicidad material en el daño a la estructura social.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 431-432; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 174, nm. 43; ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 77, 144; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2019, p. 54.

⁴⁷ Defienden esta concepción personalista del bien jurídico, entre otros, HASSEMER, en SCHOLLER/PHILLIPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum. 65. Geburtstag Festschrift*, 1989, pp. 90 ss., ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 81; GARCÍA ARROYO, «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, (24-12), 2022, pp. 28 ss., 39-40. Se muestra especialmente crítico con esta noción de bien jurídico JAKOBS, *Cuadernos de política criminal*, (100), 2010, pp. 35 ss.

⁴⁸ Alude a esta idea SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 427 ss. No obstante, este autor asume como válido un concepto ecléctico de bien jurídico, conforme al cual, comparte el

naturalmente debe ser verificado. Y no sólo eso: conviene, además, ubicarlo un eslabón por encima del daño social⁴⁹.

El delito tiene que ser considerado, ante todo, un daño a otro, para ser más precisos, la víctima concreta que es titular de aquellos intereses lesionados, aun cuando paralelamente no deba olvidarse al conjunto de personas indeterminadas que temerían sufrir en un futuro agresiones típicas a la luz de la afrenta que la conducta criminal del sujeto activo ha representado para el ordenamiento jurídico, esto es, las víctimas potenciales⁵⁰. En quien más fuerte y directamente repercutirá negativamente el delito es en el sujeto concreto que lo soporta, por mucho que, de manera más o menos difusa, el resto de ciudadanos también salgan mal parados con su realización en el sentido ya visto. Por aterrizar estas ideas con un ejemplo: el empleo de sustancias químicas (p. ej., burundanga) en espacios de ocio nocturno (p. ej., discotecas) con el fin de perpetrar agresiones sexuales. Esta práctica sin duda siembra intranquilidad entre la ciudadanía y puede terminar por condicionar sus actividades (p. ej., salir menos de fiesta, interactuar sólo con amigos y personas conocidas o reforzar las medidas de autoprotección). Pero, a pesar de que importe atender e interesarse por corregir dicha sensación de inseguridad colectiva a la que han contribuido hechos tan censurables, no creo que sea comparable al concreto daño infligido a la mujer que ha resultado ser víctima de esta clase de actos ilícitos. A nivel social, es cierto que el delito cuestiona el Derecho y pone en entredicho la seguridad a la que los ciudadanos aspiran en la orientación de sus vidas debido a la desconfianza generada sobre si los demás respetarán las normas de conducta que se les dirigen. Pero más grave y determinable resulta, a mi parecer, el empeoramiento que, por lo general, el delito conlleva para el bienestar del sujeto que lo padece, extremo sobre el que volveremos en otro momento.

Conforme a esta comprensión, es evidente que hay que reflexionar acerca del daño personal causado por el hecho penalmente relevante. Constituye opinión dominante que el llamado daño personal material debe ser considerado por la teoría del delito. A fin de cuentas, la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico representa el núcleo duro de la noción de injusto⁵¹. Esta postura guarda absoluta coherencia con la respuesta a la pregunta de qué protege exactamente el Derecho penal. Como no podía ser de otro modo, el concepto de delito depende

punto de partida de la noción sociológico-funcional pero introduce una referencia central al individuo. Se decanta por esta forma de ver las cosas aun cuando disienta con los postulados de la teoría de la protección de bienes jurídicos JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 52, nm. 15.

⁴⁹ Habla de la prioridad axiológica del individuo y de su esfera de intereses ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 81. Distingue el daño directo del daño indirecto o social y cree que hay que darle al primero el peso que se merece SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 511-512.

⁵⁰ En este sentido, FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, pp. 55-56 quien entiende que el delito es, sobre todo, una acción que causa un daño a otras personas, si bien reconoce que en el ámbito jurídico-penal el daño alcanza tanto a la sociedad como a las víctimas que sufren una invasión en sus intereses. Opina ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 111 que la lesividad del delito no se agota en el menoscabo de la esfera de libertad del ciudadano sino que conlleva una ulterior afección intersubjetiva, consistente en un menoscabo de la seguridad, de la confianza en el respeto de las normas. Aun así, opina que lo segundo es dependiente de lo primero. Por su lado, considera SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 434 que las lesiones de los objetos de protección jurídico-penal deben afectar a individuos y mostrarse socialmente dañinos.

⁵¹ Por todos, *vid.* ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, pp. 20 ss., nm. 1 ss., MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 161, nm. 10.

del fin que el Derecho penal persigue⁵². Si su vocación primordial es la de amparar bienes jurídicos parece sensato que pretenda lograrse previniendo aquellas conductas que se muestren lesivas de estos, prohibiéndolas bajo la amenaza de una sanción penal⁵³. Dicho fin no es incompatible con asegurar a los ciudadanos la expectativa de que sus intereses serán respetados por los demás a través de la protección de las normas jurídico-penales, toda vez que, como señalamos, esto último también contribuye a lo primero. Existiría, en definitiva, un innegable punto de encuentro entre dos propuestas teóricas que tiempo atrás parecían incompatibles pero que, en realidad, no lo son: el amparo del bien jurídico, conectado al daño personal material, y la estabilización de la norma penal, vinculada con el daño social⁵⁴.

Menos pacífica, y comparativamente menos explorada por la doctrina española, es la cuestión de si, además de pretender amparar aquel conjunto de intereses que la sociedad estima dignos de protección, el Derecho penal tiene como misión adicional escudar a las personas del malestar emocional que comporta ser victimizadas, en cuyo caso, el llamado daño personal inmaterial también debería ser considerado. Por su incidencia sobre el objeto de estudio de la presente contribución dedicaremos el próximo apartado a discutir sobre ello.

2.2. La generación de malestar emocional en la víctima del delito

El término «malestar emocional» es un hiperónimo que abarca cualquier clase de reacción personal frente a la conducta nociva de otro: desde desajustes emocionales temporales hasta severas secuelas psicológicas⁵⁵.

En ocasiones, el delito, además de representar un atentado contra el interés en liza, desencadenará en quien lo sufre emociones negativas⁵⁶. Es decir, traerá aparejado con carácter accesorio un daño emocional que bien podría ser calificado como daño inmaterial. Pensemos, p. ej., en el susto que se lleva la persona a la que le roban a punta de navaja o en el enfado que puede sentir alguien porque otro le haya hurtado el móvil aprovechando un descuido. Hace ya tiempo KARSTEDT comentaba que las emociones impregnan tanto el Derecho penal sustantivo como el sistema de justicia penal⁵⁷. Tal es así que ya se habla de una área de estudio de

⁵² ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 13, 21.

⁵³ La contracara de considerar valiosos una serie de intereses es que se considerará disvalioso y, por tanto, prohibido por la norma jurídico-penal el comportamiento que se muestre lesivo respecto a estos, señala ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 13. Apunta LUZÓN PEÑA «El Derecho Penal: entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 685-686 que el Derecho Penal, a través de su función de prevención, realiza la función de protección de bienes jurídicos. Hablan sobre dicha función preventiva del Derecho Penal, también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 291 ss., 491 ss.; PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, 2022, pp. 50 ss.

⁵⁴ Entienden que ambas posturas son compatibles SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2017, p. 11; ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 94, 143-146; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, 2007, pp. 31 ss.

⁵⁵ Vid. PERSAK, «Pathways to the criminalisation of emotional distress: An offence- and harm-based typology», *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63), 2020, p. 5.

⁵⁶ Manejan este concepto PIQUERAS RODRÍGUEZ *et al.*, «Emociones negativas y su impacto en la salud mental y física», *Suma Psicológica*, (16-2), 2009, p. 85.

⁵⁷ KARSTEDT, «Emotions and criminal justice», *Theoretical Criminology*, (6-3), 2002, p. 300.

creciente interés denominada *law and emotions*⁵⁸ en la que se inserta, p. ej., el debate acerca de si y en qué medida las emociones pueden operar como factor mitigante de la responsabilidad penal del autor del delito⁵⁹ –considérese en el Derecho penal español, p. ej., la atenuante por arrebató u obcecación (art. 21.3º CP) o la circunstancia exculpatória por miedo insuperable (art. 20.6º CP)– o el relativo al papel que juegan las emociones en las decisiones judiciales⁶⁰. Podría pensarse que el desencadenamiento de emociones negativas en la víctima concreta sería otro terreno más por explorar. Sin embargo, no parece que, desde el prisma del principio de lesividad, su prevención sea algo sobre lo que el Derecho penal tenga que preocuparse. Otra cosa es que, en aras de resarcir a la víctima, el Derecho civil de daños tome en cuenta su sufrimiento emocional con tal de fijar una indemnización en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*.

Ahora bien, no siempre la víctima de un delito experimentará simple y llanamente emociones negativas. La victimización puede representar un problema de mayor complejidad y envergadura por suponer para quien la soporta un auténtico perjuicio para su salud mental. Si ha habido una disciplina que se ha afanado por explorar este problema esa ha sido la victimología. Entre sus múltiples preocupaciones, se encuentran los procesos de victimización y, en particular, la repercusión que la victimización⁶¹ conlleva para quien la sufre⁶². Se entiende que el fenómeno delictivo constituye una experiencia traumática a la que se le suelen asociar una serie de secuelas (p. ej., trastorno de estrés postraumático), matizadas con arreglo a factores de distinta índole, tales como la clase de delincuencia sufrida (sexual, patrimonial, etc.), la resiliencia o capacidad para mantenerse estable frente a eventos adversos (en virtud de distintas variables personales y sociales) o la vulnerabilidad de quien lo soporta (pues importa, p. ej., si la víctima es menor de edad o adulta). Cuando la victimización pasa a ser un problema para la salud mental, es evidente que la noción de daño emocional se queda demasiado corta por no captar bien lo que en el fondo está en juego. Ya no se trataría solamente de que la víctima sienta miedo, asco o ira en el momento de producirse los hechos sino que, más allá de eso, desarrollaría indeseables trastornos mentales en los que el delito habría contribuido decisivamente⁶³. El concepto que resulta más atinado emplear en esta serie de casos es el de

⁵⁸ El trabajo de referencia en esta materia, por ser pionero en hermanar el derecho penal con el tema de las emociones, es el de KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 269 ss.

⁵⁹ Vid. DUFF, «Criminal Responsibility and the Emotions: If Fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion?», *Inquiry*, (58-2), 2015, pp. 189 ss.

⁶⁰ Vid. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, 2020, pp. 99 ss.; UCÍN, «¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 2022, pp. 191 ss.

⁶¹ Suele diferenciarse la victimización primaria, referida a los efectos nocivos inmediatamente derivados del delito y soportados por la víctima, de la secundaria, que es aquella sufrida por la víctima a raíz de su paso por el sistema de justicia penal. En este trabajo sólo interesa la primera. Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, p. 118; PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, p. 32.

⁶² Vid. GREEN/PEMBERTON, «The impact of crime: victimisation, harm and resilience», en WALKLATE (ed.), *Handbook of Victims and Victimology*, 2ª ed., 2018, pp. 77 ss. KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, pp. 2, 24; PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, pp. 33-34, 39 ss.; MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, pp. 109 ss. VARONA MARTÍNEZ/DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO/PÉREZ MACHÍO, *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención*, 2017, pp. 62-63.

⁶³ STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut*, 2015, p. 122, precisa que la integridad psíquica no es un simple «sentimiento positivo» sino que ha de leerse en su condición de salud psíquica.

«daño psíquico» al que, ni mucho menos, podría atribuírsele el carácter de daño inmaterial ya que sería igual de material que cualquier otro por comprometer un preciado interés: la salud mental del individuo. Es justo en este terreno donde pienso que el Derecho penal ha de intervenir.

a. *La salud mental y su protección jurídico-penal*

De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) firmada en New York el 22 de julio de 1946, la salud consiste en el «estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Conforme a esta comprensión, es normal que la salud mental, definida como el «estado de bienestar mental que permite a las personas hacer frente a los momentos de estrés de la vida, desarrollar todas sus habilidades, poder aprender y trabajar adecuadamente y contribuir a la mejora de su comunidad»⁶⁴, sea considerada por la OMS un derecho fundamental del ser humano igual de relevante que la salud física⁶⁵. Los problemas de salud mental, que pueden consistir, p. ej., en depresiones, abusos de alcohol o drogas, trastornos de ansiedad o intentos de suicidio, importan por la seria perturbación que pueden suponer para la vida de la persona. Y la exposición a circunstancias desfavorables, como el estrés o precariedad laborales, la pobreza, la muerte de seres queridos, los problemas físicos, las situaciones discriminatorias, las consecuencias de la pandemia del Covid-19 (en concreto: confinamientos, restricciones de movilidad, uso de mascarillas, miedo a contagiarse, dispersión de *fake news*, etc.) o los conflictos bélicos (como la actual guerra entre Ucrania y Rusia) incrementan el riesgo de que aparezcan⁶⁶. El fenómeno delictivo, en su condición de evento traumático, también puede constituir una fuente de problemas en este plano por las consecuencias negativas en la salud mental que quizás de éste se deriven. Así lo advierte la OMS a partir de ejemplos como el maltrato en el hogar o el *bullying*⁶⁷.

Pese a la importancia que la salud mental tiene en nuestro día a día y el impacto negativo que el fenómeno delictivo puede suponer para ella, sorprende que, a nivel comunitario, haya instrumentos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no prevean, hoy por hoy, un derecho a la salud mental o integridad psíquica, máxime cuando otros, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3.1, sí lo contemplan.

Tampoco en el art. 15 de la Constitución Española de 1978 figura un derecho fundamental a la salud mental, solo a la integridad física y moral. No obstante, esta relevante carencia se entiende por el contexto en el que el texto constitucional fue aprobado. En aquel momento la psiquiatría española era considerada la «cenicienta de la sanidad»⁶⁸ y tan siquiera se había dado inicio todavía al proceso de reforma psiquiátrica. No fue hasta principios de los años ochenta que el PSOE comenzó a darle forma. Su culminación llegó con la aprobación de la aún vigente Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶⁹. Lo que se logró marcó un antes y un después

⁶⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, p. 8.

⁶⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, pp. 11, 14-16.

⁶⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, pp. 19 ss.

⁶⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, pp. 170 ss.

⁶⁸ ESPINO GRANADO, «Presente y futuro de la atención psiquiátrica en España: veinte años después del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica», en EL MISMO (coord.), *La atención de la salud mental en España. Estrategias y compromiso social*, 2005, p. 28.

⁶⁹ En más detalle, *vid.* ESPINO GRANADO, en EL MISMO (coord.), *La atención de la salud mental en España. Estrategias y compromiso social*, 2005, pp. 27 ss.

en el modo como se asisten en España a quienes padecen problemas de salud mental. Fue dejada atrás una oscura época en la que el enfermo mental, al que se tachaba de loco, era estigmatizado, marginado socialmente y aislado forzosamente de por vida en un manicomio y se abrió una revolucionaria etapa en la que, al amparo del art. 20.1 de la Ley General de Sanidad, el enfermo mental recibe hoy una atención combinada no sólo profesional en servicios hospitalarios sino también comunitaria, fomentándose su inclusión en la vida social con implicación de familiares y amigos⁷⁰. Tras este hito, España ha destinado cada vez más esfuerzos y recursos tanto humanos como financieros en orden a colocar a la salud mental en el lugar que se merece a pesar de que todavía quede bastante camino por recorrer. Uno de los mayores desafíos actuales seguramente sea el de trabajar en políticas públicas idóneas con tal de implementar efectivamente el Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013-2030 de la OMS que define las líneas maestras relativas a la transformación del tratamiento de la salud mental que se aspira a alcanzar mundialmente tras haber sido una de las áreas de salud pública más minusvalorada y malinterpretada⁷¹.

El significativo progreso que la atención de la salud mental ha experimentado en nuestro país sin duda ha favorecido que su protección jurídico-penal esté, hoy por hoy, garantizada en calidad de bien jurídico digno de amparo⁷². El legislador penal español vio en el Código Penal de 1995 una oportunidad para introducir explícitamente la salud mental en los arts. 147 y ss., CP, en tanto componente, junto con la salud física, de la salud en general, lo cual permitió abrir de par en par la puerta al reconocimiento autónomo e independiente de las lesiones psíquicas como conducta penalmente prohibida^{73/74}, extremo que en ordenamientos jurídicos como el alemán no ha resultado ser tan pacífico⁷⁵. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que cualquier

⁷⁰ Vid. DESVIAT, «Evolución histórica de la atención de la salud mental: hitos esenciales en la construcción del discurso de la salud mental comunitaria», *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (75), 2020, pp. 29-31.

⁷¹ Así se señala en WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World Mental Health Report*, 2022, p. 248.

⁷² Creen que la salud mental o integridad psíquica es un bien jurídico merecedor de protección jurídico-penal KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 287 ss.; KARGL, *Neue Justiz*, (3), 2017, pp. 97 ss., STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 121-122, 130; NISCO, «Psychische Integrität als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut Systematische und rechtsvergleichende Anmerkungen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (1), 2021, pp. 5, 9.

⁷³ En general, sobre las lesiones psíquicas desde la óptica del derecho penal español, vid. PÉREZ DE LA RIVA VILCHES, *Las lesiones psíquicas*, tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2019, *passim*.

⁷⁴ Paralelamente, el legislador penal español ha introducido con posterioridad tipos penales más específicos cuyo contenido, de manera más o menos directa, también podría ser interpretado en el sentido de pretender amparar la integridad psíquica frente a conductas nocivas concretas, sea por su determinado modo de ejecución, como el delito de acecho o *stalking*, sea por el específico contexto en el que se producen, como ocurre con el delito de acoso laboral o *mobbing*.

⁷⁵ En Alemania se discute si el § 223 StGB daría cabida no sólo a las lesiones físicas sino también a las psíquicas. Según la doctrina mayoritaria, podrían castigarse, aunque como lesiones físicas, los trastornos psicossomáticos (p. ej., depresiones que se exteriorizan en forma de falta de sueño o pérdidas de peso), lo que, en su opinión, resultaría acorde a las expresiones «daño corporal» y «delito contra la integridad corporal» que el legislador penal maneja. Esto no ha terminado de convencer a algunos autores que, con acierto, se posicionan a favor de otorgar a la psique el peso que se merece y que consideran que el dualismo cartesiano cuerpo-mente estaría más que superado en atención a la estrecha interrelación entre los procesos mentales y los fisiológicos (especialmente, desde las bases de las neurociencias). Básicamente se critica a la doctrina dominante que se sitúe al daño psíquico (traumas, trastornos, etc.) en un plano secundario cuando debería ocupar el principal. En rigor, las afectaciones físicas producidas no serían más que reflejos del atentado contra la salud mental que subyacería detrás. A su entender, los daños psíquicos tendrían perfecto encaje en el § 223 StGB a la luz del perjuicio que representan para la salud individual. En más detalle, sobre este debate, con su respectiva opinión crítica frente a la mayoritaria, vid. STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 128; KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 52 ss., 110 ss., BUBLITZ, «Der (straf-)rechtliche Schutz der Psyche. Vom

comportamiento lesivo de la salud mental esté sujeto a censura penal. Hay conductas completamente cotidianas que pueden contar con la idoneidad suficiente como para provocar en otros depresiones, trastornos de ansiedad, insomnio o pensamientos autolíticos o suicidas. Pero no por ello estamos dispuestos a estimarlas típicamente relevantes. Pensemos, p. ej., en la persona que pone fin a su relación sentimental con su pareja tras años de noviazgo o bien en el despido practicado por un empresario con respecto a su empleado a causa de los recortes de personal en la mercantil. Aun cuando pueda existir una relación causal entre la acción ejecutada y el daño psíquico, ni mucho menos bastaría eso para atribuir al sujeto responsabilidad penal. Figuras como la adecuación social serían de gran utilidad en este punto para evitar alcanzar conclusiones desafortunadas⁷⁶.

Bajo este entendimiento, en los siguientes epígrafes, someteremos a un examen más minucioso aquellos daños psíquicos que se desencadenan a propósito de la realización de ciertos comportamientos delictivos, precisamente porque en los «casos puros» faltarían estos, debido al desconocimiento de la víctima de que otro ha atentado contra sus intereses. Solamente si se exploran primero las repercusiones jurídico-penales por la producción de los mencionados daños psíquicos podrá responderse adecuadamente luego a la hipótesis contraria que es justo la que los «casos puros» representan.

b. El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (i): daños psíquicos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal

El ordenamiento jurídico-penal español prohíbe determinadas conductas en relación con las cuales ni tendría sentido ni resultaría procedente que el menoscabo de la salud mental de la víctima figurase a modo de elemento del tipo penal⁷⁷. Pienso en delitos como las agresiones sexuales, el robo con violencia o intimidación, el allanamiento de morada, las coacciones, los secuestros o las detenciones ilegales, entre otros. Básicamente, si fuesen configurados de este modo, llegaríamos a un auténtico sinsentido: no podría estimarse realizado el tipo cuando esa perniciosa afectación de la integridad psíquica brillase por su ausencia, bien por desconocer la víctima que ha sido victimizada y no experimentar subjetivamente nada a propósito del hecho delictivo, como ocurre en los «casos puros», bien, en el extremo opuesto, porque la víctima, lejos de padecer, haya disfrutado aquello que el Derecho Penal prohíbe (considérese, p. ej., el caso del menor de catorce años que pasa un buen rato manteniendo relaciones sexuales con una persona de treinta años).

Lo llamativo es que, pese a que nada se diga en el tipo penal, todos los fenómenos delictivos mencionados suelen venir acompañados de la causación de daños psíquicos a la víctima⁷⁸, sea durante la ejecución delictiva (p. ej., el profundo miedo a morir sentido en el transcurso de un robo con violencia) o con carácter post-consumativo (p. ej., el trastorno de pánico desarrollado

Körperverletzungstatbestand zum Grundrecht auf mentale Selbstbestimmung», *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, pp. 28 ss.

⁷⁶ NISCO, *ZIS*, (1), 2021, p. 10; KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, p. 95; BUBLITZ, *Rechtswissenschaft*, 2011, (2-1), pp. 51-53.

⁷⁷ Esto sí ocurre con delitos que guardarían una relación, más o menos estrecha, con la protección de la salud mental como el *stalking* (el art. 172 ter.1 CP habla de «alterar el normal desarrollo de la vida cotidiana») o las torturas (el art. 174 CP demanda, aunque en clave de tipo mixto alternativo, la causación de «sufrimientos físicos o mentales»).

⁷⁸ EISENBERG, «Criminal Infliction of Emotional Distress», *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, pp. 610, 660, llama a esto la «aproximación implícita»: el legislador presume que ciertas conductas delictivas son traumáticas para la víctima, de tal modo que en el proceso no tendría que probarse su concurrencia en aras del castigo.

tras un secuestro)⁷⁹. Nada obsta, sin embargo, para que, en situaciones puntuales, la comisión de alguno de los delitos señalados desencadene exclusivamente daños psíquicos post-consumativos (p. ej., la angustia generada en quien recibe la noticia de que otro ha allanado su morada mientras estaba ausente). Incluso, el articulado penal contempla igualmente tipos penales que, por sus peculiaridades, parecerían admitir solamente esta última posibilidad. Vienen a la mente esencialmente delitos contra la intimidad tales como el descubrimiento y revelación de secretos o el *revenge porn* (piénsese, p. ej., en la depresión en la que se sume la persona que toma conocimiento de la circulación en la red de imágenes suyas de índole sexual que fueron difundidas sin su consentimiento)⁸⁰.

Habida cuenta de que el lenguaje que se emplea importa, sonaría desacertado expresar que daños psíquicos como los vistos son consustanciales o que están inexorablemente unidos al hecho principal. Si realmente fuese así, no cabría pensar en un solo supuesto en el que se incurriese en una de tales conductas delictivas sin que se provocasen, a su vez, estas negativas repercusiones psicológicas en la víctima. Pero justamente los «casos puros» demuestran lo contrario: que, aunque excepcionalmente, ello sí resulta posible. Por consiguiente, resulta más atinado decir que estos son daños psíquicos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal. Definir qué cuenta por «frecuente» no puede reducirse a una tarea netamente especulativa al tratarse de una cuestión que demanda base empírica. Sería adecuado, para tales fines, explorar la prevalencia de los trastornos (de personalidad, ansiedad, etc.) asociados a cada fenómeno delictivo. Es decir, cuál es la proporción de víctimas del fenómeno delictivo en cuestión que los presentan. Encuestas epidemiológicas como las publicadas por la OMS⁸¹, así como los estudios disponibles sobre ellas⁸², podrían ser instrumentos de gran utilidad para ello.

Entrando en mayor grado de detalle, es bueno apuntar que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 sentó las bases, respetadas por resoluciones judiciales posteriores (entre otras, STS 501/2018, Penal, de 24 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3699], STS 1534/2003, Penal, de 17 de noviembre [ECLI:ES:TS:2003:7242], STS 1305/2003, Penal, de 6 de noviembre [ECLI:ES:TS:2003:6912]), sobre el tratamiento jurídico-penal a dispensar en relación con aquellos daños psíquicos derivados de la comisión de agresiones sexuales y que la jurisprudencia posterior amplió a otras figuras delictivas, como el robo o los secuestros (p. ej., STS 1387/2011, Penal, de 12 de diciembre [ECLI:ES:TS:2011:8470]). Textualmente se dispuso que «las alteraciones síquicas (sic.) ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del Código Penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil».

⁷⁹ STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 51 ss., analiza una serie de normas jurídico-penales, como el allanamiento de morada, las detenciones ilegales o los delitos sexuales, que no exigen ni en las que basta la lesión de la integridad psíquica pero cuya conducta prohibida acarrearía habitualmente la producción de daños de esta naturaleza.

⁸⁰ En más detalle, sobre los daños psíquicos ocasionados a las víctimas del llamado «abuso sexual basado en imágenes» (*image-based sexual abuse*), vid. GREIF, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen. Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse*, 2023, pp. 88 ss.

⁸¹ <https://www.hcp.med.harvard.edu/wmh/>

⁸² Vid. SCOTT *et al.*, «Post-traumatic stress disorder associated with sexual assault among women in the WHO World Mental Health Surveys», *Psychological Medicine*, (48-1), 2018, pp. 155-167.

El criterio al que se aboga en el párrafo citado no es otro que el del concurso de normas, en concreto, aquel que se daría, entiendo, entre el delito de lesiones leves psíquicas del art. 147.2 CP o el maltrato de obra del art. 147.3 CP, dependiendo del caso, y el de agresiones sexuales del art. 178 CP o, alternativamente, el tipo penal que corresponda en el caso en cuestión, al tratarse de los preceptos en los que aparentemente el hecho podría subsumirse. Lejos de lo que pueda pensarse, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no pretendió que la solución del concurso de normas alcanzase la producción de toda clase de daños psíquicos vinculados con fenómenos criminales de distinta índole, sin importar cual sea su entidad. Contradiría los pilares de la igualdad material que la respuesta legal fuese la misma a pesar de la distinta gravedad del daño psíquico originado. Por ello, numerosos pronunciamientos judiciales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 13/2019, Penal, de 17 de enero [ECLI:ES:TS:2019:39], STS 501/2018, Penal, de 24 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3699], STS 629/2008, Penal, de 10 de octubre [ECLI:ES:TS:2008:5614]), en línea con el adverbio «ordinariamente» manejado en el acuerdo citado, han precisado que la solución del concurso de normas queda limitada a aquellos supuestos en los que el hecho principal ocasiona a la víctima daños psíquicos calificados, en términos estadísticos, como «normales».

Se entiende que toda agresión sexual acarrea regularmente el padecimiento de un daño psíquico «mínimo» que haría las veces de acto acompañante típico⁸³, como ocurre, p. ej., con los daños materiales causados en el robo con fuerza en las cosas del art. 238 CP. Por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, tal acto se vería desplazado a favor del delito de agresión sexual del art. 178 CP en su condición de tipo preferente y más amplio. Al haber sido el tipo penal de agresión sexual configurado por el legislador en atención a su fisonomía regular, ese delito principal ya captaría de modo completo el desvalor del acto, incluida, aunque sea implícitamente, la reprobación por el atentado contra la salud mental frecuentemente causado⁸⁴. De este modo, resultaría coherente expresar que el ámbito de protección de la norma jurídico-penal abarcaría no sólo el interés prioritariamente en liza (p. ej., la libertad sexual) sino también, aunque sea como cuestión colateral o de segundo orden, la salud mental del individuo⁸⁵, como ocurre también con la libertad ambulatoria a la luz de la mínima y diría que insoslayable limitación de movimientos acontecida durante el ataque. Apremiar un concurso de normas y resolverlo de la mano del principio de absorción representa,

⁸³ En este sentido, acerca de los daños psíquicos que habitualmente acompañan a los robos o a los delitos sexuales, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 18.

⁸⁴ En general, sobre el principio de consunción como criterio de resolución del concurso de normas, en particular, de los casos de hechos acompañantes típicos, vid. GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, pp. 382 ss., MATUS, «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58), 2005, pp. 483 ss.

⁸⁵ En este sentido, KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 80 ss. En cambio, BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 250 cree que el daño psíquico es un efecto colateral que no amplía el ámbito de protección de la norma infringida mediante la inclusión de un interés jurídico adicional que amparar como es la integridad psíquica. Por esa razón, niega que delitos como el robo protejan adicionalmente la salud y bienestar mentales. Sostiene una opinión cercana, también, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 18. En España la CFGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre ha negado que la integridad física y/o psíquica constituyan el bien jurídico protegido de los arts. 178 ss., CP. Sin embargo, acto seguido, se expresa que el maltrato de obra se entenderá absorbido en el delito contra la libertad sexual por formar parte de la dinámica comisiva inherente a los supuestos de ejecución violenta de la agresión sexual. Con esta afirmación, creo que se estaría reconociendo que, ni que sea secundariamente, la norma penal ofrece un mínimo amparo a la salud del individuo. Esta postura diría que no es incompatible con defender que el principal interés en liza es la libertad sexual.

en fin, la solución más acertada, puesto que permite respetar la prohibición de *bis in idem*⁸⁶: al considerarse solamente la infracción penal principal, cuyo marco penal ha sido definido por el legislador considerando ya al acto acompañante típico, y al vetarse, en consecuencia, la estimación cumulativa de un delito de lesiones psíquicas, omitiría castigarse dos veces el daño psíquico mínimo concurrente⁸⁷.

Que el desencadenamiento de aquellos daños psíquicos que frecuentemente acompañan al comportamiento delictivo principal suponga apreciar exclusivamente el delito de agresiones sexuales (o el que proceda) en nada obsta para que haya espacio para acordar una indemnización en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*. Al Derecho civil de daños, después de todo, se le atribuye la función principal de resarcir a la víctima por el daño ocasionado⁸⁸, con lo cual, cobra sentido que tenga que preocuparse por cómo ha experimentado el fenómeno delictivo de cuya comisión se deriva éste⁸⁹, particularmente, el malestar emocional generado⁹⁰. Solo así podrá el tribunal cuantificar económicamente de manera razonada la indemnización que, en virtud del art. 110.3º CP, corresponda⁹¹ por el sufrimiento tanto físico como emocional provocado (*pain and suffering*)⁹² en su condición de daño moral⁹³.

Igualmente, la victimología también jugará un rol destacado. Como esta ciencia no sólo analiza los procesos de victimización sino también los de desvictimización⁹⁴, es preciso que explore las

⁸⁶ BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 255.

⁸⁷ Igualmente en Alemania la jurisprudencia del BGH ha negado que las consecuencias psicológicas habituales de una agresión sexual posean un efecto agravatorio de la pena. Cuestión distinta serían aquellas otras que cabría calificar como excepcionales. Con amplias referencias, *vid.* STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 86-87.

⁸⁸ Entre otros, MONTES RODRÍGUEZ, «Derecho de daños y responsabilidad civil extracontractual. Consideraciones terminológicas, concepto y funciones. Evolución histórica, tendencias actuales y fuentes», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, 2021, p. 20; COBAS COBIELLA, «El daño», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, 2021, p. 267; ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª ed., 2020, p. 22; PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022, pp. 59 ss. En cambio, opinan que la función compensatoria del Derecho civil de daños ni es la única ni tampoco la primera SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, 1997, pp. 106-107.

⁸⁹ A juicio de KOLBER, «The Experiential Future of Law», *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 595, 605, 608, 648, el Derecho civil de daños presta mucha más atención a las malas experiencias que el Derecho Penal, pese a que, a su juicio, esta última rama jurídica también debería considerarlas. Próximo a estas ideas, WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, pp. 111-112.

⁹⁰ *Vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, «Concepto de daño moral», en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., 2017, p. 39; KIRCHER, «The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm», *Marquette Law Review*, (90-4), 2007, pp. 789 ss.

⁹¹ Señalan GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., 2016, p. 240 que la determinación de la cuantía de la indemnización queda al arbitrio del tribunal que procederá valorando los factores que concurren en el caso concreto.

⁹² DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, 2008, pp. 66-63 identifica la indemnización de estos daños con el nombre del «precio del dolor» (*pretium doloris*).

⁹³ Sobre los problemas para conceptualizar el daño moral y el reto que conlleva compensarlo civilmente, *vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., 2017, pp. 36 ss.; CASADO ANDRÉS, «El concepto de daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, (18), 2016, pp. 399 ss.

⁹⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, p. 123 explican que la desvictimización es el proceso de restitución o resarcimiento del impacto o secuelas que el hecho criminal haya podido generar en la figura de la víctima y manifiestan que dicha reparación es uno de los objetivos fundamentales, si no el que más, de la disciplina victimológica. Al respecto, *vid.*, asimismo, PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, pp. 65-66.

repercusiones negativas que el delito tiene para quien lo padece y que, por tanto, evalúe cuáles son los mecanismos más prometedores para lograr que la víctima del delito deje de serlo y alcanzar así la condición de superviviente⁹⁵. En definitiva: trabajar por su reparación. La asistencia psicológica de la víctima en aras de abordar aspectos tales como su percepción individual sobre el crimen sufrido o el impacto que ha tenido la eventual falta de reconocimiento social del daño experimentado, la prevención del riesgo de victimización secundaria por su paso por el sistema de justicia penal, el reconocimiento de una serie de derechos en el seno del proceso penal (concretamente, los que se recogen en el Estatuto de la Víctima del año 2015), la organización de programas de mediación con el victimario o las entrevistas reparadoras serían algunos de los posibles instrumentos a emplear desde las instituciones públicas en dicho proceso de desvictimización en el que la justicia restaurativa⁹⁶ desempeñaría un relevante papel.

Así las cosas, llama poderosamente la atención que en el anteproyecto de reforma de la ley orgánica de garantía de la libertad sexual de 3 de marzo 2020 se contemplase la introducción de un nuevo precepto, el art. 194 bis CP, cuya redacción, emulando al art. 177 CP que acompaña a los delitos de torturas y contra la integridad moral, rezaba inicialmente como sigue: «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la libertad sexual, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, integridad moral o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código». La versión inicial de este precepto nunca llegó a ver la luz.

Por aquel entonces, parte de la doctrina aplaudió su introducción. A su juicio, el precepto citado servía para corregir la profunda injusticia que, en su opinión, subyace en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 ya examinado⁹⁷. Ha de recordarse, sin embargo, que el mentado acuerdo no tuvo intención de establecer que cualquier daño psíquico es absorbido por el tipo penal de agresión sexual, solamente aquellos que algunos pronunciamientos judiciales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo califican como «normales».

Según creo, la incorporación de un precepto como el art. 194 bis CP, conforme a su redacción originaria, únicamente resultaría compatible con la prohibición de *bis in idem*, en lo relativo a la integridad psíquica, si el delito de agresión sexual fuese reinterpretado de un modo tal como para entender que el legislador penal tan siquiera ha considerado los daños psíquicos habitualmente asociados al ataque perpetrado y, que, por tanto, el ámbito de protección de la norma jurídico-penal abarca única y exclusivamente la libertad sexual⁹⁸. Esto es, que se asumiese que el tipo penal principal toma precisamente los «casos puros» como punto de referencia. En ese caso, debería modificarse, a la baja, el marco de pena asociado al delito de

⁹⁵ Acerca de aquella rama de la victimología llamada supervivenciología que principalmente analiza las positivas y exitosas historias de personas que en su día fueron víctimas de un delito y que han conseguido seguir adelante con sus vidas y, a partir de ahí, estudia los factores que propiciaron tal recuperación, *vid.* KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, pp. 36-37.

⁹⁶ Fundamental, ZEHR, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, 2010, *passim*.

⁹⁷ RAMÓN RIBAS/FARALDO CABANA, «Solo sí es sí. Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *Estudios Penales y Criminológicos*, (40), 2020, p. 39.

⁹⁸ Entiende ACALE SÁNCHEZ, «Artículo 194 bis», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2023, p. 1306 que, tras la implementación de la cláusula del art. 194 bis CP, conforme a la redacción final que luego reproduciremos, la voluntad legislativa sería la de proteger en exclusiva la libertad sexual.

agresión sexual al quedar fuera incluso el daño psíquico «mínimo». Sólo de la forma descrita el castigo separado de cualquier lesión de la salud mental, sea cual sea su gravedad, resultaría por completo procedente.

Ahora bien, en caso de interpretarse que el legislador ha configurado el tipo penal atendiendo a la fisonomía regular de la realización típica, en la que el daño psíquico «mínimo» ya es tomado en consideración, sí que se produciría una doble valoración incompatible con el *non bis in idem*. Después de todo, se sancionaría siempre a todo autor de un atentado contra la libertad sexual, como mínimo, por un delito de agresión sexual en concurso ideal con otro delito de lesiones psíquicas leves o, en su caso, un maltrato de obra representativos de esa mínima afectación psíquica que el legislador ya habría considerado al momento de definir el marco penal del art. 178 CP. Desde una óptica sistemática, dicho tratamiento jurídico-penal tampoco acabaría de entenderse. El daño psíquico que ordinariamente acompaña a una agresión sexual gozaría siempre de autonomía y cabría sancionarlo de manera separada, mientras que el propio de otras conductas prohibidas no, al faltar, en su caso, una regla concursal como la del art. 194 bis CP inicialmente proyectado. Semejante distinción podría intentar salvarse expresando que el impacto victimal de una agresión sexual no es comparable al de un robo o un secuestro, lo que justificaría que las consecuencias jurídico-penales no coincidan. Pero, aun cuando existiese esa presunta divergencia experiencial, entiendo que ésta ya habría sido considerada por el legislador, lo que permitiría entender que el marco de pena de unas y otras conductas diverja.

Más aún, en el complejo mundo de las agresiones sexuales, el daño psíquico infligido a la víctima variará en función de cuál sea la conducta ejecutada, independientemente de que todas ellas representen una merma de la libertad sexual ajena. No va a ser equivalente, p. ej., la desagradable experiencia de sufrir un tocamiento sorpresivo (p. ej., que alguien manosee el trasero de otra persona en el vagón del metro aprovechando una hora punta con gran afluencia de pasajeros) que la de padecer una violación mientras se está consciente⁹⁹, a propósito de cuya comisión, es más probable que se desarrolle un trastorno de estrés postraumático¹⁰⁰. La disparidad experiencial de los diversos ataques contra la libertad sexual, con sus correspondientes secuelas psicológicas para la víctima, pienso que contribuye a entender por qué el legislador debe contemplar consecuencias jurídico-penales distintas para cada cual. Con lo anterior no pretendo expresar que la particular experiencia traumática por padecer la comisión del delito sea lo único relevante a la hora de explicar por qué criminalizamos unas u otras conductas y por qué les asociamos (o deberíamos asociarles) a cada cual marcos de pena no coincidentes. Me limito a reconocerla como un factor más en la graduación de la lesividad

⁹⁹ Opina igual EISENBERG, *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, p. 610 quien considera que la especial gravedad de la violación se determina por las consecuencias emocionales que comporta para la víctima. Según WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, p. 109, aunque tanto los besos no consentidos como las relaciones sexuales no consentidas traspasen sin consentimiento las fronteras corporales de otro, el sexo vaginal no consentido es diferente y lo es porque la experiencia sincrónica y las potenciales consecuencias del acto son distintas. Por su lado, CAHILL, *Rethinking Rape*, 2001, pp. 109 ss., precisa que no existe una unificada y determinada experiencia relativa al fenómeno de la violación, toda vez que tal acto desencadenará experiencias individuales no coincidentes. Con todo, pone el acento en la significativa «experiencia corporal» que la violación encierra. También BOGART, «Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-1), 1995, pp. 169-171 advierte que una violación puede ser experimentada de formas distintas por las víctimas. No obstante, en su opinión, este hecho debería situarnos en alerta sobre considerar la experiencia del sujeto un daño intrínseco de dicho fenómeno delictivo. Por ello, el autor citado fundamenta el castigo de la violación desde un prisma no-experiencial y abstracto sobre la exclusiva base de la vulneración de derechos.

¹⁰⁰ Vid. SCOTT *et al.*, *Psychological Medicine*, (48-1), 2018, pp. 5 ss.

del ataque perpetrado¹⁰¹ al que obviamente le acompañarían otros como p. ej., el recurso a la violencia contra la víctima en algunos casos, con el mayor riesgo que acarrea para su salud, o bien el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal practicado en según qué contactos sexuales ilícitos, lo que revelaría una peor invasión de la esfera corporal.

Dicho esto, y volviendo a aquello que nos ocupa, la reforma de los delitos sexuales operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre terminó por adicionar al articulado penal aquel art. 194 bis CP del que antes hablábamos, si bien con una redacción significativamente distinta: «Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen». Ciñéndome a lo relativo a la violencia psíquica¹⁰², creo que esta regla concursal, que sigue intacta tras la más reciente reforma de los delitos sexuales efectuada por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, consolidaría en vía legislativa, ciertamente en favor de la seguridad jurídica, una práctica ampliamente extendida desde hace un par de décadas en los tribunales: reconocer sustantividad propia únicamente a aquellas lesiones psíquicas que sobrepasen aquel umbral de «normalidad» del que la jurisprudencia habla.

c. *El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (ii): daños psíquicos cuya gravedad es superior a la de aquellos frecuentemente causados por el comportamiento delictivo principal*

Cuando las repercusiones psíquicas del concreto acto delictivo no son meramente accesorias al hecho principal, sino que superan aquello que podemos calificar como frecuente o habitual, el daño psíquico deja de mostrarse como un simple efecto colateral para alcanzar sustantividad propia. Esto puede deberse o bien al específico modo de ejecución empleado por el autor del delito o bien a las características personales de la víctima particular contra cuyos intereses se atenta y que dan cuenta de un peor impacto victimal¹⁰³. Semejante *plus* de antijuridicidad material, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, permitiría apreciar un delito de lesiones psíquicas básicas (art. 147.1 CP) en concurso ideal con un delito de agresiones sexuales (STS 537/2020, Penal, de 22 de octubre [ECLI:ES:TS:2020:3450]), robo con violencia (STS 245/2016, Penal, de 30 de marzo [ECLI:ES:TS:2016:1510]), detenciones ilegales (STS 167/2012, Penal, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2012:1796]) o secuestro (STS 629/2008, Penal, de 10 de octubre [ECLI:ES:TS:2008:5614]), dependiendo del caso¹⁰⁴. Esta solución resulta compatible con la eventual responsabilidad civil *ex delicto* del autor, de mayor grado que cuando concurren solo daños psíquicos frecuentes, toda vez que es acorde a la prohibición de *bis in idem* penar por aquellos daños psíquicos que se estima que disponen de sustantividad propia en aras de prevenir a futuro su acaecimiento y, a su vez, acordar el pago de una indemnización con el fin

¹⁰¹ LACEY, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, 1998, pp. 115-116 entiende que el daño emocional originado a raíz de la experiencia de practicar sexo indeseado, violento o abusivo opera como mecanismo de graduación de la gravedad del delito.

¹⁰² Como reconoce la CFGE 1/2023, de 29 de marzo, el concepto de «violencia psíquica» es impreciso y, a su entender, abarcaría conductas susceptibles de ser calificadas como lesiones psíquicas (no se aclara de qué tipo), amenazas, coacciones, torturas y delitos contra la integridad moral, así como los delitos contra el honor.

¹⁰³ En otro momento se reflexionará sobre el problema de que un mismo comportamiento delictivo conlleve daños psíquicos de entidad distinta según la víctima de que se trate.

¹⁰⁴ Comenta GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, p. 400 que en los casos de absorción el «excedente» concurrirá normalmente en concurso de delitos con el hecho principal.

de resarcir a la víctima por su sufrimiento¹⁰⁵. Tal compatibilidad también es predicable respecto a la batería de medidas de corte victimológico orientadas a lograr la desvictimización de la víctima. Labor que cabe presumir que resultará más desafiante en estos casos a la luz de la clase de repercusiones en la salud mental ocasionadas, sin perjuicio de que factores tales como la resiliencia individual lo compensen. Precisar, sobre todo lo expuesto, un par de cuestiones.

Algunos autores tanto de la doctrina alemana como estadounidense, tomando como referencia sus respectivos ordenamientos jurídicos, se han posicionado a favor de que el daño psíquico experimentado por la víctima de agresiones sexuales o de otro delito opere como factor a valorar en la fase de determinación judicial de la pena¹⁰⁶. Consecuentemente, en caso de desencadenarse un peor daño psíquico que el que frecuentemente se provocaría, se corregiría al alza la pena a imponer, agravándola, a no ser que ya sea de aplicación un subtipo específico que contemple un marco penal más severo en el que se tenga en cuenta esa particular circunstancia¹⁰⁷. En el caso de España es verdad que el art. 66 CP establece que la aplicación de la pena prevista por la ley para el delito cometido se determinará, en la extensión que se estime adecuada, no sólo en atención a las circunstancias personales del delincuente sino también a la mayor o menor gravedad del hecho. Gravedad que podría venir definida en función también de la excepcional producción de daños contra la salud mental cuya intensidad exceda de la estimada habitual en relación con delitos de la misma naturaleza que aquel cometido¹⁰⁸. El fundamental problema que creo que cabe asociar a esta alternativa es que no casa bien con la idea, transmitida unos párrafos más arriba, de que el tipo penal principal topa con el límite infranqueable de englobar única y exclusivamente los ataques mínimos contra la salud mental. Por tanto, si las circunstancias del caso permiten advertir que la conducta del autor no sólo ha acarreado una lesión de la libertad ambulatoria, p. ej., sino también autónomamente de la salud mental del individuo, la fórmula del concurso de delitos será la más precisa respuesta legal con miras a captar el desvalor total del hecho.

Por otro lado, en relación con las agresiones sexuales, ha de considerarse que el articulado contempla, desde la reforma penal de septiembre de 2022, un subtipo penal agravado – el art. 180.2º CP – para cuando el atentado vaya precedido o acompañado de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (circunstancia última ésta que ya estaba prevista en el antiguo art. 180.1º CP antes de la

¹⁰⁵ Entiende PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022, pp. 72 ss., que es perfectamente posible que un mismo hecho sea contemplado desde una perspectiva penal y también desde otra civil por considerar que entre una y otra rama jurídica no existiría identidad funcional.

¹⁰⁶ En la doctrina alemana, BLOY, en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, 2005, p. 250; STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 18-19, 82-89; STRENG, «Verfahrensabsprachen und Strafzumessung. Zugleich ein empirischer Beitrag zur Strafzumessung bei Delikten gegen die Person», en FELTER/PFEIFFER/STEINHILPER (dirs.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 2006, pp. 447 ss. En la doctrina estadounidense, KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 632-634. Próximo a estas ideas, GREEN, «Some Aspects of Human Suffering and the Criminal Law», en MALPAS/LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Suffering*, 2012, p. 208.

¹⁰⁷ En el ordenamiento jurídico alemán pueden encontrarse múltiples ejemplos: el § 176c.1.4º StGB, que sanciona más severamente aquel atentado sexual contra menores de catorce años que ponga a la víctima bajo un riesgo de sufrir daños graves en su salud o daños significativos en su desarrollo físico o mental, el § 239.3.2º StGB, que castiga con mayor pena aquella detención ilegal que cause graves daños en la salud de la víctima, o el § 250.1.1º c) StGB, conforme al cual, se imponen penas más severas cuando el robo acarrea a la víctima un riesgo de sufrir graves daños en su salud.

¹⁰⁸ Sobre los criterios de graduación del injusto en función del modo de ejecución de la conducta descrita en el tipo (desvalor de la conducta) y del grado de afectación del bien jurídico tutelado (desvalor del resultado), *vid.* BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 355 ss.

modificación legal). Empezando por el final, el tenor literal del precepto legal abarca, sin la menor traba interpretativa, el empleo por el autor de la agresión sexual de un *modus operandi* particularmente lesivo de la integridad moral de la víctima (p. ej., obligarla a practicar coprofagia). En cambio, no resulta tan evidente cómo tratar jurídicamente los actos de violencia psíquica a la luz de la previsión en el articulado de un subtipo penal agravado como éste. Valga recordar que el art. 194 bis CP obliga a censurarlos de forma separada, práctica ciertamente incompatible con apreciar, a su vez, el subtipo del art. 180.2º CP por quebrantar la prohibición de *bis in idem*. A tales efectos, me parece que habría que distinguir aquellos actos de violencia psíquica básicos, compatibles con la solución del concurso de delitos, de aquellos otros que entrañen una extrema gravedad, reservados para el ámbito de aplicación del subtipo agravado de agresiones sexuales¹⁰⁹. El reto a resolver por la doctrina, que, en el fondo, es un problema de graduación, será, por tanto, deslindar no sólo ya las lesiones psíquicas «mínimas» que frecuentemente son causadas por las agresiones sexuales de las constitutivas de violencia psíquica sino igualmente estas últimas de aquellos actos violentos de extrema gravedad.

d. *El problema de los daños psíquicos asociados a la victimización (iii): misma conducta, distinto impacto victimal*

Si hay algo que se le ha objetado al daño psíquico es lo difícil que resulta de predecir¹¹⁰ a lo que se le unirían los específicos desafíos que supone tener que probar en el seno de un proceso judicial la causación de daños psíquicos a la víctima¹¹¹. El delito, a fin de cuentas, constituye un fenómeno complejo en el que intervienen multitud de factores que condicionan cómo va a

¹⁰⁹ En la STS 245/2016, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1510), citada en la más reciente STS 99/2022, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:401), se expresó que es posible sancionar autónomamente aquellas lesiones psíquicas que sean producto de agresiones sexuales ejecutadas con «especial brutalidad». Dicha resolución judicial fue dictada con anterioridad a la reforma legal. Ahora, con la nueva regulación, esta clase de agresiones sexuales especialmente brutas probablemente encajarían bien en el subtipo agravado del art. 180.2º CP.

¹¹⁰ En este sentido, EISENBERG, *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, p. 610. Alude al problema de la incertidumbre que rodea al daño psíquico pero no cree que, por ello, deban ponerse trabas a que se conceda amparo jurídico-penal a la salud mental STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 122.

¹¹¹ Probar la existencia de un daño psíquico del modo más certero y objetivo posible, minimizando el riesgo de manipulación y falseamiento, constituye un desafío no precisamente menor. Una de las herramientas más frecuentemente empleadas en la *praxis* para evaluar el daño psíquico son las pruebas periciales psicológicas mediante las cuales un especialista –el psicólogo forense– examina el estado mental de la víctima y emite un dictamen a tales efectos con el fin de ayudar a la toma de decisiones judiciales. Vid. AMOR/ECHBURÚA/CARRASCO, «Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Implicaciones psicológicas y jurídicas», *Actualidad penal*, (28), 2016, pp. 62 ss. Más debate ha cosechado el uso de las llamadas declaraciones de impacto victimal que hunden sus raíces en el sistema legal norteamericano y que actualmente están siendo empleadas en el sistema procesal español como un criterio más en la medición del daño moral causado para así fijar el *quantum* de indemnización que corresponda en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* (paradigmáticamente, vid., la STS 1644/2022, Penal, de 4 de mayo [ECLI:ES:TS:2022:1644]). Con tales declaraciones a la víctima se le brinda la oportunidad de explicar oralmente o por escrito cómo le ha afectado el delito, esto es, abundar en las consecuencias que éste ha tenido en su vida. Si bien en España el Estatuto de la Víctima del año 2015 no reconoce de manera expresa a la víctima un derecho a efectuar este tipo de declaraciones, nada obsta para que, en una fase concreta del proceso penal, pueda ser llamada a declarar y, a la hora de responder a las preguntas que le trasladen la acusación particular y/o la Fiscalía, introduzca datos sobre el impacto emocional que el delito le ha provocado, lo que situará al juez en la tesitura de si considerarlos ya no solo a efectos civiles sino también a efectos penales. Al respecto, por todos, sobre las declaraciones de impacto victimal, vid. POSADA PÉREZ, «Los efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (dirs.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, 2021, pp. 179 ss.

experimentar la víctima su propia victimización¹¹². Cada víctima vivirá la experiencia traumática que representa el delito de forma distinta. Un mismo fenómeno delictivo puede comportar impactos diversos en función de la persona que lo soporte¹¹³. La victimología es la disciplina que más se ha esforzado por entender por qué hay víctimas que lidian con su victimización de mejor manera que otras¹¹⁴. La resiliencia es uno de los aspectos clave para comprender el porqué de tales disparidades¹¹⁵, configurándose a partir de factores tan diversos como los personales (elevada autoestima, actitud optimista, etc.), el apoyo social recibido (por parte de familiares, amigos, etc.) o la historia de victimización. A ella se le sumarían otros relevantes elementos como, p. ej., los factores de vulnerabilidad victimal¹¹⁶.

Dicho elevado grado de variabilidad resulta, en fin, perfectamente comprensible a la luz de la enorme subjetividad que encierra la experiencia de haber sufrido un delito. E introduce un problema adicional que no podemos pasar por alto: un mismo comportamiento delictivo puede acarrear daños psíquicos de distinta entidad según la víctima de que se trate. Es bueno preguntarse, por ello, si acaso cabe que hechos de relevancia penal con características aparentemente idénticas en el plano del comportamiento ejecutado comporten para el sujeto activo consecuencias jurídico-penales dispares en atención a un impacto victimal desigual¹¹⁷. Con tales fines, me valdré de un par de casos ficticios en los que la acción delictiva del autor aparentemente sería igual pero cuya concreta víctima se situaría a las antípodas de la otra, hasta el punto de que los padecimientos psíquicos soportados por cada cual resultarían notablemente divergentes:

El caso del claustrofóbico¹¹⁸: Manuel encierra a Álvaro durante dos días seguidos en una habitación sin ventanas y cuyas dimensiones están en torno a los cinco metros cuadrados. Álvaro padecía claustrofobia. Durante su encierro experimentó un fuerte ataque de pánico y ansiedad y, tras su liberación, tuvo que someterse a psicoterapias y tratamientos farmacológicos.

¹¹² MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, p. 111.

¹¹³ Apuntan PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, p. 49: «No todas las víctimas presentan sintomatología psicopatológica o una afectación en su funcionamiento habitual tras la experiencia de victimización, demostrando la investigación que una parte de ellas se recupera rápidamente de estas experiencias traumáticas y que únicamente algunas de ellas presentarán problemas psicológicos a largo plazo». *Vid.*, también, KARMEN, A., *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., pp. 21-22.

¹¹⁴ KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, p. 2.

¹¹⁵ *Vid.* KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., 2016, p. 37; PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, 2013, pp. 50-52.

¹¹⁶ *Vid.* MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2011, pp. 112-113.

¹¹⁷ Pasando de la víctima al autor del delito, el problema planteado tendría como contracara la cuestión de si acaso en la fase de determinación judicial de la pena debería importarle al juez la experiencia subjetiva del penado con tal de modular la sanción penal, justo como lo sugiere KOLBER, «The Subjective Experience of Punishment», *Columbia Law Review*, (109-1), 2009, pp. 196 ss., en contra de la dominante posición objetivista sobre la pena basada en la limitación de derechos defendida por autores como SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2011, p. XVI; CASTELLVÍ MONSERRAT, «Decomisar sin castigar», *InDret*, (1), 2019, p. 27; COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento afflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret*, (3), 2021, pp. 76-77.

¹¹⁸ La fuente de inspiración de este caso ha sido el problema introducido por KOLBER, *Columbia Law Review*, (109-1), 2009, pp. 190-192 sobre los penados aquejados de claustrofobia y el debate acerca de si el juez debería considerar este trastorno con el fin rebajarles la duración de la pena de prisión prevista para el delito cometido con base en su peor experiencia subjetiva del castigo.

El caso del militar: Manuel encierra a Federico durante dos días seguidos en una habitación sin ventanas y cuyas dimensiones están en torno a los cinco metros cuadrados. Federico era un militar con una extraordinaria capacidad para lidiar con situaciones de estrés, con lo cual, el encierro no le supuso el más mínimo agobio.

La detención ilegal practicada tanto en el caso del claustrofóbico como en el del militar posee idéntica duración y las propiedades del habitáculo donde se encierra a las víctimas son exactamente las mismas. Sin embargo, las experiencias subjetivas del encierro no tienen nada que ver una con la otra. El claustrofóbico sufre un auténtico calvario psicológico. En cambio, para el militar el encierro constituye un suceso prácticamente intrascendente para su psique. Surge la duda de si debería incumbirles a los jueces semejante disparidad experiencial. En mi opinión, la respuesta ha de ser afirmativa. Pero no porque sea trascendente, en sí misma considerada, de qué forma cada víctima experimentó subjetivamente el fenómeno delictivo. La solución del caso ha de ofrecerse desde la óptica de la conducta del sujeto activo y pasa por analizar el tipo subjetivo. Es decir, se trataría de explorar si el autor conocía o, en su caso, podía haber conocido mediante el empleo de la diligencia oportuna que las circunstancias personales de la víctima eran tales como para modificar, al alza o a la baja, el potencial lesivo que su comportamiento poseía en comparación con otras circunstancias¹¹⁹.

El caso del claustrofóbico es estructuralmente análogo al conocido caso del hemofílico¹²⁰. Clavar una navaja en la mano de alguien carece *ex ante facto* de idoneidad suficiente como para causar su muerte. Ahora bien, si antes de atestarle la puñalada, el autor sabía que su víctima padecía hemofilia, ese conocimiento sin duda será relevante, puesto que le permitirá advertir que su acción era objetivamente más peligrosa que en otras circunstancias. Exactamente lo mismo ocurre en el caso del claustrofóbico, salvo por la naturaleza psíquica del atentado. Encerrar durante un par de días seguidos a alguien en una habitación sin ventanas y con unas dimensiones reducidas previsiblemente causará angustia y agobio durante el encierro. No obstante, si el sujeto activo albergaba conocimiento de que aquel al que iba a encerrar era claustrofóbico y, además, comprendía el alcance de semejante trastorno, sabía que el encierro iba a constituir para esa concreta persona un auténtico calvario psicológico terriblemente dañino para su salud mental. Ello permitiría imputarle, en concurso ideal, además de un delito de detenciones ilegales, unas lesiones psíquicas básicas dolosas o, en su caso, imprudentes, si es que desconocía tal extremo pero, de haber empleado la diligencia oportuna, hubiese podido advertir el trastorno del que esa persona se aquejaba¹²¹. Solamente cuando resultasen

¹¹⁹ En esta línea, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen In Todesangst*, 2015, p. 126.

¹²⁰ Comentan este caso MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 258, nm. 44; KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008, p. 12.

¹²¹ Incomprensiblemente la jurisprudencia (concretamente, desde la STS 1606/2005, Penal, de 27 de diciembre [ECLI:ES:TS:2005:7671]) niega que las lesiones psíquicas puedan llegar a ser causadas fruto de un comportamiento imprudente. Es más, en un inicio, tendía a rechazar igualmente su comisión en dolo eventual al requerir una acción voluntaria y directamente encaminada a provocar una lesión en la salud mental de otro, extremo que ha sido corregido en pronunciamientos judiciales más recientes (STS 99/2022, Penal, de 9 de febrero [ECLI:ES:TS:2022:401], STS 103/2018, Penal, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2018:612]). Aun así, el rechazo por los tribunales de las lesiones psíquicas imprudentes todavía subsiste. Tal negativa no logra comprenderse. Si en las lesiones físicas estamos todos de acuerdo en que cabe la realización imprudente, ¿por qué habría que manejar otra vara de medir con las lesiones que atentan contra la salud mental expresamente contempladas tanto en el art. 147 CP (lesiones dolosas) como, por remisión al precepto anterior, en el art. 152 CP (lesiones imprudentes)? Además, cabe pensar en ejemplos de lesiones psíquicas imprudentes de posible acaecimiento en la *praxis*. Me limitaré a aportar uno: David planea degollar a su mujer Verónica en la casa familiar aprovechando un momento en el que Jorge, su hijo de trece años, va al cine con unos amigos. Jorge vuelve a casa antes de lo previsto porque se le había olvidado la cartera y justo en el momento en que David degüella a Verónica, hecho que presencia y le provoca un shock postraumático. Los trastornos mentales ocasionados a los

imprevisibles aquellos daños psíquicos que el comportamiento delictivo principal ha desencadenado deberán estimarse irrelevantes¹²². De este modo, no penaríamos más a la persona que simple y llanamente atenta contra aquella víctima con peor sintomatología, solo a quien, dolosa o imprudentemente, escogió un método de ataque que, en tales circunstancias, podía perjudicar de un modo más severo la salud mental de esa particular víctima.

El caso del militar es radicalmente opuesto al anterior. Su extraordinaria resiliencia le blinda incluso ante las afectaciones psíquicas que habitualmente acompañan las detenciones ilegales. Si el autor, con anterioridad al encierro, estaba al tanto de ello, podía percatarse que la capacidad lesiva de la acción que aspiraba a realizar era objetivamente menor que en situaciones normales. Únicamente en tales circunstancias estaría el juez en condiciones de imponer motivadamente una pena inferior dentro del espacio de juego que el legislador le brinda¹²³. Comparativamente más complejo sería que el autor desconociese *ex ante facto* la inusual resiliencia de la víctima, lo cual parecería remitirnos a la estructura de la tentativa inidónea por el erróneo potencial lesivo que el autor le adscribía a su conducta típica.

La más punzante crítica que tal vez se le podría dirigir a las consideraciones anteriores es que permitir censurar con menor dureza comportamientos delictivos ejecutados contra víctimas más resilientes que otras constituiría una práctica con serios efectos criminógenos. A los potenciales autores les saldría más a cuenta, en términos de responsabilidad penal, atentar contra los intereses de esta clase de víctimas. Ello redundaría en su perjuicio porque el temor a volver a sufrir delitos de esa misma naturaleza se vería sensiblemente incrementado. Sin embargo, no resulta tan evidente que tales efectos criminógenos vayan a producirse. Pues, por lo general, a mayor exposición de la persona a contextos traumatizantes, peores serán, a la larga, las consecuencias psíquicas¹²⁴. Tómese como ejemplo el caso de la persona a la que se le somete a agresiones sexuales en repetidas ocasiones durante años. Y no sólo eso: la acumulación de esta clase de vivencias de forma prolongada en el tiempo puede terminar por desencadenar lo que en psicología se conoce por «trauma complejo»^{125/126}. Luego, que un sujeto

hijos menores de edad que presencian la muerte de su madre a manos de su padre han sido calificados por la jurisprudencia española como lesiones psíquicas (STS 103/2018, Penal, de 1 de marzo [ECLI:ES:TS:2018:612]). En Estados Unidos han recibido el nombre de «*bystander cases*». Vid. EISENBERG, *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, p. 626. Estos casos también han sido analizados en Alemania bajo la expresión «daños psíquicos desencadenados a propósito de atentados contra bienes jurídicos de terceros» (particularmente, familiares cercanos). Vid. STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 19-22. Particularmente, se posiciona a favor de la posibilidad de que se causen lesiones psíquicas imprudentes, BUBLITZ, *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, pp. 54-55.

¹²² En esta línea, BUBLITZ, *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, p. 54; STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, pp. 125-126. Igualmente, PERSAK, *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63), 2020, p. 9, escribe que si la víctima desarrolla un trastorno de estrés postraumático por ser particularmente temerosa, el infractor individual no debería ser castigado con mayor dureza en tanto que no podía razonablemente conocer o esperar tales consecuencias. La autora citada aboga por tener en cuenta las previsibles consecuencias dañinas del acto.

¹²³ De otra opinión, BOGART, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-1), 1995, p. 170 quien duda de que violar a una víctima con una inusual resiliencia y un inusual apoyo social deba conllevar una sentencia judicial más benigna.

¹²⁴ Vid. MCFARLANE, «The long-term costs of traumatic stress: intertwined physical and psychological consequences», *World Psychiatry*, (9-1), 2010, p. 8.

¹²⁵ Vid. NIETO MARTÍNEZ/LÓPEZ CÁCERES, «Abordaje integral de la clínica del trauma complejo», *Clínica Contemporánea*, (7-2), 2016, pp. 87 ss.

¹²⁶ Lo que se ha considerado ha sido fundamentalmente el daño global causado por la repetición a lo largo del tiempo de comportamientos delictivos de igual naturaleza y en cuya producción cada uno de ellos contribuiría. Otra cosa sería el daño marginal de cada episodio adicional que probablemente sería menor en comparación con los anteriores.

cuenta inicialmente con una gran resiliencia, ni mucho menos garantiza que siempre seguirá manteniéndola, especialmente si se le somete en diversas situaciones a hechos delictivos como el de nuestro ejemplo. Puede que tras su primer encierro el militar no presentara ninguna preocupante sintomatología. Pero volver a encerrarlo una y otra vez quizás termine por generarle, en el peor de los casos, una claustrofobia. Estos daños psíquicos merecerían ser censurados penalmente de manera autónoma, con lo cual, la amenaza de imponer un castigo más severo seguiría constriñendo tanto al sujeto activo que aspira a repetir su conducta con esa misma víctima como a aquel otro que, albergando información sobre los encierros previos, pretende privarle de su libertad ambulatoria.

2.3. Los «casos puros» como «*hurtless but harmful crimes*» y supuestos comparativamente menos graves

Tras el conjunto de reflexiones hechas, es hora de volver a los «casos puros». Recordemos: nos encontramos ante supuestos bien específicos en los que la víctima concreta nunca descubre que fue victimizada por otro, con lo cual, la realización delictiva no desencadena ni siquiera los frecuentes daños psíquicos que, en circunstancias ordinarias, se producirían. La duda que debe disiparse es qué repercusiones jurídico-penales se derivan de ello.

Lo primero que cabe advertir es que es bueno no confundir algo que duele (*hurt*) con algo que daña (*harm*)¹²⁷. Expresamos que algo nos duele cuando sensorialmente sentimos ese dolor (p. ej., alguien clava a otro una punzante aguja en su brazo mientras está consciente). Es verdad que hay comportamientos penalmente dañinos que, con arreglo a sus características, duelen, en el sentido amplio del término, a quienes los soportan (p. ej., la angustia y el estrés sufridos por el individuo al que secuestran durante diez días). Estos «daños dolorosos» suelen denominarse «daños experienciales»¹²⁸. No obstante, como sabemos, también pueden producirse daños sin que la víctima sea consciente de ellos durante su transcurso e incluso tras él y que, por consiguiente, no experimente subjetivamente nada (p. ej., una persona graba subrepticamente a su vecina mientras se desnuda sin contar con su consentimiento y ella nunca se da cuenta). Tales «daños indoloros» habitualmente son identificados con el nombre de «daños no-experienciales»¹²⁹.

Pues bien, aquellos autores que parten de una lógica experiencial del principio del daño opinan que los «casos puros» contarían como *harmless crimes (rapes, trespasses, etc.)*¹³⁰, básicamente por faltar la traumática experiencia de la victimización. No obstante, parece desacertado

¹²⁷ Comparten esta distinción FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, pp. 45 ss.; DRANE/NEAL, «On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction», *California Law Review*, (68-2), 1980, p. 404; BELLIOTTI, *Posthumous harm. Why the dead are still vulnerable*, 2013, p. 11; TOMASINI, *Remembering and Disremembering the Dead*, 2017, p. 31.

¹²⁸ Utiliza esta expresión, p. ej., SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, p. 500.

¹²⁹ KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, p. 634 admite que es posible que se produzcan daños no experienciales y que si todos los daños penalmente relevantes fuesen experienciales serían difíciles de explicar aquellos que se originan fruto de los atentados sexuales cometidos mientras la víctima está inconsciente. Con todo, critica que el sistema de justicia penal frecuentemente trate igual a los sujetos activos del delito pese a saberse que estos han causado distintas dosis de daño experiencial o que incluso, en ocasiones, ignore por completo ese daño infligido a la víctima.

¹³⁰ GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, p. 13; GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, 2008, pp. 3 ss. También WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, 2003, pp. 107-112 quien cree incluso que la experiencia jugaría un rol en la fundamentación de los derechos subjetivos. Simpatiza asimismo con la visión experiencial HUSAK, «Gardner on the Philosophy of Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, pp. 184-185 aunque discrepa con que en los «casos puros» el autor no cause un daño a la víctima.

concluir que tales comportamientos son inocuos. Todo lo contrario: estos reúnen unas condiciones tales como para vulnerar de forma típicamente relevante un interés digno de protección jurídico-penal, sea, p. ej., la libertad sexual o la intimidad personal¹³¹. Lo característico de los «casos puros» es que la víctima no experimenta repercusión psíquica alguna, ni durante la ejecución delictiva ni tras la consumación. A lo sumo, tales daños no-experienciales cabría calificarlos como «comportamientos delictivos no hirientes pero sí dañinos» (*hurtless but harmful crimes*)¹³².

Que brille por su ausencia aquel daño psíquico que habitualmente acompañaría al hecho principal en modo alguno haría desaparecer la subyacente lesión de aquel bien jurídico amparado por el tipo penal preferente¹³³, razón más que suficiente para censurar los casos puros y negar la impunidad del acto del autor. En la doctrina angloamericana se han explorado otras vías distintas a la aquí transitada en aras de justificar por qué los «casos puros» tendrían que ser castigados. Una de las más sugerentes pivota en torno a la idea de los probables efectos criminógenos que conllevaría omitir criminalizarlos. Así lo cree GARDNER en relación con los *pure rapes*. Según este autor, si tales hechos no fueran prohibidos penalmente, el derecho de las personas (particularmente, de las mujeres) a la autonomía sexual sería vulnerado más a menudo, lo que incrementaría el miedo a ser tratadas como objetos sexuales¹³⁴. Esta opinión merece algunas observaciones. En primer lugar, se focaliza exclusivamente en el problema del daño público (concretamente, en su vertiente psicológico-social) y las víctimas potenciales, pasando por alto el reprochable y determinable daño personal infligido a la víctima concreta basado en la vulneración de su libertad sexual que tiene lugar aun cuando nunca lo experimente subjetivamente. Esto último bastaría para justificar la censura penal. Adicionalmente, la tesis examinada adolece de una limitación. Los «casos puros» son supuestos ciertamente inusuales que se caracterizan, en su mayoría, por no ser nunca descubiertos, con lo cual, parece difícil que parte de la ciudadanía vaya a intranquilizarse a propósito de su probable comisión¹³⁵. Sólo llegaría ese sentimiento de inseguridad a brotar cuando, permaneciendo la víctima concreta ignorante sobre que otro la victimizó, las autoridades tomen conocimiento de lo sucedido y, con el tiempo, también la ciudadanía por publicitarse los hechos (si bien no la víctima: p. ej., porque fallece).

De todos modos, es verdad que la ausencia de aquel daño psíquico que frecuentemente acompañaría al comportamiento delictivo principal permitiría enjuiciar como menos graves los «casos puros»¹³⁶. Me explico. Si el daño psíquico «mínimo» es tomado en consideración por el

¹³¹ En esta línea, SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 514 ss., 523-524. También, con buen criterio, precisa DUFF, «Harms and Wrongs», *Buffalo Criminal Law Review*, (5-1), 2001, p. 24, que una cosa es la violación de la intimidad, hecho que constituye ya un daño, y otra el sentimiento de la víctima al darse cuenta de ese daño.

¹³² Expresa DUFF, *Buffalo Criminal Law Review*, (5-1), 2001, p. 23 «(...) even if what you don't know can't hurt you, it can harm you».

¹³³ ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, 2020, p. 102, nm. 125d afirman que, sobre la base de la teoría del bien jurídico, es indiscutible que en los «casos puros» concurriría una lesión de tal. Por otro lado, concluye ALONSO ÁLAMO, «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (106), 2012, p. 94 que los bienes jurídicos se protegen con independencia de que la víctima experimente o pueda experimentar un determinado sentimiento.

¹³⁴ GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, 2008, pp. 29-30.

¹³⁵ SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 508-509. También adopta una postura crítica HUSAK, *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, p. 186.

¹³⁶ De esta opinión, HUSAK, *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, pp. 184-185. Igualmente, KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, p. 634 compara el caso de una víctima que es violada y guarda terribles recuerdos de

legislador al momento de definir el marco penal del tipo penal principal, dado que tal configuración se efectúa atendiendo a la fisonomía regular de la realización típica¹³⁷, faltando éste, las consecuencias jurídico-penales deberán ser desiguales en comparación a cuando se produzca. Ello debería ser considerado por el juez, con base en el art. 66 CP, en la fase de determinación judicial de la pena en aras de imponer, dentro de ese marco abstracto, una pena menor a la que ordinariamente correspondería¹³⁸. Los «casos puros» representarían, en rigor, la hipótesis contraria a los supuestos de hecho acompañante típico precisamente por no reflejarse éste en el supuesto concreto.

Por lo demás, si en los «casos puros» resulta que brilla por su ausencia un daño civilmente relevante que indemnizar, a diferencia de cuando la acción delictiva del autor sí afecta psíquicamente a la víctima en su calidad de daño experiencial, cabría establecerse sin problemas responsabilidad penal, a la luz de lo que ya comentamos, mas no responsabilidad civil *ex delicto*¹³⁹, a no ser que haya lugar para fijar una indemnización en virtud de los daños morales ocasionados a los familiares de la víctima. También a la victimología no le quedaría otra que hacerse a un lado, básicamente porque no habría desvictimización en la que trabajar, salvo la de las víctimas secundarias, si es que hubiese alguna.

2.4. A modo de excursus: los «falsos casos puros»

Importa advertir, en clave de excursus, que se ha de evitar confundir los «casos puros» con aquellos otros supuestos a los que podríamos dar el nombre de «falsos casos puros». Es decir, contextos en los que, a primera vista, pareciese que la víctima no soporta ningún daño experiencial pese a que, en realidad, sí llega a producirse uno. Pienso fundamentalmente en las agresiones sexuales cometidas mediante una sumisión química de la víctima tal como para acarrearle la anulación total de su voluntad durante el transcurso de los hechos. En el ámbito angloamericano es lo que se conoce por «*drug-facilitated sexual assault*»¹⁴⁰.

esa experiencia con el de aquella otra que es violada mientras está inconsciente y nunca experimenta efecto negativo alguno por el crimen ya que tan siquiera lo descubre. En su opinión, el violador de la primera víctima probablemente sería más culpable que el de la segunda, puesto que causó, y seguramente tuvo intención de causar, mucho más daño experiencial.

¹³⁷ GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, 1995, p. 386.

¹³⁸ Expone HÖRNLE, *Buffalo Criminal Law Review*, (3-1), 1999, p. 193 que el grado de daño provocado puede ser determinado en función del *quantum* de daño emocional o mental sufrido por la víctima.

¹³⁹ HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o como “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, p. 17 apunta que la doctrina civil y penal barajan varios argumentos para fundamentar la naturaleza exclusivamente civil de la responsabilidad civil *ex delicto*. Entre otras cuestiones, se sostiene que dicha responsabilidad no deriva de la infracción penal, sino del daño producido como consecuencia de su comisión, y en coherencia con lo anterior, se entiende que sólo nace en los supuestos en que el delito comporta un daño o perjuicio efectivo a la víctima. Particularmente, escribe YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos, efectos o consecuencias*, 5ª ed., 2019, p. 33 que es el daño en sí mismo lo que hace nacer la obligación de reparar, con absoluta independencia de que la conducta en cuestión sea o no delictiva. También GÓMEZ LIGÜERRE, en *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., 2017, p. 33 pone de manifiesto que el daño es necesario para que nazca la obligación de reparar y, a la vez, determina su contenido y la magnitud de la responsabilidad.

¹⁴⁰ Suelen distinguirse aquellas sumisiones químicas que anulan totalmente la voluntad de la persona de aquellas otras que solo la disminuyen si bien tan intensamente como para dificultar seriamente que la víctima se oponga al hecho. En estos momentos interesa la primera categoría por ser la más radical de todas y sembrar dudas en torno a la cuestión de la experiencia subjetiva de la víctima que conviene resolver. Al respecto, en más detalle, *vid.* GREEN, «La antijuridicidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, 2023, pp. 127 ss.

Con carácter previo a la reforma legal de septiembre de 2022 esta clase de atentados contra la libertad sexual constituían *ex lege* abusos sexuales. En aquel momento, parte de la doctrina creía que semejante calificación jurídica carecía del más mínimo sentido al constituir la sumisión química una forma de violencia más¹⁴¹. Sonaba altamente contraintuitivo que, a ojos del legislador penal, contase como violencia privar de sentido a la víctima mediante un fuerte golpe pero no a partir del recurso a fármacos, drogas o cualquier otro tipo de sustancia, sobre todo a la vista de que la jurisprudencia venía aceptando la sumisión química como una modalidad de violencia en el delito de robo (entre otras, STS 615/2019, Penal, de 11 de diciembre [ECLI:ES:TS:2019:3936], STS 627/2011, Penal, de 21 de junio [ECLI:ES:TS:2011:4027], STS 1332/2004, Penal, de 11 de noviembre [ECLI:ES:TS:2004:7289]). Afortunadamente el legislador corrigió con creces su error y ahora la agresión sexual mediante sumisión química no sólo constituye una forma de agresión sexual sino que figura en el catálogo de subtipos agravados, concretamente en el art. 180.1.7º CP. Para ser más exactos, se castiga con mayor dureza causar la pérdida de conciencia de la víctima o del control sobre sus propios actos, no aprovecharse de la privación de sentido provocada por ella o por terceras personas con quienes el autor nada haya concertado, tal como señala la CFGE 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Pese a compartir su calificación como agresión sexual, LASCURAÍN SÁNCHEZ ha manifestado su disentimiento con que la sumisión psíquica sea ahora sancionada con más pena que la violencia física. A su parecer, la sumisión química es tan violencia como la física, pero no más, con lo cual, deberían ser tratadas penológicamente por igual¹⁴². Mi impresión es que aún cabe salvar los muebles al legislador. Particularmente, sosteniendo que el subtipo agravado del art. 180.1.7º CP, que castiga más severamente al autor que anula la voluntad de la víctima mediante fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, halla su razón de ser en que la agresión sexual mediante sumisión química guarda una analogía estructural con la del asesinato por alevosía circunstancial¹⁴³.

Administrar, p. ej., anestesia general a la víctima y acabar con su vida mientras se encuentra en un estado de inconsciencia garantizará que el daño que se le infija sea no-experiencial. Pero un asesinato por alevosía circunstancial como éste sería censurado con penas más severas que el homicidio con base en algo que nada tiene que ver con la experiencia subjetiva de la víctima, a diferencia del asesinato por ensañamiento, basado precisamente en el aumento deliberado e inhumano de un dolor objetivamente innecesario para causar la muerte¹⁴⁴. El fundamento de la

¹⁴¹ Por todos, con amplias referencias, *vid.* SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, «El concepto de violencia y el problema de la sumisión química en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», *Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad*, (5 especial), 2019, p. 19, nota a pie de página nº 54.

¹⁴² LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *Almacén de Derecho*, 2022, p. 5; EL MISMO, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, 2023*, p. 59.

¹⁴³ De hecho, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AGUSTINA SANLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, 2023*, p. 58, reconoce que en la sumisión química habría un comportamiento alevoso.

¹⁴⁴ En el asesinato por ensañamiento la víctima necesariamente ha de experimentar ese dolor adicional y objetivamente innecesario. Por eso mismo, si p. ej., el autor le prende fuego cuando ya se halla muerta o inconsciente no cabrá inculpar su comportamiento en un delito de asesinato por ensañamiento. Para ello, deberá haber sufrido por estar viva y consciente. En este sentido, véase la STS 559/2020, Penal, de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3655) o la STS 223/2019, Penal, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1415). También, *vid.* MIR

alevosía, en general, residiría en el empleo por el sujeto activo de un medio de ataque que persigue privar a la víctima de la oportunidad de defenderse¹⁴⁵.

Con la agresión sexual perpetrada gracias a una sumisión química de la víctima de un carácter tal como para doblegar por completo su voluntad es cierto que no puede concluirse que exista daño experiencial, cuando menos, durante la ejecución delictiva. Al fin y al cabo, la víctima permanece inconsciente, sea momentos antes de lo ocurrido o poco después de dar comienzo el ataque¹⁴⁶. Tras ello, es habitual que la víctima, aturdida y desorientada, sufra episodios de amnesia fruto de las sustancias suministradas subrepticamente, lo que le dificultará recordar qué fue lo que ocurrió¹⁴⁷. Ello ha dado pie a que haya quien erróneamente piense que las víctimas de esta clase de atentados no sufren igual que otras¹⁴⁸. Sin embargo, es precisamente la impotencia, el horror y la humillación sentidas por no ser capaz de reconstruir qué sucedió y quién fue el responsable de los hechos, así como las dificultades de lidiar con este *gap* en su memoria, lo que contribuye al desarrollo de un trauma por la víctima, máxime si, como acontece a veces, ésta halla signos de violencia sexual pretérita ejercida sobre su persona (p. ej., ropas rasgadas, restos de esperma o fisuras vaginales)¹⁴⁹. Incluso, algunas víctimas amnésicas pueden llegar a volver a experimentar sensaciones físicas y emocionales perturbadoras cuando partes de la memoria traumática emergen en clave de recuerdos intrusivos a propósito de un determinado estímulo vinculado con el trauma¹⁵⁰. La víctima de una agresión sexual ejecutada mediante sumisión química sí padece, por tanto, una experiencia traumática post-consumativa que bastaría para descartar su inclusión en los «casos puros». De todos modos, como ocurre con el asesinato por alevosía, la cuestión de la experiencia subjetiva de la víctima tampoco sería aquí determinante para entender esta concreta forma de ejecución. El ingrediente añadido de la sumisión química no es otro que el uso de un medio orientado a generar indefensión frente al atentado contra la libertad sexual, esto es, un mecanismo alevoso idóneo para dejar a la víctima a merced del sujeto activo¹⁵¹. La víctima no se encuentra en condiciones de resistirse, pedir ayuda o tratar de escapar debido a que la condición en la que le deja el autor –en los supuestos de anulación total de la voluntad: inconsciente e inmóvil– se lo imposibilita¹⁵².

Ante lo dicho, podrían objetarse tres cuestiones. En primer lugar, que la lógica de la alevosía no se circunscribe únicamente a aquellos supuestos en los que el autor provoca la indefensión de

PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 22», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, 2015, p. 140.

¹⁴⁵ Vid. MASIP DE LA ROSA, *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 13 ss.

¹⁴⁶ Distinto sería que la sustancia administrada limitara gravemente la voluntad de la víctima pero no hasta el punto de colocarla en un estado de inconsciencia: en tal caso, sí cabría apreciar un daño experiencial en la fase ejecutiva.

¹⁴⁷ FIELD *et al.*, «Drug-facilitated sexual assault, impaired trauma memory, and implications for mental health treatment», *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, pp. 2 ss.

¹⁴⁸ Este tipo de sesgadas percepciones sobre el problema analizado se recogen en FITZGERALD/RILEY, «Drug-Facilitated Rape: Looking for the Missing Pieces», *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, p. 12.

¹⁴⁹ FIELD *et al.*, *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, p. 12; FITZGERALD/RILEY, «Drug-Facilitated Rape: Looking for the Missing Pieces», *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, pp. 11-12.

¹⁵⁰ FIELD *et al.*, *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, pp. 12-13.

¹⁵¹ Con razón, acerca de la agresión sexual mediante sumisión química, comenta SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, *Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad*, (5 especial), 2019, p. 21 «(...) no puede desdeñarse el carácter alevoso del medio, pues se dirige a asegurar la ejecución del delito y a eliminar las posibilidades de defensa de la víctima». En este mismo sentido, AGUSTINA/PANYELLA-CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, p. 531.

¹⁵² Vid. FITZGERALD/RILEY, *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, p. 12.

la víctima, también se aprecia cuando el autor aguarda a la víctima hasta que se encuentra en esa situación tan desventajosa para ella (p. ej., el sujeto activo controla sus movimientos durante horas para atacarla justo cuando se encuentra dormida). Si bien es cierto que ambas modalidades constituirían formas de alevosía, no es menos cierto que una resultaría comparativamente más censurable que la otra. No parece equiparable desencadenar activamente la situación de indefensión que esperar a que ocurra en virtud de circunstancias que se hallan fuera del control del autor. Reconozco que, en puridad, el subtipo agravado del art. 180.1.7º CP estaría abarcando exclusivamente la versión más grave de la alevosía. En segundo lugar, también cabría expresar que es perfectamente posible imaginar situaciones en las que la indefensión de la víctima sea producto de un acto de violencia física previo (p. ej., noquearla por la espalda con un palo de madera para, una vez inconsciente, agredirla sexualmente). Efectivamente, en tales contextos, también debería apreciarse un comportamiento alevoso, de modo que, en aras de captar el desvalor total del hecho, sería oportuno castigar al autor por un delito de agresión sexual acompañado de la agravante genérica de alevosía prevista en el art. 22.1ª CP. De este modo, los marcos de pena entre el empleo de sumisión química y aquella violencia física basada en una táctica alevosa se aproximarían considerablemente. Para terminar, no puede pasarse por alto que en un porcentaje significativo de casos de delincuencia sexual la víctima, aunque sea consciente de lo que sucede, será incapaz de moverse o incluso de gritar durante el desarrollo de los hechos debido a un fenómeno denominado «inmovilidad tónica»¹⁵³. Cuando eso ocurre, me parece que no cabría expresar, en general, que el autor del delito fue quien provocó ese estado de indefensión con tal de apreciar alevosía en su conducta¹⁵⁴, a diferencia de los supuestos de sumisión química, sino que ello constituiría una respuesta involuntaria de la víctima de base neurobiológica ante el ataque perpetrado. Eso sí, la explicación científica del porqué de la falta de ejercicio de resistencia por la víctima de agresión sexual debería bastar para refutar el tan criticable argumento «si no se resistió, entonces, consintió».

3. Empeoramiento del bienestar individual de la víctima a raíz de la comisión del delito

3.1. El empeoramiento del bienestar individual de la víctima que el delito acarrea y el reto que los «casos puros» representan para esta concepción

Definidos los contornos de la noción de daño penal y, a partir de ahí, efectuadas las consideraciones que los «casos puros» nos merecen, llega el momento de preguntarse, como hace TRUCCONE, qué significa exactamente que alguien haya sufrido un daño¹⁵⁵. En el Derecho penal angloamericano la fórmula por excelencia utilizada tradicionalmente para tales fines ha

¹⁵³ Vid. MARX/FORSYTH/GALLUP/FUSÉ/LEXINGTON, «Tonic immobility as an evolved predator defense: Implications for sexual assault survivors», *Clinical Psychology: Science and Practice*, (15-1), 2008, pp. 74-90.

¹⁵⁴ Quiero decir con esto que, en principio, no cabría reprocharle al autor del delito el empleo de un específico medio de ataque dirigido a generar indefensión a la víctima, sin perjuicio de que evidentemente sí se le pueda atribuir aquella agresión sexual, a propósito de la cual, la víctima sufre dicha parálisis que le imposibilita defenderse. Admito, no obstante, que el fenómeno de la inmovilidad tónica sí plantea un reto desde la lógica defendida: aquellos supuestos en los que el autor somete químicamente a la víctima con tal de garantizar su indefensión pese a que ésta, incluso si hubiese permanecido consciente a lo largo de la ejecución de la agresión sexual, tampoco se hubiese podido defender debido al estado de pánico que probablemente hubiese experimentado.

¹⁵⁵ TRUCCONE, *Política Criminal*, (12-24), 2017, p. 1201.

sido la tesis comparativa contrafáctica del daño¹⁵⁶ propuesta por FEINBERG¹⁵⁷ que reza como sigue: X daña a Y si y solo si Y termina en peores condiciones de como estaría si X no hubiese llevado a cabo su conducta. Se trata de una tesis comparativa porque obliga a comparar dos estados de cosas y es contrafáctica en tanto que uno de ellos es formulado en clave hipotética («aquello que hubiese ocurrido si...»). Siguiendo esta fórmula, si A mutila el brazo a B, B estará en peor condición de la que estaría si A hubiese omitido actuar así, puesto que le faltaría un componente de su integridad física que, por lo general, valoramos positivamente. Podemos concluir, por ello, que A ha dañado a B.

La satisfacción de este criterio, que recuerda sobremanera a la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*, evidentemente no basta para imputar a alguien responsabilidad penal. Causar un daño a otro se revela insuficiente para tales fines. La doctrina angloamericana exige la producción de un daño ilícito (*wrongful harm*)¹⁵⁸. Mientras, en la doctrina continental expresamos que no cualquier lesión del bien jurídico cuenta (p. ej., la provocada como consecuencia de un acto reflejo)¹⁵⁹, sólo aquella que sea antijurídica y culpable. Esto es: una lesión del bien jurídico producida a raíz de la concreción de un riesgo desaprobado cuya creación le es imputable objetiva y subjetivamente a un agente, a lo que habría que añadir la ausencia de causas de justificación e inimputabilidad.

Aparte, la tesis comparativa contrafáctica del daño no ha sido precisamente la panacea al toparse con importantes desafíos que la han colocado contra las cuerdas. Algunos de los más significativos son el problema de la no identidad introducido por PARFIT¹⁶⁰ o el de los resultados sobre-condicionados¹⁶¹. No es objetivo de este texto valorar ni la pertinencia de la tesis mencionada ni cuán prometedoras son el resto de alternativas sugeridas frente a sus limitaciones¹⁶². Me conformo con destacar de esta tesis, así como, por extensión, de aquellas otras próximas a ella, que se ponga el acento en un aspecto que, como avancé en otro apartado, estimo fundamental: el empeoramiento que la conducta delictiva acarrea para la vida de la víctima concreta¹⁶³, en el sentido de perjudicar su bienestar individual^{164/165}.

¹⁵⁶ DE VILLIERS-BOTHA, «Harm: The counterfactual comparative account, the omission and pre-emption problems, and well-being», *South African Journal of Philosophy*, (37-1), 2018, p. 2, comenta que esta tesis a menudo es considerada la definición de daño más plausible ofrecida actualmente.

¹⁵⁷ FEINBERG, *Harm to Others*, 1984, p. 31.

¹⁵⁸ HÖRNLE, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 688; SPENA, *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, p. 512.

¹⁵⁹ Según advierte LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ADPCP*, (60) 2007, p. 132 «que un bien sea un bien jurídico-penal no significa que todo proceso de deterioro o menoscabo del mismo sea delito».

¹⁶⁰ PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 351 ss.

¹⁶¹ BARRY/ØVERLAND, «Individual responsibility for carbon emissions. Is there anything wrong with overdetermining harm?», en MOSS (ed.), *Climate Change and Justice*, 2015, pp. 1-20.

¹⁶² Sobre algunas de las mencionadas tesis alternativas del daño a propósito del problema de la no identidad, *vid.* TRUCCONE BORGOGNO, «Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto del daño», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), 2015, pp. 473 ss.

¹⁶³ Esta afirmación se efectúa pensando en aquellos delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales, no en aquellos otros que lesionan bienes jurídicos colectivos, en cuyo caso, esa afectación negativa del bienestar personal parecería ser, más bien, indirecta. Dicha limitación no tendría por qué minusvalorar el potencial explicativo de la tesis sostenida ya que, como apunta HÖRNLE, *Juristen Zeitung*, (19), 2006, p. 952, la idea de formular una doctrina uniforme del castigo para toda clase de delito resulta incorrecta.

¹⁶⁴ Entre otros, VON HIRSCH/JAREBORG, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, (11-1), 1991, p. 7; HOLTUNG, «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice*, (5), 2002, p. 364; SØBIRK PETERSEN, «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle», *Res Publica*, (20), 2014, p. 201; PERSAK, *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63),

Las conductas delictivas conllevan, en efecto, una transformación negativa de la realidad¹⁶⁶, empezando por el constatable menoscabo de un sustrato material digno de protección jurídico-penal como es el bien jurídico del que el sujeto pasivo es titular¹⁶⁷. De tal modo, el delito empeora, por lo general, la vida de quien lo sufre, frustrando sus oportunidades y expectativas (en definitiva: autorrealización personal)¹⁶⁸, representando para ella, en algunos casos, un verdadero punto de inflexión que marca un antes y un después¹⁶⁹. Y no sólo eso: también, en cierta medida, el delito repercute perniciosamente en el bienestar de la ciudadanía por contribuir a generar esa presumible sensación de inseguridad de la que hablamos cuando exploramos el daño social. Desde esta óptica, creo que para entender adecuadamente qué significa mermar los intereses de alguien, conviene concretar qué concepto de bienestar se está manejando¹⁷⁰. Es decir, no creo que pueda entenderse de manera completa qué significa que la víctima ha soportado un daño de relevancia penal si antes no se aclara qué ha de entenderse exactamente por aquel bienestar individual en el que el delito repercute negativamente. Justo en este punto es donde creo que podría tenderse un puente entre la teoría del delito y las teorías filosóficas del bienestar¹⁷¹.

El aspecto señalado no es baladí para nuestros propósitos. Como es sabido, los «casos puros» cuentan con la peculiaridad de que la víctima ignora que ha sido victimizada, con lo cual, no padece ningún tipo de daño psíquico a raíz del fenómeno delictivo. Por eso mismo, interesa disipar la duda de si acaso pueden llegar a acontecer empeoramientos del bienestar personal no-experienciales. Es decir, si cabe que el bienestar de una persona vaya a peor a raíz de un evento delictivo sin que tal empeoramiento sea experimentado subjetivamente por aquella. Según se tendrá ocasión de desarrollar, a ojos del hedonismo prudencial, que es la teoría del bienestar experiencial por excelencia, lo defendido resultaría insostenible. En el próximo apartado me propongo analizar si el hedonismo prudencial estaría o no en lo cierto¹⁷².

2020, p. 3; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 226 ss., FERNÁNDEZ ALLE, «Concepto y principio de daño», *Latin American Legal Studies*, (7), 2020, pp. 101 ss.

¹⁶⁵ Señala HÖRNLE, en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 688 que muchos penalistas están de acuerdo en que el daño implica alguna clase de pérdida o empeoramiento.

¹⁶⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *ADPCP*, (60), 2007, p. 141.

¹⁶⁷ Con esta afirmación se está presuponiendo que el concepto de bien jurídico no se reduce a un mero valor social tutelado jurídico-penalmente (el valor «vida», «propiedad», «salud», etc.), esto es, una versión espiritualizada del mismo, sino que encierra una realidad concreta que socialmente es valorada de manera positiva. Es decir, un concepto material y determinable. De esta opinión, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2015, p. 174, nm. 42. Distingue la noción espiritualizada de bien jurídico de la noción material y se decanta por esta última ALCÁCER GUIRAO, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 83 ss.

¹⁶⁸ En este sentido, RAZ, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en MENDUS (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and historical perspectives*, 1988, pp. 169-170. Habla también de la afectación de las posibilidades de autorrealización del individuo a causa del delito SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, 2ª ed., pp. 430-431.

¹⁶⁹ En este sentido, en relación con las víctimas de agresiones sexuales, STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst*, 2015, p. 80.

¹⁷⁰ De esta opinión, HOLTUNG, *Ethical Theory and Moral Practice*, (5), 2002, pp. 364 ss.; SØBIRK PETERSEN, *Res Publica*, (20), 2014, p. 201.

¹⁷¹ Entiende que es importante que tanto los penalistas como los civilistas (concretamente, los expertos en Derecho civil de daños) se preocupen más por la cuestión del bienestar SARCH, «Well-being and the law», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 479 ss.

¹⁷² No es propósito de este texto examinar las bondades e inconvenientes del hedonismo, sólo analizar un aspecto en concreto: su concepción experiencial del bienestar individual. Una de las más completas

3.2. ¿En serio solo importa el placer y el dolor? Una revisión del requisito de la experiencia defendido por el hedonismo prudencial en relación con el concepto de bienestar individual

El hedonismo es una corriente de pensamiento que coloca el punto de mira en la idea de la felicidad del individuo. Aunque vinculadas entre sí, suelen distinguirse, al menos, cuatro variantes del hedonismo en función de cuál sea el nivel de análisis: el hedonismo psicológico, el hedonismo ético, el hedonismo axiológico y el hedonismo prudencial¹⁷³. El hedonismo psicológico sostiene, en términos descriptivos, que aquello que guía el actuar del ser humano es el deseo de buscar placer y evitar dolor porque esto es lo que le permite llegar hasta la felicidad. El hedonismo ético, en términos prescriptivos, defiende que, ante una situación dada, la acción correcta que hay que llevar a cabo es aquella que aporta placer a la persona. El hedonismo axiológico entiende que es intrínsecamente valioso aquello que produce placer al individuo, ya que lo aproxima a la felicidad, mientras que es intrínsecamente disvalioso aquello otro que le causa dolor, porque le aparta de ella¹⁷⁴. Finalmente, tenemos al hedonismo prudencial al que le preocupa el tan discutido problema del bienestar individual (o valor prudencial). Justo esta última variante es la que nos debe interesar en esta sede. Según el hedonismo prudencial, el placer, que es intrínsecamente bueno, hace que la vida de un agente vaya mejor, mientras que el dolor, que es intrínsecamente malo, la empeora¹⁷⁵. Esta forma de ver las cosas se aparta de la óptica asumida por otras teorías del bienestar: la teoría basada en el cumplimiento de deseos¹⁷⁶ y las teorías del listado objetivo¹⁷⁷. Mientras que la primera mide el bienestar individual a partir de los deseos previamente definidos que la persona logra cumplir (p. ej., ser el número uno de la promoción), la segunda hace lo propio a partir de la posesión por el sujeto de una serie de bienes con valor objetivo (p. ej., no sólo el placer, también la amistad o el conocimiento).

Conforme a lo que adelanté más arriba, es lugar de consenso identificar al hedonismo prudencial como el máximo y más conocido representante de las teorías del bienestar

compilaciones de objeciones contra el hedonismo, con su respectiva réplica personal, puede encontrarse en FELDMAN, *Pleasure and the Good of Life*, 2004, pp. 38 ss.

¹⁷³ Vid. KAGAN, *Normative Ethics*, 1998, p. 31; WEIJERS, «Hedonism», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, pp. 1 ss.; MOORE, «Hedonism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, pp. 1 ss.

¹⁷⁴ En la llamada teoría de los valores o axiología es común distinguir entre valor intrínseco (o valor final) y valor instrumental (o valor no-final). Cuenta como valor intrínseco aquello que posee valor de por sí y que, por tanto, cabe estimar un fin en sí mismo. Según los hedonistas, la felicidad sería un valor intrínseco porque, una vez alcanzada, no conduciría hacia nada más. Por contraste, el valor instrumental es aquel que sólo tiene valor en tanto que permite acceder a algo que, en sí, goza de valor. Es decir, es un medio que permite llegar hasta un determinado fin. Las monedas fiat (euros, dólares, etc.) son el paradigma de lo que entendemos por valor instrumental. En sí mismas, no valen prácticamente nada (a lo sumo, el ínfimo valor económico que se le adscriba en consideración a su coste de su producción y posterior circulación en el mercado). Su valor se determina con arreglo a los productos que nos permiten adquirir y los servicios que nos permiten contratar. Cfr. RABINOWICZ/RONNOW-RASMUSSEN, «Value Taxonomy», en BROSC/SANDER, (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, 2016, pp. 30 ss.; RONNOW-RASMUSSEN, «Intrinsic and Extrinsic Value», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Oxford Handbook of Value Theory*, 2016, pp. 30 ss.

¹⁷⁵ Tanto el placer como el dolor son entendidos por el hedonismo en un sentido amplio. Mientras que el placer abarcaría cualquier experiencia o sentimiento placenteros (alegría, gratificación, tranquilidad, etc.), el dolor englobaría cualquier experiencia o sentimiento dolorosos (tristeza, angustia, miedo, etc.). Cfr. MOORE, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, p. 1.

¹⁷⁶ HEATHWOOD, «Desire-fulfillment theory», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 135 ss.

¹⁷⁷ No hay una sola teoría del listado objetivo sino varias, cada cual con sus peculiaridades. Al respecto, vid. FLETCHER, «Objective list theories», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 148 ss. Uno de sus máximos representantes es PARFIT, *Reasons and Persons*, 1984, pp. 499 ss.

experienciales¹⁷⁸, entendiéndose por tales aquellas que propugnan que un suceso puede repercutir en el bienestar de un agente si y sólo si la persona lo experimenta¹⁷⁹. Recordemos: el hedonismo se sirve exclusivamente del placer y el dolor para medir el nivel de bienestar de un agente porque, a ojos de esta corriente de pensamiento, el placer es el único bien prudencial básico y el dolor el único mal prudencial básico¹⁸⁰. Y ambos son sensaciones internas pertenecientes a la familia de los estados mentales¹⁸¹ que han de ser experimentadas de manera consciente por el agente¹⁸² (*rectius*: ser sintiente¹⁸³), de manera que si éste desconoce un evento que suscita placer (p. ej., una fiesta de cumpleaños sorpresa) o dolor (p. ej., una traición), no habrá forma de que experimente uno u otro¹⁸⁴, en cuyo caso, su bienestar, a ojos del hedonismo, permanecerá intacto. El hedonismo vendría a hacer suyo así el llamado «requisito de la experiencia»¹⁸⁵, de acuerdo con el cual, los sucesos pueden ser buenos o malos para alguien únicamente si repercuten en su experiencia consciente. Es decir, el hedonismo, presumiendo que el placer y el dolor son los únicos factores a tener en consideración, determina el bienestar individual desde una óptica estrictamente experiencial: para alterar el bienestar de alguien hace falta que el sujeto experimente conscientemente el suceso acontecido. Todo lo que importa, según el hedonismo prudencial, es la experiencia.

El mentado requisito de la experiencia defendido por el hedonismo prudencial ha ganado importantes detractores en los últimos tiempos. La más citada propuesta teórica presentada con el fin de cuestionar la idea de que lo único que importa en aras de medir el bienestar individual son el placer y el dolor sentidos es el experimento mental de la máquina de las experiencias introducido por NOZICK¹⁸⁶ del que tanto han discutido los expertos en teorías del bienestar y que, para colmo, sirvió como una de las fuentes de inspiración del universo *Matrix*¹⁸⁷. El experimento mental iría como sigue. Imaginemos que un grupo de neurólogos inventa una máquina capaz de brindar al sujeto que se conecte a ella cualquier tipo de experiencia (p. ej., ganar un Óscar o ser una estrella del rock). La máquina estimula el cerebro

¹⁷⁸ Así lo creen VAN DER DEIJL, «The sentience argument for experimentalism about welfare», *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 187-190; MACKENZIE «Experientalist Theories of Well-Being», *Qualia Institute Research*, 2021, p. 2. Comenta GREGORY, «Hedonism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 113 que el hedonismo hace depender completamente el bienestar de cómo se siente uno.

¹⁷⁹ VAN DER DEIJL, *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 187-190; RODOGNO, «Prudential value or well-being», en BROSCH/SANDER (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, 2016, p. 290.

¹⁸⁰ Es por ello que el hedonismo es considerado una teoría monista frente a teorías pluralistas como la teoría del listado objetivo, para la cual, existirían un conjunto de bienes y males básicos. Vid. LIN, «Monism and Pluralism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 331 ss.

¹⁸¹ GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones sin sentimentalismo*, 2020, pp. 39-40; PINEDA, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, 2012, p. 51.

¹⁸² Señala KAHANE, «Pain, experience, and well-being», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 213, que carece de sentido pensar que alguien puede sufrir intensamente sin ser consciente de ello.

¹⁸³ En el concepto de seres sintientes se integrarían tanto los seres humanos como los animales que en España, desde el año 2021, son calificados como tales por el art. 333 bis. 2 CC. Quedarían fuera los objetos inanimados (p. ej., una piedra o un coche). Cfr. VAN DER DEIJL, *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 192-193.

¹⁸⁴ Vid. WEIJERS, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, p. 6; GREGORY, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 114.

¹⁸⁵ VAN DER DEIJL, *Philosophical Studies*, (178), 2021, p. 187; CRISP, «Well-being», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, p. 8; HAWKINS, «The experience machine and the experience requirement», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 364-365.

¹⁸⁶ NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, 2013 (1974), pp. 58 ss.,

¹⁸⁷ Vid. GRAU, «Bad Dreams, Evil Demons, and the Experience Machine: Philosophy and the Matrix», en GRAU (ed.), *Philosophers Explore the Matrix*, 2005, pp. 18-22.

de un modo tal como para que las experiencias sean sentidas como reales. Además, una vez conectado, el sujeto no recuerda donde está, con lo cual, cree erradamente que sus vivencias están ocurriendo de verdad pese a que no sea así. NOZICK pregunta al lector: ¿te conectarías a la máquina de las experiencias o permanecerías en la realidad? Expresado en términos matrixianos, ¿qué píldora tomarías? ¿la azul o la roja? El filósofo norteamericano asevera que la mayoría de personas preferiría no conectarse a la máquina porque no sólo nos importa aquello que experimentamos, sino que también deseamos vivir en contacto con la realidad y esto es algo que el hedonismo no logra captar. Si resulta que los seres humanos le damos importancia a algo más que a la experiencia, como es permanecer en contacto con la realidad, el hedonismo, en su condición de teoría experiencial, se equivocar¹⁸⁸.

Desde que fue propuesto, el experimento mental de la máquina de las experiencias de NOZICK ha dado mucho que hablar entre los filósofos del bienestar. Y no han faltado quienes han formulado alguna que otra objeción contra él.

En primer lugar, a NOZICK se le ha criticado dar por sentado lo que la gente piensa sin llevar a cabo ni una sola comprobación empírica con miras a examinar si su opinión sería compartida por el resto¹⁸⁹. Es justo aquí donde se daría el salto de la tradicional filosofía de sillón, basada en una mera reflexión teórica, a la filosofía experimental, cuyo método, propio de ciencias como la psicología, se caracterizaría por efectuar una comprobación empírica en aras de validar o refutar una hipótesis¹⁹⁰. Ciertamente NOZICK incurre en el error de generalizar su propio punto de vista, presumiendo que lo que él haría –no conectarse a la máquina de las experiencias– es exactamente el modo como actuaría buena parte de la gente. No obstante, invalidar la presunción de que la mayoría de personas compartirían la opinión del filósofo estadounidense no obliga a restar capacidad de rendimiento a la objeción que trata de efectuar contra las bases del hedonismo prudencial. Bastaría con concluir que no podemos tomar en serio la «intuición de sillón» de NOZICK¹⁹¹.

Seguidamente, la forma en la que NOZICK introduce el experimento mental tampoco ha terminado de convencer. Hay quien cree que la persona a la que se le trasladaría la pregunta inicialmente formulada terminaría por ser presa de un sesgo de *statu quo*¹⁹² al momento de contestar que sí que preferiría permanecer en el mundo real¹⁹³. Desde la psicología cognitiva se ha explicado que a los seres humanos no nos suelen gustar los cambios. El refranero español lo

¹⁸⁸ A esto se le ha llamado la objeción de la no-necesidad porque cuestiona que lo único bueno sea el placer y que lo único malo sea el dolor. Cfr. MOORE, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, pp. 13 ss.

¹⁸⁹ HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 357 ss.

¹⁹⁰ Vid. EDMONDS, *Would you kill the fat man?*, 2014, pp. 87 ss. VALIENTE IVÁÑEZ, «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del derecho penal: Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante lo “empírico”: Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Criminal a la realidad*, 2021, pp. 149-153.

¹⁹¹ Señala VALIENTE IVÁÑEZ, en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante lo “empírico”: Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Criminal a la realidad*, pp. 150-151, que «las “intuiciones de sillón” no deberían ser aceptadas como evidencia cuando se refieren a la medida en que una creencia o intuición es compartida por otros; es decir, cuando son designadas como intuiciones “ordinarias”, “comunes”, “compartidas”, etc. Pues la sospecha es que aquello que los filósofos encuentran intuitivo es el resultado, en el mejor de los casos, de su entrenamiento especializado; en el peor, de las lealtades teóricas (“las escuelas”) o los sesgos cognitivos».

¹⁹² SAMUELSON/ZECKHAUSER, «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, (1-1), 1988, pp. 7 ss.

¹⁹³ Vid. KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 592-593; DE BRIGARD, «If you like it, does it matter if it's real?», *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 50 ss.

refleja a la perfección: «Más vale malo conocido que bueno por conocer». Nuestro *statu quo* nos brinda seguridad y comodidad, mientras que los cambios nos la quitan, aun cuando estos puedan resultar beneficiosos para nuestros intereses. Consiguientemente, habría gente que no se conectaría a la máquina de las experiencias no tanto por permanecer en contacto con la realidad sino, más bien, para evitar alterar su vida. KOLBER ha tratado de ilustrar la influencia del sesgo de *statu quo* a partir de una versión alternativa a la originalmente propuesta por NOZICK: el experimento de la máquina de las experiencias a la inversa. A diferencia de antes, la persona ya se encontraría conectada a la máquina de las experiencias y sería informada sobre ello. Lo que se le preguntaría, en tal caso, es si le gustaría desconectarse de la máquina a sabiendas de que su vida en el mundo real es peor que la que ahora disfruta¹⁹⁴. Según KOLBER, no muchas personas escogerían desconectarse de la máquina a la que ya están conectados¹⁹⁵.

A mi juicio, el verdadero problema del que adolece el experimento mental de la máquina de las experiencias es que obliga a la persona a escoger entre dos vidas –una real y otra simulada– que cualitativamente son manifiestamente dispares. Cuando eso ocurre, tengo la impresión de que tanto dará que la persona tenga ante sí la posibilidad de conectarse a la máquina de las experiencias o bien de desconectarse una vez ya conectada: habrá quien preferirá vivir un bonito espejismo a una cruda realidad porque el valor otorgado a la experiencia superará con creces el valor concedido a estar en contacto con la realidad. Hay un capítulo de la serie de ciencia ficción *The Sandman* que refleja perfectamente esto último. Aquel en el que Lyta Hall se enfrenta a un difícil dilema: vivir en un sueño en el que pasará el resto de sus días con su marido fallecido o bien despertar y lidiar con el duro duelo por su muerte. Lyta opta por lo primero incluso a sabiendas de que nada de lo que le rodea es real. Es más, DE BRIGARD, en un estudio empírico sobre el experimento mental de la máquina de las experiencias, tuvo ocasión de comprobar que, dependiendo de cómo se le presentase al encuestado el mundo real, resultaba más o menos probable que la persona tuviese intención de volver a él o seguir en el mundo simulado. Cuando se indicaba que en el mundo real la persona era un prisionero de una cárcel de máxima seguridad sita en West Virginia (escenario negativo), solamente 13 % de los encuestados optaba por regresar, mientras que el 87 % restante prefería permanecer conectado a la máquina de las experiencias. En cambio, en el momento en el que se informaba que en el mundo real la persona era un artista multimillonario residente en Mónaco (escenario positivo), las cifras cambiaban significativamente: un 50 % de encuestados expresó su deseo de volver al mundo real y el otro 50 % de continuar en el mundo simulado¹⁹⁶.

A fin de sortear este obstáculo me parece que no habría que preguntarse qué vida se escogería entre dos cualitativamente dispares, sino que deberían ser consideradas, en abstracto, dos vidas –una real y otra virtual– que sean cualitativamente idénticas¹⁹⁷. El ejemplo de las hermanas

¹⁹⁴ KOLBER, *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 593-594.

¹⁹⁵ Nuevamente esto debería ser comprobado empíricamente y no reducirse a una cuestión netamente especulativa.

¹⁹⁶ DE BRIGARD, *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 46-50. Tal vez llame la atención que únicamente un 50 % de los participantes en el estudio manifestase su voluntad de desconectarse de la máquina de las experiencias en el escenario positivo. ¿Realmente sólo a la mitad de los encuestados les gustaría ser artistas multimillonarios en Mónaco? Probablemente, antes de contestar, algunos pensaron no sólo en los pros sino también en los contras de esta alternativa. El encuestado se vería obligado a dejar atrás toda su vida (simulada) y, con ella, amigos, familiares, un trabajo que quizás le satisfaga y el lugar donde resida para aventurarse a experimentar otra radicalmente distinta respecto a la cual faltaría mucha información relevante: ¿y si es un artista solitario?, ¿cuál es su estado de salud?, ¿querría pasar el resto de mis días en Mónaco?

¹⁹⁷ Además del escenario negativo y positivo, DE BRIGARD, *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 46-50, propuso otro que él llama neutro y, en esa ocasión, preguntó a los encuestados si se desconectarían de la

gemelas Molly y Polly propuesto originariamente por CRISP¹⁹⁸ y modificado ligeramente por HAWKINS¹⁹⁹ casa con esta lógica. Molly nace y vive una vida plena en el mundo real. Mientras, su hermana gemela Polly, que nace unos minutos más tarde que Molly, es conectada a la máquina de las experiencias y experimenta allí una vida idéntica a la de Molly, hasta el punto de que toda vivencia de Molly es replicada virtualmente para Polly. Una teoría experiencial como el hedonismo debería llegar a la conclusión de que una y otra vida son exactamente idénticas²⁰⁰. Si lo único que importa es la experiencia, no habría ni una sola diferencia entre ambas: Molly y Polly experimentan exactamente igual su primer concierto como el momento en el que finalizan exitosamente sus estudios. No obstante, dicha óptica tropieza con un importante óbice: termina por equiparar el placer con lo que algunos filósofos llaman «falso placer». Aun cuando Polly experimente exactamente lo mismo que Molly, las experiencias de Molly se corresponderían con la realidad, mientras que las de Polly no, y este es un aspecto que al hedonismo, tanto el cuantitativo como el cualitativo, se le escapa²⁰¹. Tal como explica KAGAN, no es comparable que un empresario reciba muestras de respeto por sus colegas y de cariño por sus hijos porque realmente es admirado y querido a que las reciba cuando sus colegas lo desprecian y sus hijos solo actúan así con el fin de sacarle dinero, por mucho que en ambos casos la persona experimente las mismas dosis de placer²⁰².

Hasta el momento, fijémonos que la lógica a la que se ha atendido principalmente ha sido la del placer por ser éste el punto de partida que las teorías del bienestar suelen adoptar. Ocurre, sin embargo, que el fenómeno delictivo produce, en términos generales, dolor a la víctima, por lo que, en rigor, no es en el placer donde deberíamos focalizarnos sino en el dolor. KAGAN explica que el hedonismo no se limita a expresar que la vida de una persona va a peor por la mera ausencia de placer, que es lo que el autor citado bautiza como «mal en sentido débil». También el dolor, al que este autor califica como un «mal en sentido fuerte», contribuye directamente a

máquina de las experiencias sin ofrecer ulterior información sobre cómo es la vida real. Un 54 % respondió que sí y el otro 46 % que no. Este dato, sin embargo, no creo que ofrezca base para concluir que nos importa estar en contacto con la realidad. El encuestado desconoce cómo es la vida real, si mejor, peor o igual que la simulada, con lo cual, habrá quienes se desconectarán de la máquina simplemente por probar suerte o bien por mera curiosidad, mientras que otros preferirán no arriesgarse. Esto último pareciese reflejarse aún mejor con la segunda variante del escenario neutro que introduce DE BRIGARD en la que se añade que la vida real no tiene nada que ver con la simulada si bien no se precisa si para mejor o para peor, de forma que la opción de la similitud o exactitud cualitativa quedaría descartada. Un 41 % de los encuestados se posicionó a favor de la desconexión frente a un 59 % que se posicionó en contra. Con tal de explorar si nos importa algo más que la experiencia, evitando condicionar al encuestado con comparaciones de índole cualitativo, debería haberse preguntado si la persona se desconectaría de la máquina de las experiencias a sabiendas de que la vida real es idéntica a la simulada.

¹⁹⁸ CRISP, *Reasons and the Good*, 2006, pp. 117-119.

¹⁹⁹ HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 361-362.

²⁰⁰ HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 362. Comenta GREGORY, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, p. 120 que el hedonismo debe responder que una vida fantástica simulada por la máquina de las experiencias es tan buena como una vida fantástica real.

²⁰¹ En el hedonismo prudencial se distingue el hedonismo cuantitativo del hedonismo cualitativo. El primero mide el bienestar en función de la cantidad e intensidad del placer sentido, mientras que el segundo hace lo propio con arreglo a la calidad de ese placer. Un hedonista cuantitativo se vería obligado a concluir que el bienestar de Molly y Polly coincide precisamente porque la cantidad e intensidad del placer de ambas son idénticas. Lo mismo cabe decir del hedonista cualitativo, puesto que la falsedad de los placeres sentidos es algo de lo que Polly nunca se da cuenta. Al respecto, sobre el hedonismo cuantitativo y cualitativo así como el problema de los falsos placeres con el que tropiezan ambos, *vid.* WEIJERS, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, pp. 15-17.

²⁰² KAGAN, *Normative Ethics*, 1998, pp. 34-35.

empeorar el bienestar del agente. Es por ello que este autor cree que habría que prestarle más atención a lo que él denomina una «teoría del malestar»²⁰³.

Pues bien, según creo, el planteamiento que aquí suscribo, basado en la idea de que la experiencia no es lo único que importa en la medición del bienestar, tanto alcanzaría al placer, en lo que toca a su mejora, como al dolor, respecto a su empeoramiento. El caso sugerido por NAGEL²⁰⁴ da buena cuenta de ello. Supongamos que una persona sufre un daño cerebral que rebaja su inteligencia a la de un niño. Él seguiría siendo un adulto a nivel biológico pero su edad mental equivaldría a la de un infante. Este individuo no se da cuenta de nada de lo sucedido y es atendido por sus familiares y recibe, gracias a ellos, los cuidados necesarios. Aun cuando viva feliz en la condición en la que se encuentra ahora, opina NAGEL que este suceso continuaría siendo trágico a la vista de la persona que fue y que podría haber sido. El protagonista del ejemplo, después de todo, pierde una serie de capacidades que habitualmente nos importan (empezando por la más obvia: ser autosuficiente). Este ejemplo me parece que es útil para reflexionar sobre lo siguiente: hay eventos negativos que, pese a que no seamos conscientes de que han ocurrido, perjudican nuestro bienestar. Es decir, cabe la posibilidad de que alguien no tenga la más remota idea de lo sucedido, no sufra y, a pesar de ello, quepa seguir calificando el acontecimiento como desafortunado porque la persona ha sido privada de algo que solemos valorar positivamente. Otro ejemplo quizás ayude a entender mejor lo que pretende transmitirse. Imaginemos que la pareja de alguien le es infiel con otro y éste nunca llega a enterarse. Un hedonista debería concluir que el bienestar de la persona del ejemplo sugerido no ha ido a peor porque no ha llegado a su conocimiento esa infidelidad y, por tanto, no ha experimentado el dolor de la traición. Contra esta forma de ver las cosas, y desde la óptica con la que aquí se simpatiza, expresa HARE, con lenguaje de la época, que «preferimos vivir en un mundo en el que nuestras esposas no son infieles, aun cuando nunca descubramos su adulterio y pese a que nunca el adulterio tenga algún efecto en nuestra experiencia subjetiva»²⁰⁵.

3.3. En los «casos puros» también se empeora el bienestar individual aunque no en la misma medida que cuando la víctima sufre

A la luz de las ideas previamente defendidas, y en contra de los postulados del hedonismo prudencial, discrepo con que el placer y el dolor sean lo único relevante en la medición del bienestar personal, no tratándose de condiciones necesarias y suficientes a tales fines, hasta el punto que siempre haga falta experimentar subjetivamente un suceso para poder expresar que el bienestar de alguien se ha visto alterado, sea a mejor o a peor. Significa esto que el bienestar de alguien, de acuerdo con la concepción acogida en este trabajo, cabrá perjudicarlo afectando otros elementos que también quepa estimar relevantes (p. ej., la libertad sexual: se cause o no dolor). Consiguientemente, en los «casos puros» el bienestar individual de la víctima concreta sí que saldría mal parado²⁰⁶.

²⁰³ KAGAN, «An Introduction to Ill-Being», *Oxford Studies in Normative Ethics*, (4), 2014, pp. 261 ss.

²⁰⁴ NAGEL, «Death», *Nous*, (4-1), 1970, p. 77.

²⁰⁵ HARE, *Essays on Philosophical Method*, 1971, p. 131.

²⁰⁶ De otra opinión, GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2000, pp. 4-5, 7, para quienes solamente la experiencia de la violación que desemboca en un trauma y una sesión de inseguridad y pérdida de confianza empeoraría la vida de alguien y, por consiguiente, constituiría un daño. En cambio, si la víctima no se «siente violada», su vida seguiría, a su parecer, exactamente como antes.

Ahora bien, reconozco que en los «casos puros» el bienestar individual no será empeorado igual que cuando, además de perjudicarse un interés que estimamos relevante (p. ej., la libertad ambulatoria), la víctima sufre por lo sucedido, en el sentido amplio del término. El dolor, tanto físico como mental, es malo y lo es por cuán desagradable resulta para la persona experimentarlo²⁰⁷. Es por ello que tendemos a evitarlo y preferimos p. ej., que se nos aplique anestesia al momento de someternos a una intervención quirúrgica. No nos puede resultar indiferente que en unos casos la víctima experimente dolor y, en cambio, en otros no en virtud de las específicas circunstancias en las que se desarrollan los hechos. Estaríamos equiparando situaciones que sería desacertado equiparar. Como justificamos, el dolor no condiciona que se merme el bienestar individual. No obstante, su concurrencia sí comporta una peor injerencia en éste. Por tanto, la víctima que sufre ve empeorado en mayor medida su bienestar individual que aquella que no.

En resumidas cuentas, la experiencia subjetiva importa, de modo que resulta relevante si la víctima experimenta o no dolor, pero no es lo único que importa, razón por la cual, seguiría produciéndose un empeoramiento de su bienestar individual aun cuando no sufra por desconocer lo que ha sucedido, justo como ocurre en los «casos puros»²⁰⁸.

4. Conclusiones

La presente contribución ha tenido como objetivo analizar los llamados «casos puros» que son supuestos que bien podrían ser considerados excepcionales por contar con la peculiaridad de que la víctima ignora que un tercero ha atentado contra sus intereses.

Con tales fines, exploramos los elementos integrantes de la noción de daño penal. Distinguimos entre el daño social y el daño personal y, en relación con este último, nos planteamos si acaso es labor del Derecho penal prevenir que se cause a otros malestar emocional. A este respecto, centramos nuestros esfuerzos en explorar aquellas circunstancias en las que a la víctima se le provoca malestar emocional por la comisión de un delito cuya prohibición responde a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico en liza. En este orden de cosas, pusimos de relieve la importancia de los daños psíquicos que la victimización suele acarrear y que comprometen la salud mental del individuo. Según explicamos, la nota característica de los «casos puros» es que en ellos faltan siquiera aquellos daños psíquicos habitualmente causados por el comportamiento delictivo principal, básicamente porque la víctima ignora que ha sido victimizada por otro. Ello justificaría imponer una pena inferior a la que correspondería en otras circunstancias, pero, en ningún caso, estimar que lo hecho por el autor merece quedar impune. A fin de cuentas, en tales situaciones, seguiría produciéndose un atentado contra un interés digno de amparo jurídico-penal (la libertad sexual, la libertad ambulatoria, la intimidad, etc.).

Acto seguido, nos preguntamos qué significa que alguien soporte un daño penalmente relevante. Entendimos que, por lo general, el delito empeora la vida de la víctima concreta y, con la mirada puesta en los «casos puros», nos asaltó la duda de si acaso es dable que se produzcan empeoramientos del bienestar no-experienciales. Es decir, si cabe que el bienestar de una persona vaya a peor a raíz de un determinado evento sin que lo experimente

²⁰⁷ Vid. KAHANE, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 210, 213-215.

²⁰⁸ Como apunta HAWKINS, en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, 2016, pp. 361-365 es posible rechazar el experiencialismo y, a la vez, asignar un rol importante a la experiencia.

subjetivamente. A esta pregunta se respondió afirmativamente, en oposición a los postulados del hedonismo prudencial, toda vez que el placer y el dolor no serían los únicos factores relevantes en la medición del bienestar individual. Aun así, reconocimos que la merma del bienestar individual no será idéntica en los «casos puros» que en aquellos otros supuestos en los que la víctima sufre en el sentido amplio del término.

5. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, «Artículo 194 bis», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1305-1306.

AGUSTINA/PANYELLA-CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 526-581.

ALONSO ÁLAMO, «Sentimientos y Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (106), 2012, pp. 35-96.

AMBOS, «Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la “función global” del derecho penal internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 2013, pp. 343-378.

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt, 1972.

AMOR/ECHEBURÚA/CARRASCO, «Daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Implicaciones psicológicas y jurídicas», *Actualidad penal*, (28), 2016, pp. 41-74.

ALCÁCER GUIRAO, «Símbolos y ofensas: crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (21), 2019, pp. 1-38.

———, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

BARRY/ØVERLAND, «Individual responsibility for carbon emissions. Is there anything wrong with overdetermining harm?», en MOSS (ed.), *Climate Change and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 165-183.

BELLIOTTI, *Posthumous harm. Why the dead are still vulnerable*, Lexington Books, New York, 2013.

BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BIRNBAUM, «Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, (15), 1834, pp. 149-194.

BLOY, «Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität», en ARNOLD/BURKHARDT/GROPP (dirs.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum. 70 Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, pp. 233-255.

BOGART, «Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (8-1), 1995, pp. 159-183.

BUBLITZ, «Der (straf-)rechtliche Schutz der Psyche. Vom Körperverletzungstatbestand zum Grundrecht auf mentale Selbstbestimmung», *Rechtswissenschaft*, (2-1), 2011, pp. 28-69.

CAHILL, *Rethinking Rape*, Cornell University Press, Cornell, 2001.

CARO CABRERA/NAVARRO ARDOY, «La medición del miedo al delito a través de los barómetros del CIS», *Revista Española de Investigación Sociológica*, (157), 2017, pp. 23-44.

CARPIO BRIZ, «Más que tela: ¿por qué hacer jirones del delito de ultrajes», en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARDENAL MONTRAVETA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan Josep Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 735-745.

CASADO ANDRÉS, «El concepto de daño moral. Estudios doctrinales», *Revista de Derecho UNED*, (18), 2016, pp. 399-424.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «Decomisar sin castigar», *InDret*, (1), 2019, pp. 1-67.

COBAS COBIELLA, «El daño», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 260-320.

COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret*, (3), 2021, pp. 69-99.

CRISP, «Well-being», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, pp. 1-16.

———, *Reasons and the Good*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

DE BRIGARD, «If you like it, does it matter if it's real?», *Philosophical Psychology*, (23-1), 2010, pp. 43-57.

DE VILLIERS-BOTHA, «Harm: The counterfactual comparative account, the omission and pre-emption problems, and well-being», *South African Journal of Philosophy*, (37-1), 2018, p. 1-17.

DESVIAT, «Evolución histórica de la atención de la salud mental: hitos esenciales en la construcción del discurso de la salud mental comunitaria», *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, (75), 2020, pp. 81-86.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Aproximación a los límites de la libertad de expresión desde la teoría de la antijuridicidad penal. Los delitos “de odio” y los ultrajes a España», en QUERALT JIMÉNEZ/CARDENAL MONTRAVETA (dirs.), *Derecho Penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 37-56.

DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

DOYLE, «Privacy and Perfect Voyeurism», *Ethics and Information Technology*, (11), 2009, pp. 181-189.

DRANE/NEAL, «On Moral Justifications for the Tort/Crime Distinction», *California Law Review*, (68-2), 1980, pp. 398-421.

DUFF, «Criminal Responsibility and the Emotions: If Fear and Anger Can Exculpate, Why Not Compassion?», *Inquiry*, (58-2), 2015, pp. 189-220.

———, «Harms and Wrongs», *Buffalo Criminal Law Review*, (5-1), 2001, pp. 13-45.

EDMONDS, *Would you kill the fat man?*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

EISENBERG, «Criminal Infliction of Emotional Distress», *Michigan Law Review*, (113-5), 2015, pp. 607-662.

ESER, «The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests», *Duquesne Law Review*, (4-3), 1965, pp. 345-417.

ESPINO GRANADO, «Presente y futuro de la atención psiquiátrica en España: veinte años después del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica», en ESPINO GRANADO (coord.), *La atención de la salud mental en España. Estrategias y compromiso social*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2005, pp. 26-52.

FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico», *InDret*, (2), 2008, pp. 1-16.

———, *Derecho penal de empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

FEINBERG, *Offense to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986.

———, *Harm to Others: The Moral Limits of Criminal Law*, v. 1, Oxford University Press, Oxford, 1984.

FELDMAN, *Pleasure and the Good of Life*, Oxford University Press, New York, 2004.

FERNÁNDEZ ALLE, «Concepto y principio de daño», *Latin American Legal Studies*, (7), 2020, pp. 83-110.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen, 1832.

FIELD *et al.*, «Drug-facilitated sexual assault, impaired trauma memory, and implications for mental health treatment», *European Journal of Psychotraumatology*, (13-1), 2022, pp. 1-16.

FITZGERALD/RILEY, «Drug-Facilitated Rape: Looking for the Missing Pieces», *National Institute of Justice Journal*, (abril), 2000, pp. 9-15.

FLETCHER, «Objective list theories», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 148-160.

FLETCHER, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, (51-3), 1999, pp. 51-63.

GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1995.

GARCÍA ARROYO, «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, (24-12), 2022, pp. 1-45.

GARCÍA MORENO, «Whistleblowing y canales institucionales de denuncia», en NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 206-230.

GARDNER, *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GARDNER/SHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 193-217.

GÓMEZ LIGÜERRE, «Concepto de daño moral», en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2017, pp. 29-72.

GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, Palestra, Perú, 2020.

GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GRAU, «Bad Dreams, Evil Demons, and the Experience Machine: Philosophy and the Matrix», en GRAU (ed.), *Philosophers Explore the Matrix*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 10-23.

GREEN, «La antijuridicidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 123-136.

———, «To See and Be Seen: Reconstructing the Law of Voyeurism and Exhibitionism», *American Criminal Law Review*, (55), 2018, pp. 203-258.

GREEN, «Some Aspects of Human Suffering and the Criminal Law», en MALPAS/LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Suffering*, Springer, London, 2012, pp. 207-211.

GREEN/PEMBERTON, «The impact of crime: victimisation, harm and resilience», en WALKLATE (ed.), *Handbook of Victims and Victimology*, 2ª ed., Routledge, New York, 2018, pp. 77-101.

GREGORY, «Hedonism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 113-123.

GREIF, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen. Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2023.

HARCOURT, «The Collapse of the Harm Principle», *Journal of Criminal Law and Criminology*, (90-1), 1999, pp. 109-194.

HARE, *Essays on Philosophical Method*, University of California Press, California, 1971.

HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en SCHOLLER/PHILLIPS (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum. 65. Geburtstag Festschrift*, C.F. Müller, Heidelberg, 1989, pp. 85-94.

HAWKINS, «The experience machine and the experience requirement», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 355-365.

HEATHWOOD, «Desire-fulfillment theory», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 135-147.

- HOLTUNG, «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice*, (5), 2002, pp. 357-389.
- HÖRNLE, «Theories of Criminalization», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 680-701.
- , «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *Juristen Zeitung*, (19), 2006, pp. 950-958.
- , «Distribution of Punishment: The Role of Victim's Perspective», *Buffalo Criminal Law Review*, (3-1), 1999, pp. 175-209.
- , *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.
- HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o como “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, pp. 1-30.
- HUSAK, «Gardner on the Philosophy of Criminal Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (29-1), 2009, pp. 169-187.
- JAKOBS, «¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental del Derecho Penal», *Cuadernos de política criminal*, (100), 2010, pp. 277-294.
- , *La pena estatal: significado y finalidad*, Civitas, Madrid, 2006.
- , *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1997.
- KAGAN, «An Introduction to Ill-Being», *Oxford Studies in Normative Ethics*, (4), 2014, pp. 261-288.
- , *Normative Ethics*, Dimensions of Philosophy Series, Colorado, 1998.
- KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 269-374.
- KAHANE, «Pain, experience, and well-being», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 209-220.
- KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2008 (1785).
- KARGL, «Zur Strafbarkeit staatlich gelenkter Angriffe auf die Psyche. Probleme des strafrechtlichen Gefühlsschutzes», *Neue Justiz*, (3), 2017, pp. 94-101.
- KARMEN, *Crime Victims. An Introduction to Victimology*, 9ª ed., Cengage, Boston, 2016.
- KARSTEDT, «Emotions and criminal justice», *Theoretical Criminology*, (6-3), 2002, pp. 299-317.
- KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008, pp. 1-35.
- KIRCHER, «The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm», *Marquette Law Review*, (90-4), 2007, pp. 789-920.
- KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

- KOLBER, «The Experiential Future of Law», *Emory Law Journal*, (60-3), 2010, pp. 585-652.
- , «The Subjective Experience of Punishment», *Columbia Law Review*, (109-1), 2009, pp. 182-236.
- LACEY, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51-62.
- , «Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve», *Almacén de Derecho*, 2022, pp. 1-7.
- , *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021.
- , «Bien jurídico y objeto protegible», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (60), 2007, pp. 119-163.
- LIN, «Monism and Pluralism», en FLETCHER (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 331-341.
- LUZÓN PEÑA, «El Derecho Penal: entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 685-700.
- MACKENZIE, «Experientalist Theories of Well-Being», *Qualia Institute Research*, 2021, pp. 1-6.
- MAÑALICH, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius Et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21-70.
- MARX/FORSYTH/GALLUP/FUSÉ/LEXINGTON, «Tonic immobility as an evolved predator defense: Implications for sexual assault survivors», *Clinical Psychology: Science and Practice*, (15-1), 2008, pp. 74-90.
- MASIP DE LA ROSA, *La alevosía. Su fundamento y análisis desde los fines de la pena*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016.
- MATUS, «Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (58), 2005, pp. 463-493.
- McFARLANE, «The long-term costs of traumatic stress: intertwined physical and psychological consequences», *World Psychiatry*, (9-1), 2010, pp. 3-10.
- MILL, *On Liberty*, Bantam Classic, New York, 1993 (1859).
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 22», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131-142.

MIRÓ LLINARES, «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17-23), 2015, pp. 1-65.

MONTES RODRÍGUEZ, «Derecho de daños y responsabilidad civil extracontractual. Consideraciones terminológicas, concepto y funciones. Evolución histórica, tendencias actuales y fuentes», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (coords.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 15-51.

MOORE, «Hedonism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013, pp. 1-17.

MORILLAS FERNÁNDEZ/PATRÓ HERNÁNDEZ/AGUILAR CÁRCELES, *Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2011.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NAGEL, «Death», *Nous*, (4-1), 1970, pp. 73-80.

NATHAN, «Just Looking: Voyeurism and the Grounds of Privacy», *Public Affairs Quarterly*, (4-4), 1990, pp. 365-386.

NIETO MARTÍNEZ/LÓPEZ CÁCERES, «Abordaje integral de la clínica del trauma complejo», *Clínica Contemporánea*, (7-2), 2016, pp. 87-104.

NISCO, «Psychische Integrität als strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut Systematische und rechtsvergleichende Anmerkungen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, (1), 2021, pp. 1-10.

NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 2013 (1974).

PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

PEREDA BELTRÁN/TAMARIT SUMALLA, *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, Barcelona, 2013.

PÉREZ DE LA RIVA VILCHES, *Las lesiones psíquicas*, tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2019.

PERSAK, «Pathways to the criminalisation of emotional distress: An offence- and harm-based typology», *International Journal of Law, Crime and Justice*, (63), 2020, pp. 1-13.

PIQUERAS RODRÍGUEZ *et al.*, «Emociones negativas y su impacto en la salud mental y física», *Suma Psicológica*, (16-2), 2009, pp. 85-112.

PINEDA, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, Cátedra, Madrid, 2012.

POSADA PÉREZ, «Los efectos de la declaración de impacto de la víctima: propuesta de debate acerca de su incorporación al ordenamiento jurídico español», en POZUELO PÉREZ/RODRÍGUEZ HORCAJO (dirs.), *El papel de la víctima en el Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2021, pp. 179-185.

RABINOWICZ/RONNOW-RASMUSSEN, «Value Taxonomy», en BROSC/SANDER, (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 23-42.

RADER, «Fear of Crime», *Oxford Research Encyclopedias. Criminology and Justice*, 2017, pp. 1-19.

RAGUÉS I VALLÈS, «La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas», *InDret*, (3), 2015, pp. 1-34.

RAMÓN RIBAS, «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual: identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada», en VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 189-239.

RAMÓN RIBAS/FARALDO CABANA, «Solo sí es sí. Pero de verdad. Una réplica a Gimbernat», *Estudios Penales y Criminológicos*, (40), 2020, pp. 21-42.

RAZ, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en MENDUS (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and historical perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 155-179.

RENZIKOWSKI, «Dimensionen der Straftat: Täter-Opfer-Gesellschaft», en KOHTE/ABSENGER (coords.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 210-222.

RIPSTEIN, «Beyond the Harm Principle», *Philosophy & Public Affairs*, (34-3), 2006, pp. 216-246.

ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODOGNO, «Prudential value or well-being», en BROSC/SANDER (eds.), *Handbook of Value. Perspectives from Economics, Neuroscience, Philosophy, Psychology and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 287-312.

RONNOW-RASMUSSEN, «Intrinsic and Extrinsic Value», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Oxford Handbook of Value Theory*, University Press, Oxford, 2016, pp. 29-43.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, C.H. Beck, München, 2020.

SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SAMUELSON/ZECKHAUSER, «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, (1-1), 1988, pp. 7 -59.

SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, «El concepto de violencia y el problema de la sumisión química en los delitos sexuales (a propósito de la discusión en España)», *Revista Electrónica de Estudios Penales y Seguridad*, (5 especial), 2019, pp. 1-26.

SARCH, «Well-being and the law», en HIROSE/OLSON (eds.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Well-Being*, Routledge, New York, 2016, pp. 479-491.

SCOTT *et al.*, «Post-traumatic stress disorder associated with sexual assault among women in the WHO World Mental Health Surveys», *Psychological Medicine*, (48-1), 2018, pp. 1-13.

SEELMANN, «Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal», en SEELMANN, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 191-207.

SILVA SÁNCHEZ, «Restablecimiento del derecho y superación del conflicto interpersonal del delito», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, (47-127), 2017, pp. 495-510.

———, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2017, pp. 1-15.

———, «Prólogo», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, B de F, Buenos Aires, 2011, pp. XIII ss.

———, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2010.

———, «Delito y daño: una puntualización», *InDret*, (3), 2008, pp. 1-3.

SØBIRK PETERSEN, «Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle», *Res Publica*, (20), 2014, pp. 199-214.

SPENA, «Harmless Rapes? A False Problem or the Harm Principle», *Diritto & Questione Pubbliche*, (10), 2010, pp. 497-524.

STEINBERG, *Strafe für das Versetzen in Todesangst. Psychische Gesundheit als strafrechtliches Rechtsgut*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

STRATENWERTH, «Zum Begriff des Rechtsgutes», en ESER (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1998, pp. 377-391.

STRENG, «Verfahrensabsprachen und Strafzumessung. Zugleich ein empirischer Beitrag zur Strafzumessung bei Delikten gegen die Person», en FELTER/PFEIFFER/STEINHILPER (dirs.), *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Prof. Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 447-467.

TOMASINI, *Remembering and Disremembering the Dead*, Palgrave, London, 2017.

TRUCCONE, «Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal», *Política Criminal*, (12-24), 2017, pp. 1184-1210.

———, «Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto del daño», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), 2015, pp. 473-500.

UCÍN, «¿Jueces sensibles? Una introducción al análisis del rol de las emociones en la decisión judicial», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 2022, pp. 191-219.

VALIENTE IVÁÑEZ, «El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del derecho penal: Una primera aproximación al problema», en MIRÓ LLINARES/FUENTES OSORIO (dirs.), *El Derecho penal ante lo "empírico": Sobre el acercamiento del Derecho Penal y la Política Criminal a la realidad*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 147-170.

VAN DER DEIJL, «The sentience argument for experimentalism about welfare», *Philosophical Studies*, (178), 2021, pp. 187-208.

VARONA MARTÍNEZ/DE LA CUESTA ARZAMENDI/MAYORDOMO RODRIGO/PÉREZ MACHÍO, *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención*, Universidad del País Vasco, 2017.

VON HIRSCH, «El concepto de bien jurídico y el principio del daño», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-52.

VON HIRSCH/JAREBORG, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies*, (11-1), 1991, pp. 1-38.

WEIJERS, «Hedonism», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011, pp. 1-21.

WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos, efectos o consecuencias*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.

ZEHR, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, Good Books, Argentina, 2010.