

3.2024

**InDret**

## ***Revista Crítica de Jurisprudencia Penal***

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès\*

¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos? Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre, por Carolina VILLACAMPA ESTIARTE.

Atenuante de dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito: ¿Una relación de vasos comunicantes? Comentario a la STC 48/2024, de 8 de abril, por Víctor GÓMEZ MARTÍN.

¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo? Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

Imprudencia o dolo eventual: el caso de un disparo injustificado entre policías. Comentario a la sentencia Rol N° 250.819-2023 dictada 22 de febrero de 2024 por la Corte Suprema de Chile, por Rodrigo ÁLVAREZ QUEVEDO.

-

---

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

## ¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos?

### *Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre*

Carolina Villacampa Estiarte\*  
Universitat de Lleida  
carolina.villacampa@udl.cat

#### **1. El caso de autos: supuesto de hecho y pronunciamiento del Tribunal Supremo**

La respuesta al interrogante que encabeza este comentario de sentencia debe ser desgraciadamente negativa a la luz de la resolución que lo motiva, como se tratará de exponer en las páginas que siguen. Si bien un anterior y no lejano pronunciamiento del Tribunal Supremo (TS) podría haber conducido a pensar que reconocía la vigencia del referido principio a través de la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis 11. CP, que considera exentas de pena a las víctimas de trata por las infracciones penales que se hayan visto obligadas a cometer por los tratantes, la sentencia aquí comentada conduce a una conclusión distinta. En efecto, la sentencia del TS (STS) 59/2023 de 6 de febrero<sup>1</sup>, casando la resolución condenatoria dictada por la correspondiente Audiencia Provincial (AP), absuelve de la condena como cómplice de los delitos de falsedad documental y estafa continuados a una mujer obligada por su reclutador, también condenado en la sentencia de instancia como autor de dichos delitos, a cometer un delito continuado de estafa portando pasaporte falso facilitado por él en aplicación del art. 177 bis. 11 CP. Considera probado el pronunciamiento la situación de trata vivida por la recurrente con base en una previa denuncia interpuesta por ella ante la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería, que había dado lugar a la apertura de Diligencias Previa por dicho delito, así como en una resolución de la correspondiente Delegación del Gobierno informándola de que podía solicitar el reconocimiento de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, a lo que suma la declaración testifical de un agente de la policía y el informe realizado por una trabajadora social de una ONG que corroboran tal situación. Aduce en este caso el TS que concurren los requisitos aplicativos del art. 177 bis 11. CP, que traslada limitadamente al ordenamiento español los requerimientos internacionales relativos al principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, asumiendo supuestamente una aproximación victimocéntrica, o desde la perspectiva de los derechos humanos, para abordar la trata cuando en el fundamento jurídico sexto de la resolución indica que «el objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores».

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación HONGEN (PID2022-136879NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>1</sup> STS 59/2023, Penal, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375).

Precisamente a esta resolución y a su contenido, en aras a mostrar el respeto a la vigencia de este principio por parte del Tribunal, se apela en la sentencia aquí comentada, cuyo fundamento jurídico cuarto resume la posición que dicho órgano jurisdiccional sostiene sobre el principio de no punición y su plasmación en el art. 177 bis. 11 CP. Indica «en resumen, de tal doctrina resaltamos que el objetivo referido de la excusa absolutoria no es otro que sustraer a las víctimas de trata de seres humanos de la explotación que sufren, con el propósito de evitarles mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores».

Sin perjuicio de que la voluntad de impulsar a las víctimas a colaborar con la administración de justicia que el TS atribuye a la cláusula del art. 177 bis. 11 CP ni se deduce del tenor de este precepto ni se compadece bien con la aproximación victimocéntrica a la trata de seres humanos y la aceptación del principio de no punición de las víctimas como una de sus manifestaciones, la asunción de dicho principio proclamada por esta resolución es más teórica que real. El supuesto de autos que nos ocupa condujo al dictado de una sentencia absolutoria por parte de la AP de Barcelona, sección 3ª (sentencia 183/2020, de 22 de junio de 2020)<sup>2</sup>, confirmada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) en sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021<sup>3</sup>, en resolución del correspondiente recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, que después recurrió en casación dicha resolución, aduciendo como único motivo la infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 177 bis. 11 CP<sup>4</sup>. La aducida infracción de Ley ha sido confirmada por el TS en la resolución aquí comentada (STS 960/2023, Penal, de 21 de diciembre, [ECLI:ES:TS:2023:6008]), que admite, aun con el voto particular del Magistrado Javier Hernández García, el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. En consecuencia, dicta segunda sentencia mediante la que se ordena la devolución de la causa al Tribunal Superior de Justicia y, por este, a la AP de procedencia, para que se analicen por el órgano jurisdiccional el resto de las alegaciones propuestas por la defensa, que se especifican en la sentencia de primer grado jurisdiccional, habida cuenta de que, a juicio del TS, no procedía aplicar en este caso la excusa absolutoria del art. 177 bis.11 CP.

Según la declaración de hechos probados, que ha permanecido sin modificar durante el *iter* judicial de la causa, al pivotar la discusión sobre aspectos normativos –léase, la aplicabilidad de lo dispuesto en el art. 177 bis.11 CP– que no fácticos, la acusada, Natividad, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, que estuvo provisionalmente privada de libertad por esta causa desde el día 13 de agosto de 2019 hasta la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, el día 11 de agosto de 2019 llegó al aeropuerto de Barcelona en un vuelo procedente de Lima (Perú), portando en el interior de su cuerpo 25 preservativos que contenían un peso neto total de 474,80 gramos de cocaína con riqueza base del 80,10% destinada al tráfico, además de un teléfono móvil y 250 euros en efectivo. Tal sustancia –que habría alcanzado un valor aproximado de 44.282,56 € vendida al por menor en el mercado ilícito– le fue interceptada tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria a un control radiológico abdominal que se practicó en las propias dependencias del aeropuerto una vez se la hubo informado de sus derechos. Respecto de la situación vital que condujo a la acusada a realizar esta conducta, el apartado segundo de la relación de hechos probados indica textualmente «la acusada fue captada por organización

---

<sup>2</sup> SAP Barcelona, Sección 3ª, de 22 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2023:375).

<sup>3</sup> STSJ Cataluña, Sala Penal, de 2 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:7584).

<sup>4</sup> Una completa valoración del contenido de ambas resoluciones y del recurso interpuesto contra las mismas puede verse en MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo: un análisis del principio de no punición al hilo de recientes decisiones judiciales», *Jueces para la democracia*, (104), 2022, pp. 99-112.

delictiva dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad, en el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó a insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las bolas en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada a su destino la estaría esperando una persona».

La fundamentación jurídica de la resolución objeto de comentario sostiene, en efecto, la concurrencia de infracción de ley al haberse absuelto a la acusada con base en lo dispuesto en el art. 177 bis. 11 CP. En virtud de dicho precepto «sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado». Fundamenta su resolución el TS en diversos argumentos –enumera hasta cinco–, muy parcamente desarrollados en el fundamento jurídico quinto de la resolución, todos ellos contestados por el firmante del voto particular, que bien pueden reconducirse a los tres siguientes:

- El primero se refiere a que la causa judicial que soporta las presentes actuaciones, esto es, aquella en la que se ha enjuiciado el caso en el que se pretende la aplicación de la referida excusa absolutoria, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por un delito contra la salud pública, consistente en el transporte por parte de la acusada de una determinada cantidad de droga alojada en el interior de su organismo. Sostiene la resolución que los hechos declarados probados no describen los elementos del delito de trata «sino una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de tal finalidad, que no era otra que la comisión de un delito contra la salud pública». Parte el Tribunal de la consideración de que «es la sujeción a la organización la esencia y el núcleo del delito de trata, no la aportación de un acto aislado, como ocurre en este caso, siendo así que la excusa absolutoria no puede interpretarse sino en dicho marco de sujeción y, al menos, cierta permanencia». Atendiendo, pues, a que no se identifica en autos una organización delictiva que orquestase el proceso ni se objetiva permanencia en la explotación, el TS concluye que «en nuestro caso no detectamos propia captación con vocación de sumisión para sucesivos transportes, o para su explotación personal, sino que identificamos un acto ocasional, referido al expresado transporte de droga, mediante precio, aceptado por la acusada...» que, en puridad, no difiere de la dinámica de tantos otros supuestos de transporte de droga en el interior del cuerpo «por parte de personas muy económicamente desfavorecidas que se ven compelidas a causa de tal situación a aceptar tal encargo» vistos por la Sala. Insiste el Tribunal en que el caso de autos no puede considerarse un caso de trata de seres humanos porque «el acto es uno, y no puede descomponerse en las distintas fases de la trata que están pensadas para una situación de explotación sucesiva, y no para un acto de consorcialidad delictual absolutamente aislado y puntual», así como porque «trata y comportamiento penal aislado son dos comportamientos incompatibles; la trata siempre supone un acto dinámico».

- El segundo argumento alude a que, al no hallarnos frente a un caso de trata de seres humanos, debería haberse recurrido a analizar la eventual concurrencia en el caso del cuadro de causas generales excluyentes de la responsabilidad criminal, apuntando el TS a la posibilidad de examinar la aplicabilidad de causas eximentes basadas en la exclusión de la culpabilidad o incluso del propio estado de necesidad. Tanto es así que la resolución concluye con que nos hallamos ante un acto de participación delictiva, en el que la eventual exoneración de responsabilidad criminal debería haberse analizado conforme a la «eximente de estado de necesidad, propuesta por la defensa, y que el Tribunal sentenciador no analizó ante la estimación de tal resorte de exoneración [*en referencia al art. 177 bis.11 CP*] de la responsabilidad criminal». Refuerza este argumento la resolución afirmando que operar tal como lo ha hecho la sentencia de instancia, aplicando la excusa absolutoria específica del art. 177 bis 11. CP a un caso que no es de trata de seres humanos, supone recurrir a «una especie de recurso analógico exonerativo que ni se corresponde con la situación analizada por la sentencia recurrida, que lo es un acto esporádico, ni por el marco del delito enjuiciado, que lo es contra la salud pública, ni se apoya en mecanismo jurídico alguno que permita su expansión analógica». A esto añade que tal proceder conduciría a que «sobraría el estado de necesidad, pues la aplicación del art. 177 bis. 11 del Código Penal, sería tan expansiva que dejaría de estar limitada al marco para el cual fue diseñado, desplazando, sin razón aparente, otros instrumentos legales».
- Finalmente, no se sustrae el TS a recoger en la fundamentación jurídica el argumento práctico que pone en boca del Ministerio Fiscal, pero que parece orientar el entero pronunciamiento comentado, que no es otro que el riesgo de expansión del recurso a este tipo de portadores de droga ante la impunidad de los narcotraficantes que podría derivarse de la exoneración de responsabilidad criminal a las mulas. En palabras del propio Tribunal «bastaría con reclutar personas intensamente necesitadas en el lugar de origen del viaje, lo cual resulta una constante contrastable, o bien contratar a indigentes, para tener asegurada la impunidad. En este caso dice el Ministerio Fiscal, y no le falta razón, el riesgo del transporte es cero, pues de ser interceptados policialmente no podría imponerse sanción alguna».

Los fundamentos en los que la mayoría de la Sala basa su pronunciamiento son discutidos por el voto particular que acompaña la resolución. El mismo, partiendo de que, efectivamente, nos hallamos frente a un supuesto de trata para criminalidad forzada<sup>5</sup> abusiva –por abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima–, lo que deduce tanto de los hechos declarados probados cuanto de los que se reflejan en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, y de que concurre explotación, concluye que debería haberse confirmado la sentencia absolutoria recurrida.

---

<sup>5</sup> Ampliamente sobre la trata de seres humanos para criminalidad forzada, la ausencia de identificación de sus víctimas y los efectos perjudiciales que eso tiene a su paso por el sistema de justicia penal español, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2012, pp. 411-494; LOS MISMOS, «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Estudios Penales y Criminológicos*, (36), 2016, pp. 711-829; VILLACAMPA ESTIARTE/FLÓREZ PINILLA, «Guerrilleras víctimas de trata de seres humanos en prisión en Colombia», *Revista de Victimología*, (3), 2016, pp. 87-119; VILLACAMPA ESTIARTE, «Trata de seres humanos para explotación criminal o criminalidad forzada y ausencia de responsabilidad de sus víctimas», en LA MISMA (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la esclavitud?*, 2022, pp. 497-541.

## 2. La excusa absolutoria del artículo 177 bis. 11 Código Penal como positivación imperfecta del principio de no punición

Antes de exponer qué posibles respuestas cabe ofrecer a los argumentos en los que se basa la STS 960/2023 para estimar la casación, conviene señalar que la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis. 11 CP, más allá de constituir una causa eximente prevista *ad hoc* en el delito de trata de seres humanos, categoría a la que parece pretender reducirla la resolución comentada, refleja la imperfecta traslación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad criminal de las víctimas de trata de seres humanos. Constituye este un principio derivado de la aproximación victimocéntrica a la trata de seres humanos en virtud del cual no debe hacerse responder a las víctimas por los delitos u otras conductas antinormativas que se han visto obligadas a cometer por los tratantes o en que puedan haber incurrido como consecuencia de dicho proceso de esclavización. De ahí que el principal objetivo de su proclamación es salvaguardar los derechos de las víctimas<sup>6</sup>, sin perjuicio de que una ulterior razón que pueda comportar su observancia, a la que parece haber prestado particular atención el TS, consista eventualmente en incentivar la denuncia del delito de trata<sup>7</sup>. Entendido en el sentido más amplio posible, dicho principio se identifica con el de ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata, comportando la prohibición de arrestar, imputar, detener, acusar, penalizar o sancionar de cualquier forma a estas víctimas por las conductas ilegales en las que han intervenido como consecuencia directa de la situación de trata vivida. Académicamente se han identificado tres sucesivos niveles de amplitud del principio según los efectos que se le atribuyen en la responsabilidad penal de aquellos a quienes beneficia: para el nivel más comprensivo, en el de la *non-criminalisation*, la responsabilidad criminal de las víctimas ni siquiera surgiría; el de *non-prosecution* comporta la posibilidad de que no se presenten cargos contra las víctimas; el de *non-punishment*, en tercer lugar, lo restringe a que en su virtud no se impongan sanciones a las víctimas. Junto a este criterio, la amplitud del principio también oscila en función de que se considere aplicable únicamente a la realización de conductas delictivas o abarque también a comportamientos antinormativos de las víctimas, además de que sea aplicable solo en aras a la exclusión de la responsabilidad penal o de la jurídica en su conjunto.

El principio de no punición ha sido reconocido en normativa internacional tanto en instrumentos *hard law* como *soft law* que nos vinculan, si bien con diversa amplitud. Mientras algunos de estos instrumentos se limitan a reconocerlo como una causa de no punición en sentido estricto, excluyendo únicamente la aplicabilidad de sanciones de naturaleza penal –art. 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 o Convenio de Varsovia–, otros lo reconocen además como causa de no procesamiento –art. 8 Directiva 2011/36/UE relativa a la Prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas y art. 4 Protocolo OIT 2014 relativo al Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930–. Finalmente, los hay que lo conceptúan en sentido todavía más amplio, identificándolo con el

<sup>6</sup> Ampliamente sobre este principio y su fundamento, OSCE, *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non punishment provision with regard to victims of trafficking*, 2013, *passim*.; PIOTROWICZ/SORRENTINO, «Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle», *Human Rights Law Review*, (16-4), 2016, pp. 669-699; SCHLOENHARDT/MARKEY-TOWLER, «Non-criminalisation of Victims of Trafficking in Persons-Principles, Promises, and Perspectives», *Groningen Journal of International Law*, (4-1), pp. 10-36; VILLACAMPA ESTIARTE, *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, 2022, pp. 497-541; LA MISMA, «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación», *Diario La Ley*, (10101), 2022, pp. 1-12. Acerca de su ausencia de reconocimiento en España, VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, *EPC*, (36), 2016, pp. 810 ss.

<sup>7</sup> UNODC, *Model Legislative Provisions Against Trafficking in Persons*, 2020.

principio de ausencia de responsabilidad antes aludido, como se hace sobre la base de distintos instrumentos normativos *soft law* de Naciones Unidas –sobre todo, *UNODC Model Law against Trafficking in Persons* de 2010, aunque también *UNODC Model Legislative provisions against Trafficking in Persons* de 2020<sup>8</sup>– y desde la OSCE<sup>9</sup>.

En segundo lugar, dichas diferencias también se observan en relación con en qué términos debe entenderse vinculada la conducta realizada por la víctima con la situación de trata vivida. No está claro si el estándar adoptado internacionalmente es el *duress-based approach* o *compulsion model*, que adoptan la Directiva 2011/36/UE y el Protocolo 2014 OIT –en virtud del cual se exige que las víctimas hayan sido forzadas, compelidas o coaccionadas a cometer conductas antinormativas o directamente delictivas– o el *causation-based approach* o *causation model*, adoptado en instrumentos *soft law* de Naciones Unidas y por la OSCE –conforme al cual basta que las víctimas hayan realizado estas conductas como consecuencia directa de la situación de trata vivida–.

En tercer término, también existían divergencias en el reconocimiento internacional acerca de si la ausencia de responsabilidad se limitaba a la penal o también a aquella en que la víctima hubiese podido incurrir por la realización de cualquier conducta ilícita. Mientras la Directiva 2011/36/UE en su primigenia versión se refería solo a la responsabilidad por la realización de actividades delictivas, el Convenio de Varsovia, el Protocolo 2014 OIT y los instrumentos *soft law* de Naciones Unidas y de la OSCE consideraban que resulta aplicable a cualquier tipo de ilícito. Sin embargo, este segundo haz de diferencias ha desaparecido tras la reciente modificación de la Directiva 2011/36/UE por obra de la Directiva (UE) 2024/1712, de 13 de junio de 2024, aprobada por el Parlamento Europeo el 23 abril 2024, que amplía la previsión del principio de no punición, incluyendo la ausencia de responsabilidad tanto por delitos como por conductas antinormativas que las víctimas se ven forzadas a cometer, por lo que ahora no hay fisuras sobre este particular en normativa internacional.

Fruto del reconocimiento internacional, distintos países incluyen cláusulas específicas exoneradoras de la responsabilidad criminal para las víctimas de trata forzadas a cometer delitos o realizar conductas antinormativas que se suman a las causas eximentes de la responsabilidad criminal genéricas previstas en todos los ordenamientos jurídicos. En Europa, ya en 2019, al menos 20 de los 42 países del Consejo de Europa habían introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos una de estas circunstancias eximentes específicas, aunque con distinta amplitud, de manera más amplia y más basculante hacia el *causation-based approach* conforme más contemporánea había sido la introducción de la cláusula específica. España no fue una excepción, introduciendo el art. 177 bis 11 CP ya en 2010, asumiendo una positivación bastante restrictiva de este principio. Una traslación interna de su reconocimiento que lo limita a operar como causa de exoneración de responsabilidad criminal –que no por conductas antinormativas– partiendo de una posición más próxima al *duress-based* que al *causation-based approach*, al requerir la concurrencia de medios –no solo coactivos– que impulsen a la comisión del delito, sin bastar que se trate de una consecuencia directa de la situación de trata vivida, además de no contemplar su operativa como causa de no procesamiento. Estas limitaciones de concepción de la eximente, junto a las dudas interpretativas que generan los concretos términos en los que está redactada, son suficientes para que desde la academia se haya reclamado la necesidad de que en

---

<sup>8</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Implementation of the non punishment principle. Report of the special Rapporteur on Trafficking in persons, especially women and children, Siobhan Mullally*, 2021, *passim*.

<sup>9</sup> OSCE, *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non punishment provision with regard to victims of trafficking*, *passim*.

nuestro país se reconozca suficientemente este principio, al menos formalmente, formulándose concretas propuestas normativas para cumplir con dicha obligación internacional<sup>10</sup>.

Esto, además, porque se considera que es obligación positiva de los Estados vinculados por la normativa internacional antedicha en virtud del principio de diligencia debida proveer los mecanismos jurídicos y de aproximación necesarios para garantizar que no se haga responder penalmente o de otra forma a las víctimas de trata de seres humanos. De lo contrario, cabe que se considere que se ha vulnerado la normativa internacional que impone el respeto de dicho principio, pudiendo condenarse al Estado o Estados incumplidores de dichas obligaciones positivas. Así le ha sucedido ya a Gran Bretaña en el caso *V.C.L y A.N. c. el Reino Unido*, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 16 de febrero de 2021, que condena a este país por haber incumplido sus obligaciones positivas en relación con lo dispuesto en el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que prohíbe el sometimiento a esclavitud o servidumbre así como constreñir a realizar un trabajo forzado u obligatorio– al no identificar como víctimas de trata y proteger convenientemente a dos adolescentes vietnamitas obligados por traficantes a cultivar cannabis que fueron condenados por la jurisdicción de menores británica por la comisión de sendos delitos contra la salud pública.

### **3. Respuesta a la argumentación contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo 960/2023**

Volviendo a la sentencia objeto de este comentario, la misma precisa, como primera premisa para negar la posibilidad aplicativa de la causa eximente del art. 177 bis. 11 CP, extraer los hechos declarados probados en la resolución de los dominios típicos del delito de trata de seres humanos. De ahí que el primero de los argumentos esgrimidos por la resolución para estimar el recurso de casación sea justamente negar la mayor: dado que el contexto en el que puede operar la mencionada cláusula requiere de la concurrencia de una situación de trata, lo primero que hace la resolución es negar que nos hallemos frente a un caso de trata de seres humanos. El fundamento jurídico quinto de la resolución afirma que los hechos objeto de este procedimiento no se han enjuiciado como delito de trata; aunque este constituye un impedimento aplicativo de la eximente que podría soslayarse fácilmente, apelando a la inexistencia de una regla que imponga una «suerte de prejudicialidad devolutiva penal que obligue a que la situación de explotación por trata se declare en una sentencia que ponga fin a un procedimiento por delito de trata de seres humanos», como acertadamente indica el voto particular-. Por eso va más allá, negando la concurrencia misma de los elementos constitutivos del delito de trata. La resolución realiza una interpretación *contra legem* de los elementos típicos de este delito en virtud de la cual, para que el mismo concurra, se precisa, primero, que los hechos se cometan en el contexto de una organización delictiva y, segundo, que haya permanencia en la situación de explotación por quien padece un proceso de trata. Ninguna de ambas circunstancias es consustancial a la trata de seres humanos, si bien es cierto que ambas concurrían en el supuesto de hecho objeto de la STS 59/2023, Penal, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375) que el TS parece asumir como contexto prototípico en el que está dispuesto a aplicar la eximente.

En efecto, ni conforme al concepto internacional de trata establecido en el art. 3 del Protocolo de Palermo, adoptado después en términos muy semejantes por el art. 4 Convenio de Varsovia y art. 2 Directiva 2011/36/UE, ni de acuerdo con su traslación al Derecho interno español mediante

---

<sup>10</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *Diario La Ley*, (10101), 2022, pp. 1-12.



el art. 177 bis.1 CP, se identifica la trata de seres humanos como una tipicidad que pueda cometerse solo en el contexto de una organización delictiva ni que requiera la explotación de la persona traficada. En cuanto a lo primero porque, aunque el primer instrumento internacional que definió el concepto lo hizo como protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, siendo únicamente aplicable a los supuestos de delincuencia organizada, la asunción posterior de este concepto en instrumentos internacionales no aprobados para luchar contra este tipo de delincuencia despeja cualquier duda acerca de la autonomía entre los fenómenos de la trata y la delincuencia organizada. Tanto es así que la propia Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en su último informe global sobre trata de seres humanos, indica que, de entre 570 sentencias condenatorias analizadas recaídas entre 2012 y 2020, 47 implicaron a delincuencia organizada de gobernanza, 175 a delincuencia organizada de tipo empresarial, 174 a asociaciones oportunistas de dos o más traficantes y 174 a traficantes individuales<sup>11</sup>. Además, el propio tipo básico del delito contemplado en el art. 177 bis 1. CP no exige la concurrencia de organización delictiva o grupo criminal, siendo precisamente la comisión del delito en dichas circunstancias la que permite aplicar el tipo agravado más cualificado incluido en dicha infracción delictiva conforme al sistema escalonado de sucesivas agravaciones que prevé, el contemplado en el art. 177 bis. 6 CP.

En relación con lo segundo, esto es, la supuesta exigencia típica de la explotación, de acuerdo con el concepto internacional de la trata de seres humanos, que incorpora fielmente el art. 177 bis.1 CP, la misma consiste en el proceso que conduce a la esclavización o a la explotación humana severa, pero no requiere que esta llegue a producirse. La trata se conforma en nuestro ordenamiento jurídico como un delito mutilado de dos actos o de resultado cortado, según diversas interpretaciones, siendo en cualquier caso un tipo incongruente por exceso subjetivo, integrado por tres elementos. El primero de ellos es la acción –que va desde la captación hasta el acogimiento y la recepción, pasando por el transporte o el traslado y el intercambio o transferencia del control sobre la víctima–. A esta debe acompañarla el segundo elemento, esto es, la concurrencia de los medios propios de la trata coactiva –violencia o intimidación–, fraudulenta –engaño– o abusiva –abusar de situación de superioridad, vulnerabilidad o necesidad de la víctima o entrega de o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de la persona que posea control sobre la víctima–. Finalmente, el tercer elemento del concepto consiste en la voluntad de explotar a la víctima, que no en su explotación efectiva, en cualquiera de las finalidades que enumera el art. 177 bis.1 CP, constitutivas de explotación sexual, laboral, criminalidad forzada, extracción de órganos o matrimonios forzados.

Atendiendo a los elementos antedichos, no cabe duda de que Natividad fue víctima de un supuesto de trata abusiva para criminalidad forzada o para explotación criminal que vino determinado por que los tratantes abusaron de su situación de extrema vulnerabilidad. Como adecuadamente expone el voto particular que acompaña a la sentencia, la situación descrita en los hechos probados encaja en la interpretación auténtica que de la situación de vulnerabilidad ofrece el art. 177 bis.1 CP, puesto que Natividad, atendidas sus circunstancias vitales y personales, no tenía más alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. La situación de evidente vulnerabilidad de esta joven se deduce con facilidad de la declaración de hechos probados, incluso sin necesidad de atender a aspectos fácticos no contemplados en tal declaración que, situados en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, permitirían aprehender el «hecho global», en palabras del propio voto particular, en el que dicha situación se hace todavía más patente. Dado que los extremos puestos de manifiesto atendiendo

---

<sup>11</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global Report on Trafficking in Persons 2022*, 2022, p. 51.

al hecho global van en la línea de caracterizar el proceso de esclavización más como coactivo que como abusivo -pues comportan añadir a las circunstancias ya descritas en los hechos probados (condición de jovencísima madre soltera de un bebé prematuro, en situación paupérrima, buscando desesperadamente trabajo mediante la inserción de anuncios) que fue conducida por los tratantes a un establecimiento donde, tras la correspondiente preparación corporal, fue obligada a engullir 20 condones con droga líquida, siendo de inmediato conducida al aeropuerto para emprender el viaje en cuya organización no había intervenido- no es necesario acudir a ellos para calificar los hechos como de trata abusiva para explotación criminal. El reconocimiento de tales circunstancias, en cumplimiento de los deberes positivos que impone el principio de diligencia debida en observancia del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, condujeron tanto a la AP de Barcelona como al TSJC a entender que debía prevalecer la aceptación de la situación de trata materialmente evidenciada en el proceso penal frente a la calificación jurídica de los hechos conforme a los que se había sustanciado el mismo, dejando con ello la vía expedita a la posible aplicación de la eximente contemplada en el art. 177 bis. 11 CP.

No lo entiende así el TS, que con argumentos faltados de apoyo normativo afirma que no nos hallamos frente a un supuesto de trata de seres humanos. Esto le permite, a renglón seguido, entrar en el segundo de los grandes argumentos que emplea para casar la sentencia de instancia, negando la aplicabilidad a este supuesto de la cláusula de exclusión de la responsabilidad criminal indicada. Para esto apela, además de a que no concurre el delito base que permite su operatividad, lo que convierte el recurso a la misma en una suerte de recurso analógico exonerativo, a que no se cumplen los requisitos de aplicabilidad de la cláusula, al consistir la situación analizada en la sentencia recurrida en un acto esporádico, no en una situación continuada de explotación. Ciertamente, más allá de las dudas vertidas acerca de la naturaleza jurídica de esta eximente contemplada en el art. 177 bis.11 CP, en las que la brevedad de este comentario no nos permite detenernos, varias son las incertidumbres anudadas a su literalidad que se han puesto de manifiesto<sup>12</sup>. La primera consiste en que su aplicabilidad podría venir condicionada al previo reconocimiento formal de la condición de víctima de trata, pues el precepto se refiere a «la víctima de trata de seres humanos». La segunda, en que un entendimiento restringido de la misma podría comportar que únicamente resultasen abarcadas por la eximente las conductas delictivas cometidas en la fase de explotación subsiguiente al proceso de trata, no las realizadas durante el proceso de trata mismo, al referirse el precepto a «las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida». La tercera se vincula a que una interpretación restrictiva de la locución «consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que se haya visto sometida» podría comportar que únicamente los casos en que pueda establecerse una relación causa-efecto directa entre el empleo de medios que impulsan a delinquir y el concreto delito cometido por la víctima caerían en los dominios típicos de la eximente, que no abarcaría los cometidos a consecuencia de una situación de intimidación ambiental. En cuarto lugar, se exige proporcionalidad entre el delito cometido y los medios empleados para doblegar la voluntad de la víctima, es decir, se mide a la víctima de trata por un rasero semejante al de otros ofensores no sometidos a un proceso similar de despersonalización, cuando además la exigencia de proporcionalidad es consustancial

---

<sup>12</sup> Acerca de las dudas interpretativas que plantea el art. 177 bis.11 CP, vid. ECHARRI CASI, «La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas», *Diario La Ley*, (9434), 2019, pp. 1-13; VALLE MARISCAL DE GANTE, «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», *Revista Crítica Penal y Poder*, (19), 2019, pp. 124-133; VILLACAMPA ESTIARTE, *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, 2022, pp. 525 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *Diario La Ley*, (10101), 2022, pp. 1-12.

a la justificación, no a las eximentes basadas en la inexigibilidad de conducta adecuada a la norma. Pese a las mencionadas dudas, no puede olvidarse que, como se ha indicado, la referida eximente expresa la limitada traslación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, por lo que, en aras al cumplimiento de los deberes de contenido positivo que impone la diligencia debida en relación con dicho principio, su interpretación debería ser proclive a favorecer su aplicación –y, por tanto, tender a una hermenéutica extensiva– más que a dificultarla –interpretando sus requisitos en términos restrictivos–. Partiendo de esa base, no debería exigirse la declaración formal de la condición de víctima para aplicar la eximente, no debería vincularse su aplicación solo a supuestos de explotación que tengan determinada duración temporal –puesto que parece más complejo soslayar la exigencia de que, efectivamente, debamos estar ante un caso de explotación atendiendo a la redacción del precepto– y no debería reducirse la existencia de la «consecuencia directa» a los casos en que pueda constatarse la concurrencia de una relación causa-efecto entre el concreto medio de presión empleado y el específico delito cometido. Finalmente, mientras la exigencia normativa de proporcionalidad no desaparezca del art. 177 bis. 11 CP, debería efectuarse una interpretación de la misma no apegada a los restrictivos términos en que se ha venido efectuando la comparación de males a efectos de aplicar la eximente de estado de necesidad, en particular en los supuestos de mulas empleadas para portar droga, atendiendo a que en dicho juicio debe atenderse siempre al grave atentado a la dignidad de la víctima que comporta el padecimiento de una situación de trata.

Tal orientación interpretativa de los requisitos contemplados en el art. 177 bis 11. CP implícitamente subyacente en las resoluciones recurridas de la AP de Barcelona y del TSJC, la consciencia de que la misma representa la positivación del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos en nuestro ordenamiento, ha comportado que esta eximente haya sido aplicada en instancia. De haber seguido idéntica línea hermenéutica, el TS tendría que haber convenido en que concurrían los requisitos que permiten la aplicación del art. 177 bis. 11 CP, desestimando el recurso de casación. Esto, porque aun entendiendo que solo cabe aplicar la cláusula a los delitos cometidos durante la fase de explotación subsiguiente a la trata, precisamente esa es la fase en que nos hallábamos en el caso de autos, en que la captación y el transporte empleando medios comisivos típicos habían ya tenido lugar, coincidiendo temporalmente el traslado de Natividad con su explotación, como sucede en tantos otros supuestos en que se recurre a mulas en semejante situación para forzarlas a cometer un delito de tráfico de drogas, quienes, al resultar aprehendidas al llegar a un aeropuerto en España, no sufren un proceso de explotación dilatado en el tiempo. Junto a poderse admitir que concurrían sus circunstancias aplicativas, el TS debería haber admitido la aplicación de la cláusula en atención a que es evidente que en este supuesto concurre un delito de trata y que la eximente no exige ni implícita ni explícitamente que haya debido seguirse el proceso por dicho delito para aplicar la excusa absoluta, aspecto que el mismo TS no puso en duda en su sentencia 59/2023.

Aplicar, pues, a este caso la cláusula del art. 177 bis.11 CP, como han hecho las sentencias de instancia, no supone ni contradicción alguna con su presupuesto aplicativo ni implica tensionar sus barreras típicas. Es precisamente lo que corresponde hacer de acuerdo con las obligaciones positivas ligadas a la diligencia debida que impone el respeto al principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata y para poner coto al tratamiento de estas víctimas como

ofensoras que desde hace años se viene denunciando en España<sup>15</sup>. Aplicar esta cláusula al caso de autos no supone incurrir en una especie de recurso exonerativo analógico, como afirma el TS, pues puede considerarse que concurren tanto el presupuesto -nos hallamos ante un caso de trata, se esté o no sustanciando el correspondiente procedimiento penal por ese delito- como los elementos de la eximente, el de la explotación incluida, que no sería preciso que aconteciese para entender que estamos ante un proceso de trata, pero que aun exigiendo que debe concurrir para aplicar la excusa absolutoria del art. 177 bis. 11 CP, no parece precisar normativamente de una duración determinada mínima que no alcance este supuesto. Finalmente, el motivo de cierre que añade el TS a su segundo gran argumento para admitir la casación, su oposición a la aplicación supuestamente analógica al caso del art. 177 bis.11 CP porque podría convertir en superflua la eximente de estado de necesidad, no puede por menos que contradecirse. De un lado, porque el estado de necesidad constituye una eximente de las generales del Derecho que puede aplicarse en cualquier escenario en el que se objetive una situación de necesidad producida por una concurrencia de males o por un conflicto de deberes, que no se circunscribe a los casos en que la misma venga provocada por haber sometido a quien se halla en dicha situación a un proceso de despersonalización como el que la trata implica. De otro lado, porque precisamente en atención a la especialidad que comporta que la eventual situación de necesidad haya sido provocada por un proceso de trata, justamente con la finalidad de posibilitar un abanico exonerador de la responsabilidad criminal más amplio que el que derivaría del recurso a eximentes tradicionales como las de *duress* o *necessity* en países de *common law* o el estado de necesidad o miedo insuperable en ordenamientos como el español, aunque sin renunciar a su aplicabilidad, fue por lo que se introdujeron a los ordenamientos nacionales *statutory defenses* como la del art. 177 bis 11 CP. De ahí que, una vez que el legislador ha introducido esta eximente específica con dicho objetivo, un aplicador del Derecho no puede renunciar a su empleo aduciendo un inverosímil efecto reductor del campo aplicativo de las eximentes de la responsabilidad criminal de carácter general.

Tras los argumentos jurídicos, el TS esgrime un tercer gran argumento, de índole práctica, para casar la sentencia recurrida, consistente en el riesgo de expansión criminógena por el recurso a mulas en situación paupérrima por parte de los tratantes que podría derivarse de la exoneración de responsabilidad a los correos en tales supuestos. Ciertamente, lo peregrino del argumento hace que no merezca la pena detenerse demasiado en comentarlo, salvo para confirmar que el recurso al mismo no hace sino confirmar el escaso crédito que merecen al Alto Tribunal tanto la vigencia del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata de seres humanos como las obligaciones positivas del mismo derivadas en lo concerniente a las actuaciones que necesariamente deben emprender las autoridades españolas para preservar su observancia. En efecto, recurrir a sancionar a toda costa a los eslabones más débiles y fungibles de las cadenas de suministro de los que el mercado ilegal de la droga se sirve, incluso cuando estos son sometidos a procesos de cosificación evidente, como mecanismo en el que basar la eficacia reactiva del sistema de justicia penal frente al tráfico de drogas comporta una evidente e injustificable instrumentalización de dichas personas. Pero no solo eso, sino que además será probablemente tanto o menos efectivo desde un punto de vista preventivo general que renunciar a sancionar a individuos tan fungibles, puesto que para quienes se hallan en eslabones superiores en la cadena de mando resulta fácil reemplazarlos cuando son condenados.

---

<sup>15</sup> Acerca de las experiencias vistas desde la perspectiva de estas víctimas no identificadas, que acabaron siendo condenadas como autoras de delitos de tráfico de drogas, vid. VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, *RDPC*, (8), 2012, pp. 411-494. Sobre las razones que conducen a los profesionales a no identificar a estas víctimas analizando los efectos que esto les produce a su paso por e el sistema de justicia penal, vid. los resultados del estudio con profesionales efectuado por VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, *EPC*, (36), 2016, pp. 711-829.

Para ganar en efectividad en la lucha jurídico-penal contra el tráfico de drogas, la respuesta debería consistir en la realización de investigaciones judiciales penales completas y complejas en que se plasmen operativas de inteligencia policial que sirvan para desentrañar la identidad de quienes ostentan el dominio del hecho en estos procesos, sin limitarse a sancionar penalmente a los eventualmente aprehendidos, por fungibles que sean, máxime cuando además en ciertos supuestos deberían haber visto eximida su responsabilidad penal conforme a las obligaciones derivadas del principio de no punición.

#### 4. Reflexión conclusiva: ¿y ahora qué?

En las líneas precedentes se ha tratado de demostrar como el art. 177 bis.11 CP constituye una limitada transposición a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata de seres humanos que impone obligaciones positivas de salvaguarda a las autoridades españolas. Junto a esto, se ha argumentado como el TS no debería haber casado la sentencia del TSJC 351/2021, de 2 de noviembre de 2021, que traía causa de la sentencia de la AP de Barcelona, sala 3ª, 183/2020, de 22 de junio de 2020, que absolvió a Natividad del delito de tráfico de drogas del que venía siendo acusada en aplicación de la cláusula del art. 177 bis.11 CP. Esto, tanto porque materialmente nos hallamos ante un caso de trata de seres humanos para criminalidad forzada, como porque concurren los requisitos aplicativos del art. 177 bis. 11 CP interpretados a la luz de los dictados del principio de no punición, aspectos ambos que no es capaz de contradecir el argumento de orden práctico al que recurre en último término el TS para justificar la estimación de la casación. En definitiva, puede considerarse que la STS 960/2023, al casar una sentencia dictada en observancia del principio de no punición debido a que interpreta el presupuesto aplicativo y los requisitos de la eximente contenida en el art. 177 bis 11. CP de modo distinto a como aconsejan los mandatos derivados de dicho principio, entra en contradicción con el mismo. Pese a esto, caben todavía opciones en nuestro ordenamiento para exonerar a Natividad de responsabilidad penal, como apunta la propia sentencia comentada, bien recurriendo a valorar la aplicabilidad de la eximente de estado de necesidad en este supuesto, lo que pasaría por que la Audiencia de instancia se apartase de la secular interpretación restrictiva en el reconocimiento de dicha eximente en las causas por delitos contra la salud pública de que ha hecho gala la jurisprudencia del TS, bien con base en la eximente de miedo insuperable, pues a ambas alude implícitamente el art. 177 bis. 11 CP mediante la locución «sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código». Sin embargo, antes de explorar el rendimiento exonerador de la responsabilidad criminal para Natividad que puede ofrecer el recorrido judicial *ad infra* de la sentencia comentada, probablemente esta resolución pueda también tener recorrido judicial *ad supra*. Esto porque su dictado, revirtiendo los efectos de sendas sentencias absolutorias, puede haber comportado la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza jurisdiccional como el derecho a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia de Natividad, lo que deja la vía expedita a que pueda prosperar un eventual recurso de amparo, en caso de que el Tribunal Constitucional considere que el TS no está efectuando una interpretación del delito de trata de seres humanos y de la cláusula de exoneración que contempla acorde con los dictados del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata y que, por acción, ha violado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional –art. 44 LOTC–. Caso en que la jurisdicción constitucional no otorgue amparo, nada impediría la posibilidad de recurrir al TEDH alegando vulneración del art. 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Es posible que el TEDH, tanto atendiendo a su jurisprudencia en el caso *V.C.L y A.N. c. el Reino Unido* cuanto a la reciente ampliación del reconocimiento normativo del principio de no punición a través de la Directiva (UE) 2024/1712 de modificación de la Directiva 2011/36/UE, concluya que ha sido

conculcado, aunque para ello quizá tenga que pronunciarse primero acerca de si existe un límite mínimo temporal de explotación humana severa para poder hablar de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado que se haya alcanzado en el caso de Natividad.

## Atenuante de dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito: ¿Una relación de vasos comunicantes?

*Comentario a la STC 48/2024, de 8 de abril*

Víctor Gómez Martín\*  
Universidad de Barcelona  
victor.gomez@ub.edu

### 1. A modo de introducción: algunas notas sobre la circunstancia atenuantes de dilaciones indebidas (art. 21, 6ª CP)

Como es sobradamente conocido, la atenuante de dilaciones indebidas fue incorporada al Código penal español como consecuencia de la reforma operada por la LO 5/2010<sup>1</sup>. El legislador reformista cerró entonces el paso a otras posibles vías de reparación de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas hasta entonces por doctrina y jurisprudencia<sup>2</sup>, como la declaración de nulidad de actuaciones en casos de dilaciones graves<sup>3</sup> o el indulto<sup>4</sup>. La circunstancia prevista en el art. 21, 6ª CP constituye la plasmación legal de una práctica jurisprudencial consolidada, que ya antes de 2010 venía aplicando de forma unánime una circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas<sup>5</sup>. La doctrina mayoritaria venía entendiendo, con razón que esta línea jurisprudencial era contraria al principio de legalidad, ya que en los casos de dilaciones indebidas no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «análoga significación» exigida por la ley. El Tribunal Supremo partía –afirmaba el mencionado sector doctrinal– de un concepto de culpabilidad no coincidente

---

\* La presente investigación se enmarca en el Grup de Recerca en Dret Penal, Política Criminal i Criminologia de la Universitat de Barcelona (DPPCCUB)", Grup de Recerca de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00297), que coordino.

<sup>1</sup> La circunstancia no estaba prevista ni en el Anteproyecto 2009, ni tampoco en el Proyecto de reforma CP aprobado en el Congreso de los Diputados. Fue introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión de 23 de abril de 2010. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, A, 21-4-2010, nº 52-11 ([http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A\\_052-11.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-11.PDF)).

<sup>2</sup> ALCÁCER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, nm. 28/7010. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, *vid.*, además, ÁLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.

<sup>3</sup> En contra, sin embargo, STS, Penal, 94/2007, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:904).

<sup>4</sup> *Vid.*, por ejemplo, Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997.

<sup>5</sup> La misma tuvo su origen en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999. Dicho Acuerdo modificó la doctrina sentada por los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997, admitiendo la aplicación del art. 9, 10ª del antiguo CP y art. 21, 6ª LO 10/1995 en casos de dilaciones indebidas no imputables al condenado, y que no dieran lugar a nulidad de actuaciones (art. 238, 3 LOPJ).

con el previsto en el CP<sup>6</sup>. La atenuante incorporada por la LO 5/2010 vino a resolver este grave inconveniente.

La expresión «dilación indebida» contenida en la circunstancia del art. 21, 6ª CP se refiere a la duración del procedimiento judicial hasta su finalización por encima de lo razonable, o bien a la paralización del procedimiento a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema<sup>7</sup>. Cuando ello ocurre, se produce una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24, 2 CE). Por tal debe entenderse aquel proceso que se desarrolla «en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción»<sup>8</sup>. Dicho concepto de dilación indebida debe ser concretado en cada caso. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los elementos que deben ser tenidos en consideración a tal efecto son los cuatro: el grado de complejidad de la causa, los márgenes de duración de procedimientos de similares características, el comportamiento procesal de la parte que demanda el reconocimiento de dilaciones indebidas y, finalmente, la actuación del órgano judicial<sup>9</sup>.

Las características que debe presentar la dilación para que concurra la atenuante prevista en el art. 21, 6 CP son cuatro: que sea «extraordinaria»; que «no sea atribuible al propio inculpado»; «que no guarde proporción con la complejidad de la causa»; y, finalmente, que tenga lugar «en la tramitación del procedimiento»<sup>10</sup>. Estos cuatro requisitos también venían siendo exigidos expresamente por el Tribunal Constitucional para el concepto de dilación indebida constitucionalmente relevante<sup>11</sup>.

Se producirá una dilación «*extraordinaria*» cuando se supere sobradamente la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza. En nada obsta lo anterior que se trate de dilaciones motivadas por razones estructurales (deficiencias organizativas de los Juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.)<sup>12</sup>. En cualquier caso, quedan excluidas del concepto las dilaciones consistentes en el mero incumplimiento de los plazos procesales previstos para el dictado de resoluciones o actos de tramitación<sup>13</sup>. Tal y como se ha adelantado, es preciso, en tercer lugar,

---

<sup>6</sup> SSAP Barcelona, Sección 2ª, de 13 de enero de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:211), FJ 10; AP Barcelona, Sección 2ª, de 24 de julio de 2007, FJ 2 (ECLI:ES:APB:2007:4175ª). En la doctrina, *vid.*, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, «Las dilaciones indebidas: ¿Una causa suprallegal de disminución de la culpabilidad del reo?», *Legal Today*, 4 de enero de 2010 (Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/economico/las-dilaciones-indebidas-una-causa-suprallegal-de-disminucion-de-la-culpabilidad-del-reo-2010-01-04>).

<sup>7</sup> En este sentido, por ejemplo, SSTS 556/2006, Penal, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:7464); 1074/2004, Penal, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2004:6559); 948/2002, Penal, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5063).

<sup>8</sup> SSTC 43/1985, de 22 de marzo (BOE núm. 94, de 19 de abril de 1985); 324/1994, de 1 de diciembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1994).

<sup>9</sup> *Vid.*, por todas, STC 100/1996, de 11 de junio (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996).

<sup>10</sup> ALCÁCER GUIRAO, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, nm. 28/7025.

<sup>11</sup> *Vid.* SSTC 177/2004, de 18 de octubre (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2004); 71/2002, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002), FJ 7; 237/2001, de 18 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002), FJ 2; 87/2001, de 2 de abril (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2001), FJ 7; 303/2000, de 11 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001), FJ 3-5; 230/1999, de 13 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2000), FJ 2; 198/1999, de 25 de octubre (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999), FJ 3; 124/1999, de 18 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1999), FJ 2; 69/1993, de 1 de marzo (BOE núm. 144, de 1 de abril de 1993), FJ 2; 215/1992, de 1 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1992), FJ 2; 223/1988, de 25 de noviembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1988), FJ 3; 133/1988, de 4 de julio (BOE núm. 179, de 27 de julio de 1988), FJ 1, entre otras.

<sup>12</sup> SSTS 94/2007, Penal, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:904) y 742/2003, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3471).

<sup>13</sup> STC 100/1996, de 11 de junio (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996).



que la dilación indebida «no sea atribuible al propio inculpado». Lo será, por ejemplo, cuando el inculpado se encuentre en rebeldía o deje de comparecer a llamamientos judiciales<sup>14</sup>, no atienda requerimientos judiciales o se retrase en la devolución de la causa original. Cuando las dilaciones sean en parte atribuibles al inculpado, pero también a terceros (órgano judicial, restantes partes procesales), la autoridad judicial deberá ponderar las causas concurrentes y decidir cuáles prevalecen, en orden a determinar si aprecia o no la atenuante. Según la jurisprudencia mayoritaria, para que las dilaciones sean atribuidas al inculpado es preciso que hayan sido provocadas por él. No bastará, por tanto, el simple hecho de no haber denunciado ante el órgano judicial las provocadas por un tercero<sup>15</sup>. En contra de lo que viene exigiendo un sector jurisprudencial<sup>16</sup>, la redacción del art. 21, 6ª no impone que la dilación haya sido provocada por el órgano judicial. Se incluyen, así, los casos de retraso extraordinario del procedimiento por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad o por la actuación de otra parte procesal. La dilación extraordinaria no guardará «proporción con la complejidad de la causa», en tercer lugar, cuando, en atención a la mayor o menor dificultad de los actos procesales pendientes de dictarse, exista alguna paralización del procedimiento sin justificación procesal<sup>17</sup>.

La presente contribución se detendrá en el cuarto y último requisito de la circunstancia atenuante que nos ocupa, acaso el más revelador de su fundamento: que la dilación indebida tenga lugar en la «tramitación del procedimiento». Esta se inicia cuando el reo adquiere la condición de investigado y finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal. Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio. En caso contrario, la parte actora podría solicitar la nulidad de actuaciones (art. 241 LOP)<sup>18</sup>. Lo hará de la mano de una de las más interesantes y controvertidas resoluciones dictadas recientemente por el Tribunal Constitucional: su Sentencia 48/2024, de 8 de abril.

## 2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2024, de 8 de abril

### 2.1. Antecedentes

#### a. La Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla de 29 de diciembre de 2016

El 25 de enero de 2011 F.M.B.C., en su condición de funcionario de la Universidad de Sevilla, compareció ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia de Sevilla y presentó denuncia escrita formulada por L.G.A., R.C.R. y E.S.S. contra S.R.G. por unos hechos que habían tenido lugar en el periodo comprendido entre octubre de 2006 y finales del año 2009 y podrían reunir caracteres de delito.

La denuncia dio lugar a la incoación de las diligencias previas 293-2011 por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla, en el transcurso de las cuales se practicaron diversas diligencias de investigación. El 17 de febrero de 2015 se dictó por dicho Juzgado auto de apertura de juicio

---

<sup>14</sup> SSTS 1389/2005, Penal, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6937) y 1045/2005, Penal, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5682).

<sup>15</sup> SSTS 480/2009, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3057); 94/2007, Penal, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:904) y 1051/2006, Penal, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6800).

<sup>16</sup> STS 1336/2005, Penal, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:560).

<sup>17</sup> STC 100/1996, de 11 de junio (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996).

<sup>18</sup> STS 1078/2009, Penal, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:6864).

oral contra S.R.G. por tres delitos continuados de abusos sexuales, un delito de lesiones, un delito de acoso laboral, o, subsidiariamente, por un delito de amenazas continuadas, y por un delito de acoso sexual, o, subsidiariamente, por un delito de coacciones continuadas. El 10 de junio de 2015 se acordó la remisión de todo lo actuado al juzgado de lo penal. Por auto de 29 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla resolvió acerca de la admisión de las pruebas propuestas por las partes para su práctica en el acto del juicio oral, y se señaló dicho acto para los días 16, 17 y 18 de marzo de 2016. El juicio fue celebrado en las fechas señaladas, y tuvo que extenderse dos sesiones más, celebradas los días 28 de marzo y 4 de abril de 2016.

El día 29 de diciembre de 2016 el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: «[D]esde octubre del año 2006 y hasta finales del año 2009, S.R.G., por aquel entonces Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, llevó a cabo diversos actos in consentidos de naturaleza sexual sobre L.G.A., R.C.R. y E.S.S., todas ellas profesoras de reciente ingreso en el departamento de educación física de la facultad, de la que el S.R.G. era, además, Catedrático. Los actos llevados a cabo sobre L.G.A. sin su consentimiento incluyeron varios besos en la boca, un lametón en el cuello y numerosos tocamientos en diversas partes del cuerpo, señaladamente en los pechos y la parte interna de los muslos hasta llegar a la zona genital». También, según el relato de hechos probados, S.R.G. «[a]l menos desde el año 2006, y en relación siquiera a las aquí denunciadas, [...] vino realizando ostentación de su poder académico desde un primer momento, dejando claro a las mismas que él era quien mandaba en el Departamento de Educación Física de la Facultad de Ciencias de la Educación, que fuese o no el director del departamento y formase o no parte de las comisiones era él quien tomaba las decisiones relevantes en cuanto a docencia, investigación, contratación, etc., de modo que habían de seguirse sus indicaciones tales como nombrarle director de las tesis doctorales, hacer constar su participación en las publicaciones que cada profesora realizara o participar en las votaciones internas del consejo de departamento o de las diferentes comisiones conforme a sus deseos, criterios u opiniones viniendo a transmitir que aquellos que no accedían a sus pretensiones podían tener problemas para mantener sus plazas».

El Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla condenó a S.R.G. por tales hechos: (i) como autor responsable de tres delitos continuados de abusos sexuales previstos y penados por el art. 181.1 CP en relación con el art. 74 CP, cometidos sobre L.G.A., R.C.R. y E.S.S., con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, a las penas de dos años y tres meses de prisión por cada uno de ellos; y (ii) como autor responsable de un delito de lesiones del art. 147.1 CP cometido sobre L.G.A., concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión. Se condenó igualmente a S.R.G. a abonar las sumas de 50 000 € a L.G.A., 30 000 € a R.C.R. y 30 000 € a E.S.S. por los perjuicios físicos y psíquicos sufridos, así como por los daños morales causados. El 31 de marzo de 2017 se dictó, por el mismo Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla, auto de complemento de la sentencia en el sentido de añadir al fallo condenatorio la imposición a S.R.G. de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a las tres perjudicadas, sus domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros frecuentados por ellas a distancia inferior a 300 metros, o de comunicar con ellas por cualquier medio, directo o indirecto, durante un plazo de cinco años.

*b. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de diciembre de 2019*

Presentados recursos de apelación por parte de las representaciones procesales de S.R.G., L.G.A. y E.S.S. contra la referida resolución, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó el día 20 de diciembre de 2019 sentencia desestimando íntegramente los recursos de

apelación formulados por las representaciones procesales de L.G.A. y E.S.S., estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de S.R.G. y revocando la resolución recurrida en el sentido de: (i) apreciar en los tres delitos continuados de abusos sexuales la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, rebajando en dos grados la pena impuesta por estos delitos, que quedaron en un año de prisión por el cometido sobre la persona de L.G.A., y diez meses de prisión por cada uno de los cometidos sobre las personas de R.C.R. y E.S.S.; y (ii) absolver al acusado por el delito de lesiones sobre L.G.A. por el que había sido condenado en la sentencia de instancia.

En lo que se refiere al objeto del presente comentario, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (art. 21, 6ª CP), la SAP Sevilla de 20 de diciembre de 2019 fundamentó su apreciación en grado de muy cualificada del siguiente modo: «[A]unque es cierto que la complejidad de la causa resulta evidente tan solo a la vista de la extensión de los recursos de apelación formulados [...] también lo es que desde la comisión del primer hecho declarado probado a finales de 2006 hasta que se dictó la sentencia impugnada, el 16 de diciembre de 2016, ha transcurrido un plazo superior a ocho años lo que justifica la apreciación de la atenuante de dilaciones extraordinarias como muy cualificada». Más adelante, al examinar los efectos de dicha estimación en relación con la pena, el tribunal de apelación argumenta que «la concreta extensión de la pena impuesta [...] resulta desproporcionada al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que, en este caso, consideramos debe apreciarse como muy cualificada [...] no solo en atención al tiempo transcurrido desde la comisión del primer episodio en el año 2006, sino porque la denuncia fue interpuesta dos años después aproximadamente de la comisión del último hecho imputado al recurrente y constan paralizaciones relevantes en la tramitación de esta causa no provocadas por la actuación del acusado».

## 2.2. Los motivos del recurso de amparo

Contra dicha resolución, la representación procesal de L.G.A. interpuso recurso de amparo por diversos motivos. En relación con la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada, se denuncia, en primer término, que la sentencia de apelación es incoherente y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la fijación de la fecha en que debe comenzar a computarse el tiempo para la apreciación de la atenuante. Según este recurso, la sentencia toma la fecha del primero de los hechos cometidos por el condenado como fecha de inicio del cómputo del tiempo de tramitación de la causa a efectos de determinar la aplicabilidad de la atenuante, lo que, además, ignoraría el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el enfoque de género, vulnerando los arts. 14 y 9 CE, y resultaría discriminatorio para las mujeres, a las que exige una conducta heroica (denunciar desde la primera conducta de abuso sufrida), dejando de lado todo lo que se conoce actualmente sobre la dificultad de denunciar conductas de acoso y abuso sexual, y, en particular, las dificultades que sufrieron las víctimas en este caso para poder denunciar al hombre que ostentaba mayor poder en la facultad. Se alega también que la sentencia se apartaría –igualmente en perjuicio de las víctimas y sin dar razonamiento alguno– de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ella misma cita en cuanto a la duración exigida para que el retraso pueda dar lugar la aplicación de la atenuante en grado de muy cualificada (ocho años). Así, el plazo total de duración del procedimiento, desde su incoación hasta el dictado de sentencia en primera instancia, fue de tan solo cinco años y once meses, no de más de ocho años como erróneamente se afirma en la sentencia de apelación. Por su parte, la representación procesal de S.R.G. alegó que la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada consistiría en una cuestión de estricta legalidad ordinaria referida a la valoración de la prueba y a la interpretación de la norma penal. Así, en el negado supuesto de que se hubiera

podido producir algún error en tales operaciones, el Tribunal Constitucional no se encontraría legitimado para intervenir corrigiéndolo.

### 2.3. La Fundamentación jurídica y fallo

La STC 48/2024, de 8 de abril, estimó el recurso de amparo presentado por L.G.A. por entender que los argumentos aducidos por el Tribunal *ad quem* para fundamentar el carácter muy cualificado de la atenuante de dilaciones indebidas serían contrarios a las exigencias que se derivan del art. 24, 1 CE. Afirma la STC 48/2024, por un lado, que tomar como *dies a quo* la fecha de la comisión del primer hecho delictivo –que tuvo lugar en el año 2006– para determinar si procedía estimar la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas supondría, por una parte, desconocer el objeto y la razón de ser de las dilaciones indebidas y, por otra, incurrir en la incoherencia de condenar por un delito continuado y, al mismo tiempo, apreciar su actuación delictiva continuada –que cesó en 2009– como una circunstancia atenuante de la pena.

A juicio del TC, el reconocimiento como circunstancia atenuante de las dilaciones indebidas tiene por objeto que se establezca un adecuado equilibrio entre la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes, de un lado, y, de otro, la limitación del tiempo en el que dicha actividad judicial se desarrolle, que habrá de ser el más breve posible. Es por ello que el art. 21, 6ª CP exige tomar en cuenta para determinar si se ha incurrido en dilaciones indebidas únicamente la duración del proceso judicial. El hecho de que la resolución impugnada haya tomado en consideración para apreciar la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas un plazo de tiempo en el que no estaba siquiera incoado el proceso judicial le parece al TC de todo punto irrazonable, ya que, al no haberse siquiera incoado el proceso judicial, no concurría el único y exclusivo presupuesto de hecho para su apreciación. Además de lo anterior, tomar como *dies a quo* el momento en el que el condenado cometió el primer delito para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas supondría utilizar esta circunstancia para beneficiar al que ha estado delinquirando de forma continuada, lo cual tampoco resultaría razonable.

En relación con el segundo de los argumentos aducidos por la sentencia impugnada para justificar la atenuación en dos grados de la pena impuesta por los tres delitos de abusos sexuales, consistente en que la denuncia habría sido interpuesta aproximadamente dos años después de la comisión del último hecho imputado al recurrente, el TC califica esta afirmación como «manifiestamente irrazonable», toda vez que nuestro Derecho no prevé que se asigne semejante consecuencia a una eventual demora en la denuncia penal de hechos que son posteriormente objeto de condena. Antes al contrario, nuestro ordenamiento jurídico dispondría que quien resulte perjudicado por un delito tiene el derecho a denunciarlo en cualquier momento, con el límite de la prescripción regulada en el art. 131 CP, que traería consigo la extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1, 6 CP), prescripción que la propia sentencia impugnada descarta en el presente caso. Responsabilizar a víctimas de unas «dilaciones indebidas», que deben referirse exclusivamente a la tramitación del proceso judicial y a la diligencia de los órganos judiciales a la hora de llevar a cabo esta tarea, sería igualmente irrazonable. Más aún cuando de las actuaciones judiciales se desprende, por una parte, que la recurrente en amparo había comunicado los hechos a su director de departamento en la Universidad de Sevilla desde un momento muy anterior a la presentación de la denuncia penal; y por otras, que ante la ausencia de una actuación eficaz por parte de este, presentó, junto con las otras dos víctimas, denuncia formal ante el Vicerrectorado el día 3 de noviembre de 2010, siendo finalmente la

propia universidad la que formuló la denuncia penal tres meses después, a la vista del resultado de la información reservada tramitada a raíz de aquella comunicación formal.

Recuerda la STC 48/2024, en este punto, que la resolución impugnada no tuvo en cuenta el contexto en el que se produjo la actuación delictiva y, como se afirma en la demanda, soslaya la perspectiva de género que el art. 49, 2 del Convenio de Estambul obliga a tener en cuenta en este tipo de violencia para garantizar un procedimiento efectivo por los delitos en él previstos. Por un lado, tal forma de razonar desconocería las repercusiones específicas que los delitos relacionados con la violencia sexual tienen sobre sus víctimas, y cómo afectan a su conducta en relación con la denuncia y persecución del delito, desconociendo la situación de desventaja y desprotección de las víctimas. Más si cabe en este caso en el que estas, tal y como se desprende del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, podían temer, de forma racional que si denunciaban podrían perder incluso su empleo. El abuso sexual llevado a cabo de forma continuada durante más de tres años se habría producido, así, en el marco de una relación laboral de carácter vertical en la que el agresor, Decano por aquel entonces de la Facultad y Catedrático del departamento al que las víctimas pertenecían, les advirtió a estas, mujeres jóvenes que acaban de emprender su carrera docente e investigadora, que debían seguir siempre sus deseos e instrucciones. Las víctimas se encontraban en una clara situación de vulnerabilidad, con contratos de trabajo no permanentes y cuya renovación y promoción en su carrera académica dependía de la voluntad del agresor tal y como este les hizo saber a las víctimas. No tener en cuenta este contexto y responsabilizar a las perjudicadas por el delito de la demora en denunciar, no solo es irrazonable desde la perspectiva del art. 24, 1 CE, sino que supondría desconocer también –concluye la resolución del TC– el mandato de prohibición de discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE.

### **3. La determinación del *dies a quo* (y del *dies ad quem*) en la STC 48/2024, de 8 de abril: ¿Dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito como relación de vasos comunicantes?**

Tal y como se expone ampliamente en la STC 48/2024, de 8 de abril, tomar como *dies a quo* para el cómputo de las dilaciones indebidas, como hizo la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19, la fecha de comisión del delito supone ignorar, ciertamente, el tenor literal del art. 21, 6ª CP. Recuérdese que ese precepto exige que la dilación indebida tenga lugar «en la tramitación del procedimiento». Salta a la vista que ello en modo alguno puede suceder cuando la supuesta dilación se ha producido con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales, por ejemplo cuando la parte perjudicada ni siquiera haya presentado la denuncia con cuya admisión a trámite se daría paso a la incoación de diligencias previas.

El reconocimiento del carácter «extraordinario» de la dilación indebida presupondrá, por ello, la comprobación de la existencia de un dilatado período de tiempo desde el inicio del procedimiento judicial hasta el dictado de la sentencia condenatoria firme. En el presente caso, si se toma como *dies a quo* la incoación de las diligencias previas –a principios de 2011– y como *dies ad quem* la fecha de la sentencia condenatoria de primera instancia –finales de 2016–, el período completo de tiempo transcurrido ascendería a poco más de 5 años y 11 meses. Como correctamente recuerda la STC 48/2024, no se habría superado, así, el período de tiempo de 8 años que la jurisprudencia viene exigiendo para apreciar la atenuante del art. 21, 6ª CP como muy cualificada.

Ciertamente, el período de tiempo transcurrido entre el inicio del *continuum* delictivo (2006) y el dictado de la sentencia condenatoria de primera instancia (diciembre de 2016) supera los 10 años, por lo que excede ampliamente del referido de 8 años. A ello habría que añadir que la sentencia de segunda instancia tardó 3 años más en ser dictada, de modo que lapso temporal existente entre aquel momento inicial y la firmeza de la sentencia condenatoria superaría ya los 14 años. En el presente caso, las diligencias previas se incoaron en 2011 y la sentencia condenatoria devino firme a finales de 2019. Este prolongado período de tiempo de más de 8 años entre ambos momentos procesales se explicaría fundamentalmente por la presencia de relevantes dilaciones no atribuibles a la parte interesada en la aplicación de la atenuante en la fase de instrucción (que se prolongó por espacio prácticamente de 5 años) y en la tramitación y resolución del recurso (que se extendió en el tiempo hasta tres años más). En atención a todo ello, la consideración de las dilaciones indebidas acaecidas en el presente caso como muy calificadas alcanzada por la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 bien podría considerarse, por tanto, correcta.

Desde mi punto de vista, la fundamentación jurídica que le sirve de base a la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 para alcanzar esta conclusión no resulta, sin embargo, tan compartible. Puesto que lo determinante en relación con la circunstancia atenuante prevista en el art. 21, 6ª CP no es el transcurso de un período de tiempo más o menos prolongado desde el inicio del delito hasta la firmeza de la condena, sino la existencia de dilaciones indebidas intraprocesales, no es correcto –como en cambio hace la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19– referirse en este contexto al plazo transcurrido desde la comisión del delito y la interposición de la denuncia por parte de la víctima como tiempo de «dilación indebida». La referencia a la «tramitación» impide entender como dilación a los efectos del art. 21, 6ª CP, así, toda aquella en la que hubiese podido incurrir alguna de las partes con anterioridad a su incoación.

Reputar el transcurso de un determinado período de tiempo desde la comisión del delito hasta la interposición de la correspondiente denuncia por parte de la víctima no sólo como una dilación, sino como una «dilación indebida» del art. 21, 6ª CP supone ignorar –además del tenor literal posible del precepto de referencia– las habituales barreras para la denuncia existentes sobre todo para aquellas víctimas que en el momento de los hechos son menores de edad. Tales barreras explican que la interposición de la denuncia suela retrasarse o, incluso, que nunca llegue a producirse. Múltiples son los estudios que demuestran, por ejemplo, que las víctimas menores de delitos contra la libertad sexual tardan un espacio de tiempo considerable en revelarlos y, en consecuencia, en denunciarlos. El retraso en la denuncia puede ser temporal, cuando eventualmente la víctima elige a una persona de confianza para explicarle el abuso sufrido, o permanente, con la decisión de la víctima de no revelar su historia<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, importantes investigaciones ponen de relieve que una de cada cinco víctimas nunca llega a revelar el abuso sexual sufrido en su infancia, sólo el 9.3% de los adolescentes víctimas de abuso sexual reporta los abusos a la policía o a los juzgados y cerca del 60% retrasa la revelación del hecho más de cinco años desde la consumación del primer episodio sufrido<sup>20</sup>. En términos

---

<sup>19</sup> TENER/MURPHY, «Adult disclosure of child sexual abuse: a literature review», *Trauma, Violence, & Abuse*, 2015, (16-4), pp. 391 ss.

<sup>20</sup> HÉBERT/TOURIGNY/CYR/MCDUFF/JOLY, «Prevalence of childhood sexual abuse and timing of disclosure in a representative sample of adults from Quebec», *Canadian Journal of Psychiatry*, (54-9), 2009, pp. 631 ss. Entre nosotros *vid.*, por todos, PEREDA /GÓMEZ MARTÍN/GRECO/HOMBRADO/SEGURA, «¿Qué factores inciden para romper el silencio de las víctimas de abuso sexual?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2018, (16), p. 4. La muestra utilizada por este estudio estaba formada por 15 adultos, con un rango de edad que oscila entre los 20 y 55 años (M=34,6; DT=10,7), todas ellas víctimas de abuso sexual antes de los 18 años de edad y usuarios de un centro especializado en la atención a víctimas de esta experiencia. El 80% de los participantes en la investigación eran mujeres.

similares, otros autores concluyen que menos de una tercera parte de las víctimas de un delito contra libertad sexual hacen público el abuso durante la infancia y la mayor parte de las víctimas espera una media de 21 años antes de revelar el hecho en edad adulta<sup>21</sup>.

Diversas son las razones por las que el menor víctima puede tardar tanto tiempo en denunciar el hecho, si es que llega a hacerlo finalmente. La doctrina especializada distingue entre tres clases de barreras: las interpersonales, las socioculturales y las intrapersonales. La primera y segunda clase de barreras se refieren a las limitaciones por la denuncia derivadas del hecho que la víctima todavía se encuentre bajo la dependencia o dentro de ámbito de influencia del autor del delito. Esta relación puede obedecer a no haber abandonado todavía el ámbito escolar o académico o familiar, o también a una dependencia material, económica o emocional respecto a los autores progenitores, cuidadores, profesores, etc. mantenida o sobrevenida al abandono material del ámbito de dependencia<sup>22</sup>. En cuanto a los factores intrapersonales, algunas víctimas presentan una ausencia de conciencia sobre si fueron o no objeto de abusos, así como desconfianza en la mayor o menor exactitud de su memoria en relación con abusos sexuales infantiles. Ya como adultos, su memoria sobre estos episodios se presentaría claramente reprimida<sup>23</sup>. Se cuestionan si el suceso es o no constitutivo de abuso y expresan preocupación por la exactitud de sus recuerdos y si estos son o no genuinos<sup>24</sup>. Otras víctimas son completamente conscientes de los abusos sufridos como menores y deciden, ya en edad adulta y de manera completamente consciente, revelarlos mediante la correspondiente denuncia. Estas víctimas acostumbran a mostrar represión, confusión vergüenza, culpabilidad, autorresponsabilidad<sup>25</sup> y ansiedad como barreras más frecuentes para la denuncia<sup>26</sup>.

Pese a que la extensión en el tiempo de la Espada de Damocles representada por la intervención penal que pende sobre la cabeza de la persona eventualmente responsable de una infracción penal provocada por dichas dificultades o impedimentos para la denuncia no pueda ser computada como dilación indebida a los efectos del art. 21, 6ª CP, al no haberse producido «en la tramitación del procedimiento», nada obsta tenerla en consideración para la prescripción del delito. Cuando la víctima sea adulta, el plazo de prescripción seguirá su curso aunque concurren barreras interpersonales socioculturales o intrapersonales para la denuncia, hasta que dicho plazo quede suspendido por la eventual interposición de la denuncia e interrumpido retroactivamente con su eventual admisión a trámite (art. 132, 2 CP). En el caso de los delitos con víctima menor de edad, el art. 132, 1 CP desplaza el *dies a quo*, en cambio, hasta el momento en que la víctima cumpla 18 o 35 años.

---

<sup>21</sup> HÖRNLE/KLINGBEI/ROTHBART, *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch*, 2014, pp. 66 ss.

<sup>22</sup> HÖRNLE/KLINGBEI/ROTHBART, *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen*, pp. 66 ss.; HOCHMAYR, «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», en HOCHMAYR/GROPP (dirs.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, 2021, pp. 625; GROPP/HOCHMAYR/KOLB/PIERZCHLEWICZ, «Modell einer tragfähigen Harmonisierung der Verfolgungsverjährung in der EU», en HOCHMAYR/GROPP (dirs.), *Die Verjährung*, p. 868; PEREDA/GÓMEZ MARTÍN/GRECO/HOMBRADO/SEGURA, *REIC*, (16) 2018, pp. 10, 17.

<sup>23</sup> SORSOLI/KIA-KEATING/GROSSMAN, «I keep that hush-hush: Males survivors of sexual abuse and the challenges of disclosure», *Journal of Counseling Psychology*, (53-3), 2008, pp. 333 ss.

<sup>24</sup> DORAHY/CLEARWATER, «Shame and guilt in men exposed to childhood sexual abuse: A qualitative investigation», *Journal of Child Sexual Abuse*, (21-2) 2012, pp. 155 ss.; SORSOLI/KIA-KEATING/GROSSMAN, *Journal of Counseling Psychology*, (53-3) 2008, pp. 333 ss.; HOCHMAYR, en HOCHMAYR/GROPP (dirs.), *Die Verjährung*, pp. 625 s.

<sup>25</sup> DORAHY/CLEARWATER, *Journal of Child Sexual Abuse*, (21-2) 2012, pp. 155 ss.

<sup>26</sup> DORAHY/CLEARWATER, *Journal of Child Sexual Abuse*, (21-2) 2012, pp. 155 ss.

Este precepto, modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se inspira referentes de la legislación penal española en esta materia el alemán (*dies a quo* de delitos sexuales con víctima menor con la mayoría de edad de la víctima a los 18 años hasta 2013; desde entonces hasta 2015 con los 21; y desde esta última fecha hasta la actualidad, cuando la víctima cumpla los 30 años), el suizo (desde 2014, a partir de los 25 años de edad de la víctima para algunos supuestos), el austríaco (desde que la víctima cumple 28 años) y, en definitiva, buena parte de los legisladores europeos, como el francés, el italiano, el neerlandés, el sueco, el estonio o el húngaro<sup>27</sup>.

Nada de lo que acaba de apuntarse debe confundirse con las dilaciones indebidas. Pese a que una parte de la doctrina invoca como fundamento de la prescripción el derecho a un proceso con todas las garantías, y, en cualquier caso, sin dilaciones indebidas<sup>28</sup>, salta a la vista que estas dos garantías gozan de plena entidad propia y recíproca autonomía. No en vano, en el Código penal español la prescripción del delito se interrumpe con el inicio del procedimiento *–rector:* con su dirección contra el indiciariamente responsable (art. 131, 1 CP), de modo que salvo en los casos (excepcionales) de paralización procesal, la prescripción del delito se producirá antes del inicio del proceso. En cambio, la concurrencia de dilaciones indebidas exige –como ya se ha apuntado repetidamente– que el procedimiento haya dado inicio y se haya dilatado en el tiempo de forma extraordinaria.

Tampoco es correcta la idea de que la prescripción consiste en un instrumento concebido para contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia mediante una suerte de reprobación del Juez que incurre en dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, o la concesión a la víctima de un título que sostenga una pretensión indemnizatoria. Frente a esta idea, es preciso señalar que si la Administración de Justicia adolece de disfunciones estructurales que la hacen particularmente lenta y la convierten en una fuente inagotable de dilaciones indebidas, es probable que la solución de tal problemático no pase, precisamente, por una ampliación o reducción de los plazos de prescripción, sino por las correspondientes reformas estructurales del sistema. Por lo demás, sin duda extraño instrumento sancionador de dilaciones indebidas sería aquél que tuviera como fundamento la reprobación del Juez que incurre en ellas sin valerse para ello de un aparato sancionador.

Como si de una relación de vasos comunicantes se tratara, la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 parece confundir dicha alteridad conceptual entre la atenuante de dilaciones indebidas y una eventual analógica de cuasi-prescripción del delito, al tomar para la apreciación de la primera el *dies a quo* previsto legalmente para la determinación de la segunda (art. 132, 1 CP)<sup>29</sup>. La identificación del *dies a quo* con el momento de comisión del delito para la decisión relativa a la atenuación muy cualificada de la pena por dilaciones indebidas operada por la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 supone, en suma, confundir esta institución con la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito, para la que el Código penal sí prevé aquel punto de arranque (art. 132, 1 CP). Lo cierto es, sin embargo, ambas instituciones descansan sobre fundamentos diversos: así, mientras que

---

<sup>27</sup> Sobre todo ello, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿Quién da más?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-38), 2022, pp. 15 ss.

<sup>28</sup> Este punto de vista, según el cual la prescripción del delito también hallaría su fundamento en principios y valores constitucionales, está representada en la jurisprudencia constitucional por la ya clásica STC 157/1990, de 8 de octubre (BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 1990).

<sup>29</sup> Sobre la dicha posibilidad de una atenuación facultativa de la pena por cuasi-prescripción RAGUÉS I VALLÈS, «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *InDret*, (3), 2017, *passim*; EL MISMO, «La prescripción de los abusos sexuales infantiles: ¿Ni olvido ni perdón?», *Cuadernos de Política Criminal*, (132), 2020, pp. 67 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, «La atenuante analógica de cuasi-prescripción», *La Ley Penal*, (119), 2016.



la primera perseguiría la reparación judicial de la vulneración de un derecho fundamental<sup>30</sup>, la compensación de la culpabilidad del reo por la pérdida ilegítima de derechos que para el mismo suponen las dilaciones indebidas<sup>31</sup> y, por último, la menor necesidad de pena por el transcurso del tiempo<sup>32</sup>; el óbice de perseguibilidad que representa su prescripción se basa en la idea de que dependiendo de la mayor o menor gravedad del hecho delictivo, y de la mayor o menor extensión del período de tiempo transcurrido desde su comisión, la percepción del hecho delictivo como más o menos necesitado de pena por parte de la colectividad irá variando<sup>33</sup>. Así, por ejemplo, un pequeño hurto cometido hace cinco años y que no ha sido perseguido durante dicho espacio de tiempo puede ser percibido por la colectividad como un hecho perteneciente al pasado, ya superado, y, por tanto, carente de toda necesidad preventivo-general de pena. Cuando ello suceda, la declaración de la extinción de la responsabilidad criminal no pondría en cuestión la función preventivo-general de la pena, ya que tal ausencia de responsabilidad no generará en la colectividad alarma o sensación subjetiva de impunidad alguna<sup>34</sup>. Es posible, además, que el transcurso de un determinado período de tiempo desde la comisión de la infracción penal traiga consigo, además, la consecuencia de que ya no sea necesario imponer una pena al responsable para que éste no vuelva a delinquir en el futuro. Si una vez transcurrido dicho plazo el sujeto ya se ha resocializado de forma espontánea podría haber desaparecido, con ello, la necesidad preventivo-especial de la pena<sup>35</sup>. En el caso que nos ocupa, además, la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 adelanta el *dies a quo* a un momento incluso anterior al que resulta relevante para la prescripción, al tomar como referencia el momento inicial del delito continuado (2006), en lugar del final (2009), como para tal fe fenomenología dispone el art. 132, 1 CP.

Más dudoso resulta, en cambio, el fundamento jurídico de la STC 48/2024 conforme al cual la apreciación como muy cualificada de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas practicada por la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 habría infringido el art. 14 CE, por ignorar la perspectiva de género. El (no compartido) argumento de la Audiencia según el cual los dos años que en este caso la víctima habría tardado en denunciar los hechos computarían como dilación indebida en realidad podría aplicarse a cualquier categoría de delito y cualquier clase de víctima, sin que se observe en su empleo vulneración alguna del principio de igualdad. Aunque las barreras para la denuncia que pueden retrasar (o incluso neutralizar por completo) su interposición resultan especialmente frecuentes en delitos sexuales con víctima menor de edad, tal y como se expone en el voto particular a la STC 48/2024 de los Magistrados D. César Tolosa Tribiño y D. Enrique Arnaldo Alcubilla, «es irrelevante, atendida la configuración normativa de la atenuante prevista en el art. 21, 6ª CP, la particular naturaleza del delito enjuiciado –fuera o no de acoso sexual–, o que la víctima fuera hombre o mujer, o que fuera más o menos vulnerable

<sup>30</sup> Se hicieron eco de este fundamento, entre otras, las SSTS 115/2005, Penal, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2005:469); 1506/2004, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8291); 1363/2004, Penal, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7738). No puede compartirse, por ello, la parte del voto particular a la STC 48/2024 de los Magistrados D. César Tolosa Tribiño y D. Enrique Arnaldo Alcubilla en la que estos defienden que la atenuante del art. 21, 6ª CP obedecería a una decisión del legislador que nada tendría que ver con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

<sup>31</sup> STS 988/2006, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6627).

<sup>32</sup> STS 742/2003, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3471).

<sup>33</sup> GILI PASCUAL, «Prescripción (de la infracción penal)», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 690.

<sup>34</sup> GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, 2001, p. 81; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho penal*, 2003, pp. 78 s.; RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*, 2004p. 40; Díez RIPOLLÈS, *Derecho penal español, PG*, 3ª ed., 2011, p. 778.

<sup>35</sup> GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, cit., p. 81; RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, p. 40; Díez RIPOLLÈS, *Derecho penal español. PG*, 3ª ed., 2011, p. 778.

por la relación vertical con el agresor o que el acoso sexual forme parte de los delitos relacionados con la violencia de género. Ninguno de esos parámetros aparecen contemplados en el art. 21, 6ª CP, que no atendería, ni distinguiría, en atención al tipo de delito o a las relaciones entre la víctima y el condenado, por lo que las consideraciones que hace la sentencia sobre el denominado “contexto” serían absolutamente prescindibles por inconexas y ajenas a la cuestión debatida».

Concluye de todo ello el voto particular a la STC 48/2024 de los Magistrados D. César Tolosa Tribiño y D. Enrique Arnaldo Alcobilla: «Su introducción por vía interpretativa para restringir la apreciación de la atenuante y, en consecuencia, para evitar la rebaja de la pena desbordaría el tenor literal posible del precepto, que no discrimina en su aplicación en atención a la naturaleza del delito o a las circunstancias atinentes a la víctima, ni a las relaciones con su agresor. Es por ello, que se entiende desde este punto de vista que el razonamiento de la sentencia que resuelve el recurso de amparo incurriría en analogía in malam partem constitucionalmente proscrita (art. 25, 1 CE), induce a error en la aplicación o no de la circunstancia y supone elaborar parámetros interpretativos al margen de la configuración normativa y de la función constitucional que corresponde al TC».

## ¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo?

### *Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo*

Oriol Martínez Sanromà  
Universitat Oberta de Catalunya  
omartinezsan@uoc.edu

#### **1. Introducción**

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, que introdujo el delito de acoso para obstaculizar la interrupción voluntaria del embarazo (art. 172 *quater* CP), dejó clara las intenciones del legislador: crear una «zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo» (de ahora en adelante, IVE) frente a los denominados «piquetes antiabortistas»<sup>1</sup>. El hecho de que el TC haya declarado que este tipo penal es conforme a la Constitución plantea la duda de si la aplicación práctica de esta norma puede llegar a satisfacer estos deseos. Pues una cosa es que una disposición se ajuste al amplio espectro de libertad que concede la norma fundamental al legislador y otra muy diferente es que su contorno típico dé cabida a todos los fenómenos con los que aquel quiere lidiar. En el presente comentario analizo las consecuencias interpretativas de esta declaración de constitucionalidad para ofrecer una respuesta a este interrogante. Empiezo con una exposición eminentemente descriptiva de los argumentos empleados por el TC para confirmar la constitucionalidad del art. 172 *quater* CP (apdo. 2). Aprovecharé este espacio para recordar al lector las críticas doctrinales que ha suscitado este precepto desde su aprobación en el Congreso. Seguidamente, analizo las implicaciones penales de esta declaración de constitucionalidad, centrándome en las posibles vías interpretativas (de carácter restrictivo) a las que puede dar pie la sentencia y advirtiendo de sus consecuencias con respecto al fenómeno de los «piquetes antiabortistas» (apdo. 3). A estos efectos, me apoyaré en algunas reflexiones suscitadas en los votos particulares.

#### **2. Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2024, de 8 de mayo**

##### **2.1. Antecedentes**

La entrada en vigor del art. 172 *quater* CP el pasado 14 de abril de 2022 originó un torrente de críticas, tanto políticas como doctrinales. En el foro político, la cosa acabó con una diputada

---

<sup>1</sup> Sobre las variadas manifestaciones de este fenómeno, puede encontrarse un estudio, citado por la propia Exposición de Motivos de la ley cuestionada, en el siguiente enlace: <https://www.acaive.com/estudio-percepciones-de-las-mujeres-que-interrumpen-su-embarazo-frente-al-hostigamiento-de-los-grupos-anti-derechos-anti-eleccion-en-las-puertas-de-los-centros-acreditados-para-la-ive-octubre-2018/publicaciones/>.

socialista tildada de «bruja»<sup>2</sup>, con loas a la necesidad de «restituir la memoria de las mujeres acusadas de brujería, torturadas y condenadas a morir víctimas de una persecución misógina y machista»<sup>3</sup> o denuncias por la impunidad de «hostigar (...) a niños por hablar castellano» y «humillar a las víctimas de ETA»<sup>4</sup>. En la academia, el debate discurrió por caminos más pacíficos. Al respecto, sorprende la unanimidad que ha demostrado la doctrina al contestar críticamente a este nuevo precepto. Sobre este asunto, la oposición al art. 172 *quater* CP puede desglosarse en dos argumentos relacionados con los dos grupos de conductas típicas planteadas por la disposición. Así pues, cabe recordar que, según la norma cuestionada, la obstaculización del derecho a la IVE mediante acoso puede realizarse a través de (i) «actos intimidatorios o coactivos» o (ii) «actos molestos u ofensivos».

Con respecto al primer grupo de conductas, se ha indicado que el art. 172 *quater* CP se solapa con el tipo básico de coacciones *ex art.* 172 CP<sup>5</sup>. En efecto, si el primer apartado de este último precepto considera que realiza coacciones quien, «sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto», el art. 172 *quater* CP, al castigar los «actos intimidatorios o coactivos», irrumpe en forma de *lex specialis* contra esta *lex generalis*<sup>6</sup>. En principio, ello no debería suponer un problema, pues son muchos los casos de concurso de leyes presentes en el Código cuya solución depende del principio de especialidad (art. 8.1.<sup>a</sup> CP). Sin embargo, la notable diferencia entre el marco penológico de la *lex specialis* (art. 172 *quater* CP – pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días) y el de la *lex generalis* (art. 172 CP – pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses) permite concluir que el art. 172 *quater* CP constituye una especie de «subtipo privilegiado» de coacciones<sup>7</sup>. Un corolario sorprendente atendiendo a la imperiosa necesidad, consignada en la Exposición de Motivos de la ley impugnada, de asegurar penalmente que las mujeres puedan practicar el derecho a la IVE. Teniendo en cuenta la presencia del tipo básico de coacciones, o bien la necesidad de recurrir a la coacción penal no existía, o bien el legislador no ha calculado debidamente las consecuencias penológicas de “legislar sobre mojado”. Ello ha dado pie a que la doctrina califique la reforma como un ejemplo más del llamado Derecho penal simbólico<sup>8</sup>.

En lo que al segundo grupo de conductas típicas se refiere («actos molestos u ofensivos»), la doctrina ha centrado sus críticas en la indeterminación de las palabras empleadas,

---

<sup>2</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 123, p. 11. Véase la noticia del enlace (<https://www.lavanguardia.com/politica/20210921/7736995/congreso-suspendido-vox-psoe-bruja.html>).

<sup>3</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 156, p. 67.

<sup>4</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 156, p. 63.

<sup>5</sup> MAGRO SERVET, «Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril», *Diario La Ley*, (10059), p. 9; MARTÍNEZ SANROMA, «El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 *quater* CP», *Diario La Ley*, (10272), 2023, pp. 5 s.; GARCÍA ARROYO, «El nuevo delito del 172 *quater*, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico», *Revista Penal*, (53), 2024, pp. 85 s., indicando que los actos coactivos e intimidatorios «deben ser interpretados como naturalmente se establecen precisamente para el delito de coacciones del tipo básico de coacciones del art. 172.1 CP» como «aquellos actos que consisten en impedir con violencia a otra persona hacer algo».

<sup>6</sup> GARCÍA ARROYO, *Revista Penal*, (53), 2024, p. 86.

<sup>7</sup> GARCÍA ARROYO, *Revista Penal*, (53), 2024, p. 86, manifestando que «no se puede llegar a comprender como se tipifica un delito de forma especial, pero se privilegia su pena».

<sup>8</sup> COLINA RAMÍREZ, «Sobre la reforma del artículo 172 *quater* del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (137), 2022, p. 143.

principalmente con respecto a «molestos»<sup>9</sup>. La aparente imprecisión del término se justifica por la imposibilidad de establecer criterios objetivos para discriminar qué conductas generan molestias y cuáles no. En efecto, la definición del verbo que ofrece la RAE («causar fastidio o malestar a alguien»), asumida por la propia sentencia (FJ 4), abre un espacio a la subjetivización de su contenido. Así pues, dependiendo de quién ocupe la posición de ese «alguien», la causa del fastidio o el malestar podrá ser una u otra. Para el caso que interesa: contrástese el supuesto de una chica de 16 años que acude a una clínica habilitada para practicar la IVE acompañada de su amiga de 15 e intentando ocultar el hecho a sus familiares con el de una mujer de 30 años acompañada por su pareja. La dificultad de contrastar el verbo «molestar» con una especie de «persona baremo» a fin de extraer criterios intersubjetivamente válidos da cuenta de su indeterminación y de la falta de claridad del mensaje normativo<sup>10</sup>. Ello abriría la puerta, crítica la doctrina, a una interpretación laxa que permitiría atribuir el calificativo de «molestia» a una serie de conductas vinculadas al ejercicio del derecho a la protesta<sup>11</sup>. En este punto aparece el elemento más problemático de la reforma, a saber, la posibilidad de que la tipificación de estos comportamientos limite o restrinja los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE). Ciertamente, tal y como recordaba en la introducción, el art. 172 *quater* CP se ha introducido con la intención de desbaratar los llamados «piquetes antiabortistas», esto es, las manifestaciones delante de las clínicas en las que se proclaman consignas contra el aborto, se reparten panfletos informativos, se lanzan muñecos en forma de fetos o se practican rezos colectivos. La doctrina ha considerado que la incriminación de la «molestia» podría producir un «efecto desaliento» sobre el ejercicio de este tipo de actos<sup>12</sup>.

## 2.2. ¿Por qué el art. 172 *quater* CP es conforme a la Constitución?

La STC 75/2024, de 8 de mayo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, intenta ofrecer una respuesta a estas críticas. De esta manera, los impugnantes organizan su recurso de inconstitucionalidad en dos ejes principales. El primero se centra en la posible vulneración del derecho a la legalidad penal (arts. 25.1 CE) por falta de taxatividad. Así, se indica que la conducta típica es demasiado imprecisa, máxime con respecto a la expresión «actos molestos u ofensivos». La falta de objetivación del término «molestia» implicaría, en opinión de los demandantes, la incorporación en el tipo de «una circunstancia puramente subjetiva para calificar como delito determinados actos, sin que tal valoración se atribuya exclusivamente a los ofendidos sino también a todos aquellos que deseen formular denuncia». El segundo eje del recurso pivota alrededor de la posible vulneración de la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión (art. 20 CE), y los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE)<sup>13</sup>. Así

<sup>9</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Acoso antiabortista y libertad de expresión», *Almacén de Derecho*, 2022 (Disponible en: <https://almacenederecho.org/acosoantiabortista-y-libertad-de-expresion>).

<sup>10</sup> MARTÍNEZ SANROMÀ, *Diario La Ley*, (10272), 2023, p. 7.

<sup>11</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2022.

<sup>12</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2022. Igualmente, COLINA RAMÍREZ, *CPC*, (137), 2022, p. 157. Sobre todo esto, concluye CUGAT MAURI, «La tipificación del acoso a abortistas como antieje de técnica jurídica», *LH-Diez Ripollés*, 2023, p. 1298, que «es muy probable que la ley no llegue a aplicarse, pues los hechos más graves ya estaban tipificados y los de menor entidad puedan estar protegidos por la libertad de expresión».

<sup>13</sup> Los recurrentes incluyen un tercer argumento que, por su especialidad, prescindo de analizar en detalle. Según este, el precepto vulneraría, además, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) por bien que la posibilidad de perseguir de oficio un supuesto incardinable en el art. 172 *quater* CP (apartado 5 del precepto impugnado) podría perturbar a la víctima que quisiera preservar su anonimato, «privándola de la facultad de renunciar a un proceso en el que, necesariamente, se va a ver involucrada». Sobre este asunto, el TC declara que «si bien la persecución de oficio del comportamiento punible en este caso puede suponer, eventualmente, una incidencia en el derecho

pues, los recurrentes entienden que la vaguedad de la descripción típica «aboca a una restricción injusta» de estas libertades y derechos en la medida en que «no se exige que la persona que ejerce sus derechos de reunión y expresión incurra en violencia o en discurso del odio, bastando que los actos de ejercicio de derechos sean subjetivamente percibidos como actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos». De esta forma, «cualquier reunión o manifestación podría calificarse así». Con ello, el art. 172 *quater* CP estaría generando un «indeseable efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio, dado que el tipo descrito abarca cualquier molestia o desagrado en las personas afectadas».

El TC rehúsa los argumentos de los recurrentes, declarando la plena constitucionalidad del art. 172 *quater* CP. El alto tribunal accede a esta conclusión rebatiendo los dos ejes sobre los que se estructura el recurso: la posible vulneración del principio de legalidad en su dimensión de *lex certa* (1) y la eventual limitación improcedente de la libertad ideológica y de expresión y los derechos de reunión y manifestación (2).

1. En cuanto a la posible vulneración del mandato de legalidad penal, el TC sostiene que la conducta típica planteada por el art. 172 *quater* CP es lo suficientemente determinada, precisa y clara como para superar el test de taxatividad. Al respecto de los elementos típicos «actos molestos u ofensivos», la resolución indica que «no puede considerarse, ni en abstracto, ni en el contexto del precepto penal en el que se incorporan, que carezcan de la necesaria precisión exigida por el principio de taxatividad, ni tampoco que impongan una interpretación exclusivamente subjetiva que imposibilite una concreción objetiva de las conductas a sancionar». En opinión del TC, dos son los argumentos que permiten sostener esta conclusión. En primer lugar, los «actos molestos u ofensivos» deben interpretarse como medios comisivos del verbo típico rector del precepto, a saber, «acosar». Atendiendo al hecho de que el Código penal utiliza este mismo verbo en otras disposiciones (arts. 172 ter, 173.1, párrafo tercero y 184 CP) y que ello ha generado una numerosa jurisprudencia respecto de su contenido típico, el intérprete de la norma dispondría de un marco de referencia a la hora de reconstruir hermenéuticamente el art. 172 *quater* CP. De esta forma, el TC concluye que esta realidad «permite excluir los riesgos de vaguedad o subjetivización en la aprehensión del ámbito de aplicación de este delito tanto por parte de los potenciales sujetos activos como de los operadores jurídicos encargados de su aplicación» (FJ 4). En segundo lugar, el TC esgrime un argumento sistemático-teleológico: la delimitación de los márgenes de tipicidad dimanados de la expresión «actos molestos u ofensivos» debe tener en consideración que esta aparece junto a los términos «actos intimidatorios o coactivos» y la expresión «para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo». Con base en estas apreciaciones, el TC entiende que la locución «actos molestos u ofensivos» debe interpretarse con una «intensidad lesiva» análoga a la del resto de medios comisivos y capacitada *ex ante* para lograr esta obstaculización.

2. En lo que concierne a la posible limitación de la libertad ideológica y de expresión y de los derechos de reunión y manifestación, el TC despliega un argumentario modelo en lo que a la posible inconstitucionalidad de un tipo penal se refiere. Al respecto, el alto tribunal recuerda que

---

a la intimidad de la víctima que, por la razón que sea, ha decidido no denunciar y, por tanto, no exponer esa esfera de sus vivencias en torno a la decisión de ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, ese sacrificio se justifica por el interés público propio de la investigación del delito y porque el libre ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no tiene una dimensión estrictamente privada sino también una proyección general relacionada con la garantía, como ya se ha expuesto, al igual disfrute, entre hombres y mujeres, del derecho a la salud sexual y reproductiva, en un contexto social en el que el ejercicio de ese derecho por las mujeres aún experimenta dificultades estructurales» (FJ 6).

«el tipo y la sanción penal solo pueden estimarse constitucionalmente legítimos si no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado en la libertad que limitan, o un efecto desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada» (FJ 5). La proyección al caso de esta máxima discurre por una ponderación entre la finalidad perseguida por la disposición y los medios empleados a efectos de averiguar si, para el fenómeno del que se ocupa el art. 172 *quater* CP, «resulta innecesaria una reacción de tipo penal» o «la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito» se demuestra excesiva (FJ 5). Dicho esto, el TC se muestra firme a la hora de considerar que, en este caso, no se ha producido un «derroche inútil de coacción»<sup>14</sup>. Esto último, por dos motivos principales. Por un lado, porque el objeto de protección del art. 172 *quater* CP (el derecho a la IVE<sup>15</sup>) constituye un valor requerido del abrigo de la coacción penal (FJ 5)<sup>16</sup>. Por otro lado, porque, atendiendo a la necesidad de proteger penalmente este ámbito de libertad, las consecuencias penológicas del precepto impugnado no son desproporcionadas habida cuenta de la existencia de mecanismos que permiten atemperar la sanción resultante (véanse los argumentos que apoyan esta idea al final del FJ 5). Con base en estas consideraciones, el alto tribunal concluye que el art. 172 *quater* CP «no puede estimarse constitucionalmente ilegítimo porque la previsión que contiene, en relación con la conducta típica y en relación con la pena prevista, no ha producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad de expresión o del derecho de manifestación» (FJ 5).

### **3. Consecuencias penales: manifestarse ante una clínica abortista, ¿es típico?**

#### **3.1. Consideraciones previas**

Una vez expuestos los argumentos que aduce el TC para declarar que el art. 172 *quater* CP es conforme a la Constitución, es momento ahora para ofrecer una solución a la pregunta que he utilizado para titular el presente comentario. El hecho de que el TC valide el uso de la expresión «actos molestos» permitiría, *a priori*, responder con un categórico «sí y en cualquier caso». Ciertamente, el ejercicio de un derecho que comporta una carga emocional tan grande implica que la mera presencia de los manifestantes a las puertas de las clínicas de IVE, aunque permanezcan en estricto silencio, contribuya a generar malestar en la mujer. Aunque ello constituya una muestra de una simple comprensión psicológica de corte intuicionista, la amplitud semántica del término en cuestión se presta a este tipo de ejercicios mentales. Frente a este peligro, tiene sentido que, en su voto particular, los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera lamenten que la mayoría del TC no haya propuesto una sentencia interpretativa de tal manera que «solo podrían ser sancionadas aquellas conductas que, por su gravedad intrínseca, fueran susceptibles de lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido» (motivo 3.º del voto particular).

Sin embargo, considero que la resolución es lo suficientemente amplia como para que esta última demanda (o, como mínimo, su objetivo) no sea en vano. En efecto, entiendo que la sentencia

---

<sup>14</sup> Elemento a verificar cuando se analiza la constitucionalidad de una norma penal (por todas, STC 8/2024, de 16 de enero [BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2024], FJ 6).

<sup>15</sup> Sobre su trascendencia constitucional, véase la STC 44/2023, de 9 mayo (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023).

<sup>16</sup> En concreto, el TC expone que «tal garantía normativa [la protección de la libre interrupción del embarazo] se puede alcanzar no solo desde el desarrollo de un modelo de despenalización, más o menos amplio, (...) sino también desde la tipificación de conductas limitativas de la libre decisión de ejercer el derecho» (FJ 5).

habilita al intérprete a asumir una interpretación restrictiva que limite los casos típicos a aquellos que se ejercen con «violencia». Con ello, la respuesta a la pregunta se convertiría en un «depende»: la intensidad lesiva de los actos en los que se proyecta la manifestación ante las clínicas de IVE y su aptitud para obstaculizar el ejercicio del derecho por parte de la mujer serán, en mi opinión, los elementos que informarán de su relevancia típica. A fin de justificar esta idea, estructuraré el presente apartado de la siguiente manera. En primer lugar, analizo las repercusiones de relacionar, tal y como hace el TC, los «actos molestos u ofensivos» con el (supuesto) verbo típico rector de la conducta, esto es, «acosar» (apdo. 3.2). Como podrá observar el lector, esta conexión invalida que el intérprete disponga de referencia interpretativa alguna. En ausencia de esta, el aplicador de la norma deberá «vérselas a solas» con la expresión «molestias» a fin de captar su significado típico. En segundo lugar, presento como el TC, indirectamente, es consciente de los riesgos prácticos que depara la anterior realidad, llamando a que el intérprete tenga en consideración estos peligros (apdo. 3.3). En tercer y último lugar, expongo como esta «llamada de atención», de hecho, abre el camino a que el aplicador del Derecho siga una vía restrictiva que reduzca el término «molestia» a la mínima expresión (apdo. 3.4).

### 3.2. La «molestia» como medio comisivo del «acoso»

Uno de los argumentos que emplea el TC para validar la taxatividad del término «molestia» es, recordemos, el siguiente: el «verbo típico rector de la conducta del precepto impugnado no es la ejecución, entre otros, de actos molestos u ofensivos, sino la acción de acosar» (FJ 4). Habida cuenta de la existencia de un desarrollo conceptual de este verbo al hilo de la aplicación de los arts. 172 ter, 173.1, párrafo tercero y 184 CP, el intérprete dispondría de una referencia para captar los márgenes de la prohibición contenida en el precepto en disputa. Pero, nada más lejos de la realidad. Sobre esta cuestión, recuerdan los magistrados más críticos con la sentencia<sup>17</sup> que todos las disposiciones legales que los ponentes señalan como manifestaciones del verbo típico «acosar», en realidad, solo concretan este término a través de ciertas modalidades comisivas, sin ofrecer una definición «universal» del mismo (p.ej., el art. 173.1 CP al relacionar «acosar» con «actos hostiles o humillantes»; o el art. 184 CP cuando define el «acoso sexual» como solicitar «favores de naturaleza sexual (...) en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga (...) [que provocare] una situación objetiva gravemente intimidatoria, hostil o humillante»). De esta manera, los magistrados objetores concluyen que el «acoso queda así definido (...) por la remisión a unas concretas conductas» de tal forma que «la delimitación de lo que deba entenderse por actos molestos no puede hacerse (...) por remisión al concepto de acoso porque, precisamente, el acoso está definido, a su vez, por lo actos molestos» (motivo 2.º del voto particular).

Efectivamente, un repaso rápido del desarrollo jurisprudencial de los preceptos citados por el TC impide identificar herramientas interpretativas para el futuro aplicador del art. 172 *quater* CP. Reparemos al respecto en el delito de *stalking* ex art. 172 *ter* CP. Es conocida la exigencia típica «de forma insistente y reiterada» de esta disposición, elemento caracterizador del acoso en estos supuestos<sup>18</sup>. Ello ha dado pie a una jurisprudencia muy restrictiva cuyo sentir ejemplifican a la

<sup>17</sup> Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, quienes llegan a afirmar que el art. 172 *quater* CP «es una meridiana expresión del criterio [se refieren al principio de intervención mínima] contrario, es decir, el de intervención máxima o expansionismo desbordante del Derecho penal, decididamente contrario al valor libertad que es exigencia indispensable, imprescindible, en el Estado democrático» (motivo 1.º del voto particular).

<sup>18</sup> Al respecto, véase ALTÉS TÁRREGA, «La represión penal del acoso en el trabajo», *Labos*, (2-1), 2021, pp. 44 ss.; DE LA CUESTA ARAZMENDI/MAYORDOMO RODRIGO, «Acoso y Derecho penal», *Revista Penal México*, (6), 2014, p. 63,



perfección las siguientes palabras del TS: «[l]os términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada», de tal forma que, para colmar los requisitos típicos, es necesario que los actos de acoso «sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana»<sup>19</sup>. Todo ello hasta tal punto que el TS ha llegado a afirmar que

«no sería constitutivo de un delito de acoso actos que provoquen *una mera molestia* en el afectado y de carácter transitorio, o poco extendidos en el tiempo, así como poco persistentes, por lo que debemos situar el pórtico *hacia abajo en la mera molestia* y hacia arriba en el acoso según sea el tipo de acoso, su duración en el tiempo, y persistencia *que excedan de una mera molestia* obvia que toda persona pueda experimentar ante este tipo de conductas»<sup>20</sup>.

Entonces, si la referencia para interpretar el término «molestia» debe situarse en un delito cuya definición jurisprudencial más extendida excluye de su ámbito de aplicación, precisamente, las «molestias», solo quedan dos opciones. O bien el TC está señalando que el art. 172 *quater* CP puede aplicarse para casos de *stalking* a mujeres que quieren ejercer su derecho a la IVE<sup>21</sup>, de tal manera que el precepto constituiría (de nuevo) una *lex specialis* con respecto al art. 172 *ter* CP<sup>22</sup>. O bien el TC está admitiendo, indirectamente, que su teoría sobre el hecho de que esta disposición constituya una referencia para interpretar el término «molestia» es una mera suposición que cualquier intérprete puede descartar después de un análisis más profundo del problema.

En ambos casos, creo que es adecuado afirmar que el aplicador del Derecho carece por lo expuesto de una referencia (como mínimo, firme) para interpretar la expresión controvertida «actos molestos». Su «soledad» frente al término, cuya inclusión en el Código ha quedado validada por parte del TC, impone la necesidad de ofrecerle a aquél herramientas interpretativas que le permitan ir más allá de su sentido literal (recuérdese la definición que ofrece la RAE para la palabra en cuestión). Evidentemente, ello abre la puerta a una controversia eterna: concederle una especie de «poder legislativo» al intérprete que podría contradecir la intención del legislador, evidenciada con meridiana claridad en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica impugnada y proyectada, precisamente, a través de la expresión «actos molestos». No soy ajeno a estos riesgos. Mucho menos, en un ámbito tan propenso a las “batallas personales” como lo es el de la controversia sobre el aborto. Sin embargo, creo que el propio TC aboga, aunque sea indirectamente, a favor de que el aplicador del Derecho, en el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, intente recorrer este camino restrictivo, aunque esto le lleve a alejarse de los deseos político-criminales del legislador. Y hay motivos (estrictamente jurídicos y constitucionales)

---

definiendo el acoso como «una conducta invasiva, una injerencia persistente en el proyecto de vida personal, que indudablemente afecta a la libertad y a la seguridad de quien la padece».

<sup>19</sup> STS 324/2017, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1647).

<sup>20</sup> STS 843/2021, Penal, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4045) (las cursivas son mías).

<sup>21</sup> Ejemplos: llamadas telefónicas insistentes a la mujer que desea ejercer el derecho a la IVE, toma de contacto a través de redes sociales y envío masivo de propaganda antiabortista, seguimientos intrusivos en la calle que afectan la vida diaria de la mujer, etc. Como puede verse, todos son casos alejados del paradigma al que quiere hacer frente la reforma legislativa.

<sup>22</sup> Y ello, para sorpresa de todos (o de nadie), convertiría nuevamente al art. 172 *quater* en un «subtipo privilegiado» (pena de prisión de tres meses a un año –art. 172 *quater* CP– vs. pena de prisión de tres meses a dos años –art. 172 *ter* CP–).

para desearlo así, más allá de lo que uno piense sobre el fenómeno que ha suscitado toda esta discusión. Lo justifico en el siguiente apartado.

### 3.3. La «autoconfesión de los riesgos interpretativos» por parte del TC

Tras validar la inclusión de la expresión «actos molestos» en la sistemática del Código, el TC advierte, no obstante, de los riesgos que ello puede deparar frente al ejercicio de libertades y derechos fundamentales dada la porosidad de la palabra en cuestión. Al respecto, el alto tribunal llega a admitir que «será en el ámbito aplicativo concreto de este precepto por parte de los órganos judiciales, y no en el de su concreción legislativa, que es el objeto de análisis del presente proceso constitucional, en el que, en su caso, habrá de controlar, incluso por la vía del procedimiento de amparo ante este tribunal, cualquier eventual interpretación imprevisible de dicho precepto» (FJ 4). Algo parecido suscita el magistrado Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular (favorable a la constitucionalidad del art. 172 *quater* CP, aunque contrario a dotar de trascendencia constitucional al derecho a la IVE<sup>23</sup>): los «casos límites en que «actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos» que bajo determinadas condiciones castiga el nuevo tipo penal pudieran considerarse amparados en el ejercicio de esos u otros derechos fundamentales podrán resolverse con los mecanismos ordinarios de interpretación jurídica» (motivo 2.º del voto particular). Esta «autoconfesión de los riesgos interpretativos»<sup>24</sup> es una señal poderosa, en mi opinión, de la posibilidad de que la *praxis* forense evite una «criminalización» de todos los tipos de protestas que se suelen llevar a cabo ante las puertas de las clínicas de IVE.

En efecto, el TC evidencia con estas palabras su consciencia sobre el peligro que una interpretación laxa del término «molestia» puede implicar para el derecho a la protesta. Y, frente a este riesgo, tiene sentido que el aplicador del Derecho, en el caso concreto, abogue por una interpretación restrictiva que optimice al máximo la esfera de libertad de quienes participan en las manifestaciones objeto de la controversia. Así, la proyección de la identidad política del Estado hacia la libertad, en tanto que valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debe servir, más que para condicionar el espacio de decisión del poder legislativo<sup>25</sup> (una polémica que siempre estará sujeta a la histórica objeción democrática<sup>26</sup>), para delimitar los márgenes de la prohibición dimanada de los distintos tipos penales en sede interpretativa. De esta forma, el contenido semántico de los enunciados típicos debe reseñarse hermenéuticamente, no solo

<sup>23</sup> Crítica que comparten todos los votos particulares, en los que se aprovecha la ocasión para volver a cuestionar la STC 44/2023, de 9 mayo (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023). Sea como fuere, en mi opinión, esta cuestión es intrascendente para analizar la corrección de la conminación penal en este supuesto. Ciertamente, como bien afirma el magistrado disidente Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular, «[e]l Derecho penal no está circunscrito a la protección del ejercicio de derechos fundamentales» de tal forma que «[d]entro de su margen de apreciación, el legislador es libre para seleccionar ciertas manifestaciones [de conductas atentatorias] contra el *agere licere*». En efecto, el carácter constitucional o no de la conducta libremente ejercida por las mujeres que acuden a las clínicas donde se practica el aborto es irrelevante para fundamentar su protección penal. A este sector del ordenamiento solo debe interesarle defender la «libertad» frente a injerencias externas que la puedan hacer impracticable, sea cual sea el contexto o el objeto de su ejercicio. No concierne, entonces, *qué* libertad se protege en uso de la conminación penal, sino *cómo* se protege.

<sup>24</sup> Esta expresión la utilizan Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera en el motivo 3.º de su voto particular.

<sup>25</sup> Que es lo que pretenden los magistrados críticos Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera en su voto particular: «la sentencia debió estimar el recurso en este punto [con respecto a la falta de taxatividad], declarando la inconstitucionalidad de las expresiones “molestos y ofensivos” contenida en el art. 172 *quater*, apartado 1 CP».

<sup>26</sup> Sobre este tema, desde una perspectiva jurídico-penal, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, pp. 24 ss.

atendiendo al *telos* de la norma, sino también al hecho de que esta última constituye un peldaño más en un sistema de derechos y obligaciones previamente delimitado que tiene como fuente de origen unas premisas político-constitucionales muy claras. Así pues, en el marco de un Estado de premisas liberales, toma sentido inclinarse por una interpretación *pro libertate*. Pero ello no debe convertirse, ni en un recurso retórico con el que (re)vestir una agenda personal de tipo político o moral, ni en una inclinación nacida de una idea absoluta o trascendental de Derecho. Este último es un constructo histórico y, por ello, contingente. Por lo tanto, para defender, no la virtud abstracta, sino la adecuación (histórica) de este tipo de interpretaciones, basta con advertir que, «aquí y ahora», aquel se alimenta de un combustible político-programático muy específico.

Esta posibilidad de modo alguno erosiona el poder del legislador. Este último puede marcarse los objetivos político-criminales que buenamente pretenda, en tanto que principal agente decisor en esta cuestión. Y estos fines pueden servir de referencia al intérprete, sin duda, a la hora de captar el espacio de prohibición dimanado de una norma<sup>27</sup>. Sin embargo, un tipo penal no debe contemplarse como una parcela de materia prohibida totalmente aislada. Por el contrario, todo tipo penal se añade a un espacio pre-configurado de posiciones jurídicas, libertades y ámbitos de organización delimitado tanto por las otras ramas del ordenamiento jurídico como por, muy especialmente, la Constitución. De esta forma, por mucho que en los tipos penales se expresen en abstracto el merecimiento y la necesidad de pena a través del señalamiento de «la clase de conductas que, en términos generales, ingresan en el ámbito del Derecho penal», la definitiva justificación del castigo deberá contar, además, con un ulterior análisis sistemático-contextual y teleológico de estas referencias legales<sup>28</sup>, «no porque el juez esté legitimado a efectuar un nuevo juicio de espaldas al del legislador que se ha expresado en los tipos, sino porque los tipos legales (dada su autonomía conceptual) pueden abarcar formalmente conductas que no merecen o no necesitan pena»<sup>29</sup>. En atención a los pilares fundamentales que legitiman, de cara al súbdito, nuestra comunidad política, esto es lo que ocurre precisamente con el art. 172 *quater* CP y el término «molestias» cuando este colisionan con el fenómeno de la protesta. Con todo, no se trata de sustituir la *mens legis* por la propia, sino de contextualizarla en un sistema previamente delimitado que parte de una idea muy precisa sobre la legitimación del castigo y los ámbitos de libertad.

### 3.4. «Actos molestos» e «intensidad lesiva»

¿Y sobre qué sistema irrumpe el precepto cuestionado? El propio TC nos da la respuesta. Así pues, es reiterada la jurisprudencia del alto tribunal al respecto de los límites de la libertad de expresión y los derechos de reunión y manifestación. De estos pronunciamientos puede extraerse un elemento fundamental: molestar es una consecuencia inherente de cualquier protesta, la cual debe disfrutar de un amplio margen de tolerancia «pues así lo requieren el pluralismo y el espíritu

---

<sup>27</sup> En todo caso, véanse las reflexiones del TC sobre el (nulo) valor normativo de las exposiciones de motivos de las leyes en la sentencia objeto del presente comentario (FJ 4.a).

<sup>28</sup> Lo que puede vincularse con el impacto de la doctrina del “efecto desaliento” en el Derecho penal. Sobre esto, COLOMER BEA, *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*, 2024, pp. 137 s., considerando, para el caso de tipos penales de menor gravedad (como -entiendo- el que aquí nos ocupa) que lo que hace el efecto desaliento «es disminuir la antijuridicidad del comportamiento objeto de sanción (...). Si (...) el vínculo con el ejercicio de un derecho fundamental se da en el caso concreto enjuiciado, entonces es el órgano jurisdiccional a quien le corresponde excluir la condena, basándose en la falta de relevancia penal de la conducta sometida a su conocimiento»

<sup>29</sup> ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 112.

de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 190/2020, de 15 de diciembre, [BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021])<sup>30</sup>. En un lenguaje más jurídico-penal, con paralelismos con la dogmática del estado de necesidad, podríamos decir que todos los agentes sociales tienen el deber de tolerar ciertas injerencias en su esfera de bienes y derechos con el fin de contribuir al aseguramiento de determinadas condiciones necesarias para la libertad institucionalmente reconocida<sup>31</sup>, en la que podemos incluir, en términos abstractos, el «derecho a protestar»<sup>32</sup>. Por ello, es plausible afirmar que un sistema de pluralismo político pueda defenderse a costa de algunas intromisiones de baja intensidad en determinados derechos (patrimonio, libertad deambulatoria). En mi opinión, solo de esta forma es posible conceder un margen de «eficacia» a las libertades y derechos en disputa (arts. 16, 20 y 21 CE), entendida esta cualidad como la posibilidad de que su ejercicio irrumpa en el debate público y pueda ser «tenido en consideración». Lo contrario esterilizaría el sentido del reconocimiento político de un amplio margen para protestar (con independencia ahora de su traducción en un derecho fundamental concreto), esto es, para «comunicar» el desacuerdo, entre otras cosas, con el contenido ético-valorativo de las leyes<sup>33</sup>.

De momento, esto implica que las posibles receptoras de las «molestias» desprendidas de las manifestaciones organizadas ante las clínicas, esto es, las mujeres que quieren entrar en ellas para ejercer su derecho a la IVE, deben «tolerarlas» con tal de facilitar así un espacio de «comunicación crítica» del que ellas también pueden beneficiarse. De la misma manera que la libertad deambulatoria del trabajador que acude a la oficina un día de huelga por parte de los operarios de RENFE o FGC puede quedar mermada por la disminución de los servicios públicos de trenes, y no podríamos calificar como «ilegítima» (desde las premisas del sistema político) tal injerencia; una conclusión similar podemos extraer para el caso que nos ocupa<sup>34</sup>. Efectivamente, a la pregunta, planteada recientemente por COCA VILA, «¿por qué debo tolerar una violación de mis derechos (p.ej., la libertad de movimientos cuando se bloquean calles) para que se pueda difundir un mensaje político»<sup>35</sup>, se le puede ofrecer la siguiente respuesta: Porque la comunidad política que nos cobija, no solo reconoce vías institucionales de participación política (art. 23 CE), sino también, aunque sea indirectamente, vías (pseudo)desinstitucionalizadas<sup>36</sup> caracterizadas por una espontaneidad y (baja) perturbación, en tanto que elementos fundamentales para que aquella logre su objetivo (a saber, comunicar). De lo contrario, lo mejor

<sup>30</sup> Remarcando, además, que ello debe efectuarse aunque «la crítica de la conducta de otro sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige».

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, pp. 34 s.: «[e]l deber de tolerancia aparece, en suma, como un deber cuasiinstitucional dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite a las que no alcanzan las medidas institucionales ordenadas de modo estático a subvenir a las necesidades de los ciudadanos».

<sup>32</sup> Sobre el término (que utilizo a efectos meramente gráficos), véase FERNÁNDEZ PERALES, «La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (75), 2022, pp. 783 ss., especialmente p. 786, n. 105.

<sup>33</sup> Es indicativo que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, la cual "derogó" el art. 315.3 CP (delito de coacciones a iniciar o continuar una huelga; una especie de "tipo específico" de coacciones, de allí las comillas) se llame a frenar «un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno».

<sup>34</sup> Salvo que se quisiera entender que el derecho que están ejerciendo las mujeres en estos casos, dada su «precocidad», merece de una protección excepcional que, por tanto, implicaría unos márgenes de tolerancia mucho más estrechos. Dejo apuntada la idea.

<sup>35</sup> COCA VILA, «Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence», *Res Publica*, 2023, p. 12.

<sup>36</sup> Sobre los requisitos y el sentido de las autorizaciones administrativas a las manifestaciones, véase la STC 88/2023, de 18 de julio (BOE núm. 205, de 28 de agosto de 2023).

sería generar un "manifestódromo municipal" como una suerte de espacio prefijado y controlado en el que poder canalizar la crítica a una política o una norma. Ello, sin embargo, convertiría esta participación en una pantomima alejada del ideal, fundante de la comunidad política, de «Estado democrático».

Sin embargo, toda tolerancia tiene límites. Al respecto, el TC también se ha pronunciado de forma muy clara. La idea última del alto tribunal la expone de forma categórica Santaolalla López: «el ejercicio violento de un derecho fundamental determina su salida del ámbito protegido por el mismo»<sup>37</sup>. Así pues, la «violencia», junto a la «alteración del orden público»<sup>38</sup>, ha sido señalada como el exceso paradigmático en el ejercicio del derecho a la reunión y manifestación (STC 133/2021, de 24 de junio [BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021]). La idea es evidente: si bien la eficacia de las vías informales de participación política puede asegurarse a costa de determinadas injerencias de baja intensidad en determinados derechos individuales (básicamente, la libertad deambulatoria); respuesta contraria merecen aquellas perturbaciones, no ya solo de derechos más importantes (p.ej., la vida o la integridad física), sino que presentan una intensidad mayor con respecto a aquellos mismos derechos individuales. La frontera entre uno y otro grado de intensidad la puede marcar perfectamente el término «violencia».

Todo lo anterior debe condicionar la reconstrucción de los márgenes de tipicidad del art. 172 *quater* CP por parte del intérprete ordinario. Al respecto, la solución al problema no pasa por la eximente de «ejercicio de un derecho» (art. 20.1.7.º CP)<sup>39</sup>, pues la cuestión no atañe a la justificación de la conducta, sino al de su desaprobación social-general a los efectos de escudriñar si esta «se mueve dentro de los espacios de permisión o tolerabilidad social»<sup>40</sup>. En efecto, un comportamiento vinculado a la espina dorsal del ejercicio de un derecho fundamental no puede situarse intramuros de los márgenes de la prohibición desprendida de un tipo penal. Cualquier postura mínimamente favorable al enriquecimiento del juicio de tipicidad con consideraciones normativas debe alcanzar esta conclusión. Por ello, si al núcleo central del «derecho a la protesta» pertenece, en términos generales, la causación de molestias, a la hora de fijar los límites de lo penalmente tolerable en atención a lo dispuesto en el art. 172 *quater* CP, el intérprete debe compatibilizar esta realidad con el contenido semántico de la disposición. Todo ello, a fin de evitar que la norma genere un espacio de prescripción "de espaldas" a la realidad normativa (político-constitucional) sobre la que se asienta. Para lograr una interpretación óptima, compatible con todo lo dicho con anterioridad, no hace falta ir muy lejos. En la misma sentencia objeto del análisis, el TC declara lo siguiente:

«(...) a los efectos de valorar una eventual imprevisibilidad en la comprensión de los elementos del tipo "actos molestos y ofensivos" y, una interpretación subjetivizante, debe tenerse en cuenta que

---

<sup>37</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, «El derecho de manifestación ante el parlamento», *Revista de Derecho Político*, (91), 2014, p. 38.

<sup>38</sup> BARCELÓ SERRAMALERA, «Las libertades de expresión y de reunión en la Constitución española: breve apunte sobre los "escraches" como punto de confluencia entre ambas libertades», *Chapecó*, (14-3), 2013, p. 45, indicando que la «noción de orden público se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político».

<sup>39</sup> Véase al respecto la interesante interpretación que ofrece de este precepto PAREDES CASTAÑÓN, «Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso "Autrem el Parlament"», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1233 ss.

<sup>40</sup> ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 103 s.

estos elementos aparecen, por un lado, integrados con otros medios comisivos como la intimidación y las coacciones y, por otro, vienen acompañados de la precisión de que dichos actos tienen que menoscabar la libertad del sujeto pasivo. Esta contextualización, acompañada de la finalidad típica de que se trata de una conducta de acoso para obstaculizar el ejercicio de determinados derechos, permiten un adecuado entendimiento de la expresión “actos molestos y ofensivos” por parte de los destinatarios y de los operadores jurídicos, parificados no solo con la intensidad lesiva del resto de medios comisivos en relación con el derecho a la libertad, sino con su efectivo menoscabo mediante la obstaculización al ejercicio de concretos derechos».

El deber de parificar el término «molestias» con la intensidad lesiva del resto de medios comisivos, entre los que se incluyen los «actos coactivos», permite señalar la «violencia» como el *Leitmotiv* del asunto. Así lo ha remarcado el Tribunal Supremo, indicando que aquella, sea física o moral, constituye el denominador común de todo «acto coactivo»<sup>41</sup>. Y si a esta apreciación se la añade la necesidad de atribuir a la conducta enjuiciada la capacidad de menoscabar efectivamente la libertad mediante la obstaculización del ejercicio a la IVE, creo estar en condiciones de ofrecer un modelo interpretativo para procesar jurídico-penalmente las variadas formas que pueden tomar las protestas que se realizan alrededor de las clínicas. Así pues, en aquellos casos en los que se suscite la posibilidad de aplicar el art. 172 *quater* CP a un supuesto de manifestación antiabortista, el aplicador del Derecho deberá interpretar el precepto de tal forma que se optimice el derecho a la protesta de forma compatible con el derecho a la IVE. En tanto que al primer fenómeno le es inherente «causar molestias» y que, en pos del mantenimiento de un estado de libertad institucionalizada, puede exigirse a las mujeres un cierto deber de tolerancia al respecto, los diversos actos en los que se canalice la manifestación deberán situarse en un ámbito de transigencia penal siempre y cuando aquellos no excedan este marco de permisibilidad a través de comportamientos violentos. Todo ello da pie al siguiente esquema casuístico:

1. Serán típicas, a los efectos del art. 172 *quater* CP, todas aquellas protestas que impliquen violencia. En atención a la «espiritualización» de la que ha sido objeto este término por parte de la jurisprudencia ordinaria al hilo de la aplicación del delito de coacciones<sup>42</sup>, entonces, estarán prohibidas aquellas manifestaciones violentas, «tanto física como moral, esta última a través de una intimidación personal o incluso a través de las cosas, siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo»<sup>43</sup>. Esta definición permite incluir en el ámbito de prohibición de la norma los siguientes casos: la formación de barricadas humanas alrededor de la clínica que impida el paso a las mujeres o a sus trabajadores (reparese en el apdo. 2 del art. 172 *quater* CP); el menoscabo de los servicios de luz o gas de los centros, impidiendo con ello el correcto funcionamiento de los mismos; o la presencia de los manifestantes en actitud amenazante (a cuya constatación puede contribuir el tono de las proclamas o el lanzamiento de objetos, como es el caso de los muñecos en forma de fetos) que crearan una situación de intimidación climática<sup>44</sup>. En todos estos casos se produce un menoscabo

<sup>41</sup> Entre muchas otras, SSTS 98/2022, de 9 de febrer (ECLI:ES:TS:2022:394); 658/2020, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4073).

<sup>42</sup> Sobre esto, siguen siendo válidas las aportaciones críticas de RAGUÉS I VALLÈS, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal. LH-Jakobs*, 2003, pp. 481 ss. Véase también, JAKOBS, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, 2018, p. 27.

<sup>43</sup> STS 214/2011, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1859).

<sup>44</sup> Algo parecido se suscitó en la STC 137/1997, de 21 de julio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), en la que se validó la condena del jefe de un piquete de trabajadores por indicarle al empresario que no podía acceder al lugar de trabajo «dado el panorama». Según precisó la AP de Guadalajara en la sentencia objeto del recurso de amparo,

efectivo del bien jurídico protegido (libertad) y una obstaculización real del derecho a la IVE. En definitiva, son típicas todas aquellas manifestaciones que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, hubieran podido incardinarse en el delito de coacciones *ex art. 172.1 CP* y, en consecuencia, castigarse con mayor pena.

2. Serán atípicas, a los efectos del art. 172 *quater CP*, todas aquellas protestas que no impliquen violencia, pese a que su presencia ante las puertas de las clínicas de IVE pueda «inquietar» o «molestar» a las titulares del derecho en disputa. Esta conclusión es coherente con la necesidad de interpretar el término «molestia» en atención a la intensidad lesiva de los demás medios comisivos y conforme a la expresión «para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo» (me remito nuevamente a las palabras del TC expuestas *supra*). Además, esta interpretación permite compatibilizar el tipo penal (el ámbito de lo prohibido) con la previa definición constitucional de las esferas y espacios de libertad a expensas del ejercicio del derecho a la manifestación. Por lo tanto, la mera presencia de los manifestantes ante las puertas, sin actitud amenazante, estén o no rezando o, incluso, repartiendo folletos informativos, constituyen formas vinculadas a la espina dorsal del derecho a la manifestación y, aunque pudiera generar molestias, no pueden considerarse típicas.

#### 4. Conclusiones

El hecho de que el TC haya declarado que el art. 172 *quater CP* es conforme a la Constitución, validando con ello la expresión «actos molestos», no implica que todas las manifestaciones que se producen a las puertas de las clínicas de IVE, pese a ser molestas, queden integradas en el ámbito de prohibición dimanado del tipo penal en disputa. En efecto, la necesaria contextualización de toda estructura típica en el marco normativo (político y constitucional) en el que se incorpora obliga al aplicador de la norma a seguir una interpretación restrictiva en aquellos casos en los que el tipo en cuestión, pese a proteger el libre ejercicio de un derecho con trascendencia constitucional, colisiona con la práctica de otro derecho fundamental (en este supuesto, el de manifestación). Dos son los elementos que caracterizan este marco político-normativo. Primero: nuestra comunidad política reconoce un amplio margen a la «protesta». Segunda: también se reconocen vías (pseudo)desinstitucionalizadas de participación política a las que les son inherentes los caracteres de espontaneidad y baja perturbación en determinados derechos individuales (básicamente, la libertad y el patrimonio). Con ello puede concluirse que, en términos generales, existe un deber de tolerar las molestias que pudieran derivarse de las protestas con el fin de contribuir al mantenimiento de un estado de libertades del que toda la ciudadanía puede beneficiarse. El límite de este umbral de tolerancia vendrá marcado por los conceptos de «violencia» y «alteración del orden público». En consecuencia, en aquellos casos en los que se suscite la aplicación del art. 172 *quater CP* a un supuesto de manifestación ante una clínica de IVE, su interpretación deberá ser compatible con esta pre-configuración de los márgenes de libertad. Por lo tanto, deberán considerarse atípicas todas aquellas protestas que, pese a causar molestias, constituyan formas no violentas de ejercer el derecho a la manifestación. Con todo lo dicho hasta ahora, considero que la sentencia del TC objeto del análisis habilita al intérprete a seguir un camino que convierte el precepto en disputa en un «subtipo privilegiado» de coacciones. Sobre esta cuestión, solo recordar las palabras pronunciadas, durante el debate parlamentario, por una diputada socialista favorable a la inclusión de este delito: «lo que no

---

estas palabras generaron una *vis* intimidativa de tal forma que aquel «se vio impedido de poder hacerlo [acceder al centro de trabajo], por la actitud singular del enjuiciado que tenía como respaldo inmediato la masa de 200 operarios que le abucheaban».

pueden hacer [los manifestantes] es ponerse delante de una mujer a obstaculizar su paso a una clínica, ofenderla, insultarla y llamarla asesina. Eso es lo que no pueden hacer. Eso no es libertad de expresión; eso es delito, eso es coacción (Aplausos)»<sup>45</sup>. En atención al Código penal vigente desde 1995, nadie lo dudaba.

---

<sup>45</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 123, p. 9.



## **Imprudencia o dolo eventual: el caso de un disparo injustificado entre policías**

### ***Comentario a la Sentencia Rol N° 250.819-2023 dictada el 22 de febrero de 2024 por la Corte Suprema de Chile***

Rodrigo Álvarez Quevedo  
ralvarezquevedo@gmail.com

-

## **1. Introducción**

El 22 de febrero de 2024, la Corte Suprema de Chile (en adelante, CS) acogió un recurso de nulidad presentado por la defensa de LCC, condenado por el 6° Tribunal del Juicio Oral de lo Penal de Santiago (en adelante, TJOP) a la pena de doce años de presidio como autor del delito consumado de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° del Código Penal, cometido en contra de VVC, ambos miembros de la Policía de Investigaciones de Chile.

En el recurso se invocó una causal principal y cinco subsidiarias, siendo acogida por la CS la cuarta subsidiaria –sin pronunciarse sobre ninguna de las demás (Considerando Vigésimo Segundo)–<sup>1</sup>, fundada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, toda vez que se concluyó que el autor actuó con dolo eventual, cuando en realidad se trataría de un delito cometido con culpa con representación. La CS anuló la sentencia y dictó una de reemplazo, condenando en definitiva a LCC a la pena de 540 días de presidio como autor de cuasidelito de homicidio, tipificado en el art. 490 N° 1 del Código penal, teniéndose por cumplida por el tiempo que permaneció sujeto a prisión preventiva. La sentencia permite plantear cuestiones relevantes sobre el concepto del dolo y la imprudencia, así como también sobre su prueba en el proceso penal.

## **2. La sentencia**

### **2.1. El hecho**

Dada la naturaleza del motivo de nulidad acogido, los hechos que se tuvieron por acreditados por el Tribunal resultan inamovibles para la CS, centrándose la discusión en su calificación jurídica. Así, los hechos probados consisten en que el 13 de junio de 2021, alrededor de las 15:30 horas, cuatro funcionarios de la Brigada de Homicidios Metropolitana de la Policía de investigaciones, dentro de los que se encontraban el imputado y la víctima, realizaban diligencias a bordo de un

---

<sup>1</sup> El Código Procesal Penal chileno permite anular total o parcialmente la sentencia y el juicio oral (art. 386) o solo la sentencia (art. 385), según la causal de nulidad que se acoja. Cuando el recurso se funde en varias causales debe indicarse si se invocan conjunta o subsidiariamente (art. 378), siendo habitual que las Cortes se pronuncien primero sobre la causal principal y luego de las subsidiarias.

vehículo –sin colores ni logos institucionales–, cuando observaron un automóvil tripulado por dos personas y que podría estar vinculado con un delito de homicidio cometido previamente. Ante ello, realizaron un seguimiento y decidieron efectuar un control de identidad, interponiendo su vehículo delante del fiscalizado, descendiendo la víctima VVC desde el asiento del copiloto y el acusado LCC desde la puerta trasera, con su placas identificatorias y armas de servicio desenfundadas, solicitando a sus ocupantes que se bajaran. A continuación, el conductor del vehículo fiscalizado aceleró para darse a la fuga, momento en el que, sin existir una amenaza real o peligro inminente para la seguridad de alguno de los funcionarios policiales o «sin que existiera causa o motivo suficiente», el detective LCC efectuó un disparo que impactó a la subinspectora VVC y le provocó la muerte.

## 2.2. La decisión del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal

El Tribunal de instancia condenó por el delito de homicidio simple, cometido con dolo eventual, determinando que la víctima recibió un disparo por la espalda por parte de su colega, cuando se encontraba interviniendo en un control vehicular y apuntando con su arma de servicio a los ocupantes del automóvil fiscalizado, de modo que «el agente se encuentra en condiciones de percibir y aquilatar la situación concreta y específica que enfrenta y está por lo tanto en condiciones de valorar, de representarse ex ante, las consecuencias que su decisión de actuar puede generar en terceras personas, no obstante, lo cual decide actuar de todas formas» (párr. 38, Décimo).

La sentencia sigue un concepto de dolo eventual compuesto por dos elementos, cognoscitivo y volitivo, cuyo disvalor implicaría «haberse representado con certeza la causación del resultado, y no haber servido dicha representación como elemento inhibitorio de la voluntad de actuar de todas formas», indicando que «en la conducta del acusado [hay] una inaceptable aceptación de un elevadísimo riesgo de lesión del bien jurídico» (párr. 38-41, Décimo), refiriendo luego que, estando en condiciones de representarse la posibilidad de que el disparo atravesara el cuerpo de quien estaba delante suyo y a corta distancia, «lo aceptó, sin detenerse, demostrando con eso que asumió ese resultado» (Decimotercero). Para ello, atiende a una serie de circunstancias que se referirán más adelante.

En un comienzo fueron imputados los dos sujetos que iban en el vehículo fiscalizado y estuvieron en prisión preventiva, pues todos los funcionarios negaron haber disparado y en el automóvil encontraron una vainilla<sup>2</sup>. Luego, a través de distintos medios de prueba, principalmente pericial, se tuvo por acreditado que el disparo fue efectuado por el condenado. Finalmente, se consideró que se trata de un actuar ilícito y antijurídico, toda vez que no había ninguna agresión o amenaza, por lo que no se configura ninguno de los requisitos de la legítima defensa u otra causa de justificación.

---

<sup>2</sup> El acusado declaró en el juicio oral no haber disparado y la defensa cuestionó su intervención, planteando dudas sobre la posibilidad de que el funcionario que conducía el vehículo hubiera sido el autor. Estos argumentos exceden el contenido de la sentencia de la CS y la versión inicial dificultó la investigación, pero el TJOP tuvo por acreditada su intervención por diversas pruebas, como la coincidencia de huellas secundarias del proyectil balístico con su arma fiscal, que mantenía residuos de disparos, que su arma había sido disparada, por su posición en el sitio del suceso y la trayectoria de la bala, entre otras, como dan cuenta principalmente los Considerandos Decimoprimeros y Decimosegundos de la sentencia del TJOP.

### 2.3. La decisión de la Corte Suprema

La CS señala que el dolo eventual se presenta cuando las consecuencias lesivas de un comportamiento aparecen como meramente *posibles*, «habiéndose representado el sujeto su *probable* ocurrencia y seguido adelante con su acción, no importándole lo que ocurra», estando integrado por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. La preponderancia de cada elemento sería discutida entre las denominadas teorías de la representación y teorías de la voluntad, siendo irrelevante la opción en favor de una u otra, toda vez que ambas exigirían que concurra «tanto el conocimiento cuanto la *voluntad*» (Décimo Cuarto). Luego invoca la «segunda fórmula» de FRANK, señalando que «sostiene que hay dolo cuando el actor actúa (...) diciéndose “*sucedá así o de otra manera, en cualquier caso continuo adelante con mi acción*”», indicando que para afirmar dolo eventual resulta indispensable que el actor «acepte el daño grave que se prevé se ocasionará al ofendido con su acción», determinando esta aceptación la distinción con la culpa con representación.

En relación con la aceptación, señala la CS, «para justificar la razón de punibilidad del dolo eventual, debe estar acreditada clara y suficientemente la realización del hecho típico –querer dar muerte a otro en este caso– cuando el agente se representa concretamente tal realización, como consecuencia probable de su propia conducta y acepta su verificación», de modo que «debe tratarse de aceptación no solo de lo no permitido, sino concretamente de aceptación del hecho delictivo», en circunstancias que de los hechos asentados por el TJOP «no es posible colegir que el acusado haya querido y aceptado la posibilidad de producción del resultado dañoso» (Décimo Octavo), destacando luego ciertas circunstancias fácticas –sobre lo que se volverá *infra*–, y concluyendo que no hay elementos de juicio para afirmar el dolo eventual y que «no resulta racional estimar que hayan [sic] actuado de ese modo, de haberse representado como posible la muerte de aquella a consecuencias de su actuar, sin que le importara que ello ocurriera, resulta más ajustado a la razón concluir que, aun de haberse representado la posibilidad de que sus actos imprudentes podrían causar algún daño a la víctima, desechó totalmente esa posibilidad, incurriendo en culpa con representación» (Décimo Octavo).

## 3. Dolo eventual e imprudencia

Aunque primero se señala que lo relevante sería que al sujeto no le *importe* lo que ocurra, la CS parece seguir la teoría de la *aceptación* –dentro de las teorías de la voluntad, mayoritarias en la jurisprudencia chilena–, que requieren de un elemento cognoscitivo y uno volitivo para la afirmación del dolo eventual<sup>3</sup>, contra de la cada vez más prominente doctrina chilena reciente, que se ha inclinado a prescindir de este segundo requisito<sup>4</sup>, orientándose hacia una normativización del concepto, «independizándolo de la psique del sujeto»<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sin perjuicio de algunas excepciones, como SCS Rol N° 13.123-2018, en donde se rechaza una nulidad por errónea aplicación del Derecho que cuestionaba la acreditación del dolo, parafraseando a RAGUÉS al señalar que «el dolo ha de ser concebido sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo, es decir, ya no se trata de un conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento», aunque sin entregar una mayor justificación de la postura.

<sup>4</sup> Con referencias a diversos autores, VAN WEEZEL DE LA CRUZ, «Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática chilena del siglo XXI», *Revista Ius et Praxis*, (27-1), 2020, pp. 193-196.

<sup>5</sup> CORCOY BIDASOLO, «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (4), 2011, p. 8. PORCIÚNCULA, quien rechaza que los estados mentales de un sujeto puedan ser *deducidos* de su comportamiento, destaca que tanto las teorías volitivas como las teorías cognitivas defienden en la actualidad parámetros normativos para la determinación del dolo, proponiendo llamar a esta tendencia como la «exteriorización del dolo» o la «intersubjetivización del dolo»,

Las teorías de la voluntad han sido objeto de múltiples críticas<sup>6</sup>, siendo posible destacar aquí que el conocimiento parece suficiente para fundar un reproche más severo<sup>7</sup>; que, si la voluntad es decisiva, se atribuye a quien actúa –y no al Derecho– la competencia para decidir si hay dolo o no; que la prueba de los elementos volitivos es un imposible, pues el autor siempre podrá negar haber actuado en el estado mental requerido<sup>8</sup>; entre otras. Más bien, como señala SILVA SÁNCHEZ, la voluntariedad es un elemento de la acción y no del dolo, siendo lo específico del dolo frente a la imprudencia «que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce toda su dimensión de significado»<sup>9</sup>.

A su vez, la CS utiliza la segunda fórmula de FRANK<sup>10</sup>–que supone analizar *ex post* algo que probablemente la persona nunca se preguntó– para la determinación del dolo, también objeto de diversas críticas, pues impide resolver adecuadamente casos en donde no se persigue la realización del resultado, no lo *acepta* o incluso se rechaza, pese a que deberían considerarse delitos dolosos. Esto ocurre con el caso del Cinturón de Cuero, que provocó la formulación de un *aprobar en sentido jurídico*<sup>11</sup>; el caso del Tirador de LACMANN, en el que errar el tiro y matar a una persona implicaba perder una apuesta<sup>12</sup>; el de los Mendigos Rusos que compran niños para mutilarlos y conseguir así más dinero<sup>13</sup>; el de las Carreras Ilegales en Berlín, en el que los conductores atraviesan trece cruces con semáforos y siete sin semáforos a una velocidad de 160 km/h<sup>14</sup>; el de un sujeto que asfixia a la víctima para dejarla inconsciente y luego transportarla en un automóvil a otro lugar para violarla, en circunstancias que muere asfixiada<sup>15</sup>; o el caso, también resuelto por la CS como homicidio imprudente –considerando incluso que la muerte hubiera significado el fin del negocio–<sup>16</sup>, en el que personas a cargo de una sala cuna cubrieron la boca de un lactante con cinta adhesiva, escribiendo en ella «soy un llorón», para luego acostarlo en una cuna durante horas. Si bien algunas de estas objeciones se han planteado a

---

ofreciendo un análisis crítico de los trabajos de los autores más relevantes en esta línea y su propia posición: PORCIÚNCULA, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*, 2014, pp. 301-310.

<sup>6</sup> Dentro de los recientes tratadistas chilenos, RETTIG ESPINOZA, *Derecho Penal Parte General. El delito de acción doloso e imprudente*, t. II, 2019, pp. 507-518

<sup>7</sup> Incluso, como afirma GRECO, dado que la distinción entre dolo e imprudencia no se vincula con la estructura de la motivación del autor, puede haber un «dolo altruista e imprudencia egoísta» en el homicidio a ruego de un enfermo terminal o en el caso de un médico desatento que en realidad odia al paciente, GRECO, «Comentario al artículo de Ramón Ragués», *Discusiones*, (13-2), 2013, pp. 73-74.

<sup>8</sup> GRECO, «Dolo sin voluntad», *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 22-25.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 649. Así, como afirma PUPPE, quien actúa con imprudencia consciente causa con dolo de segundo grado el peligro efectivamente reconocido, en PUPPE, «El caso de las carreras ilegales en Berlín (Berliner Raser-Fall)», *InDret*, (2), 2021, p. 401.

<sup>10</sup> No obstante, como afirma LAURENZO, FRANK era contrario a las teorías de la voluntad y ponía el acento en la previsión del resultado, fundando la gravedad del delito doloso en seguir adelante a pesar de la representación y en «no dejarse contramotivar por el efecto lesivo que originaría la acción», por lo que su fórmula «no conducía a afirmar la voluntad del resultado sino únicamente la voluntad de no evitarlo», LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, 1999, pp. 53-54; p. 283.

<sup>11</sup> RAGUÉS I VALLÈS, «Caso del cinturón», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp. 193-205.

<sup>12</sup> PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al §15 del Código Penal alemán*, 2010, pp. 66-67.

<sup>13</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 51.

<sup>14</sup> PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, pp. 398-404.

<sup>15</sup> GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, p. 23.

<sup>16</sup> VAN WEEZEL DE LA CRUZ, «Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal. A la vez, un comentario a SCS 2.07.2009, rol N° 3970-08 (caso de la Sala Cuna)», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, p. 57.

propósito de la primera fórmula de FRANK –como el caso de LACMANN–, se trata de un potencial crítico que «[r]efuta todo intento de concebir el dolo como alguna forma de aprobación interna del resultado, aun de modo condicionado o eventual»<sup>17</sup>.

De todos modos, si *aprobar*, *contar* o las demás expresiones afines se usaran en sentido natural, solo delincuentes por convicción actuarían con dolo<sup>18</sup>, por lo que no deben comprenderse en sentido descriptivo-psicológico, sino de imputación normativa<sup>19</sup>. Así, como afirma GRECO, en un sentido atributivo-normativo podemos afirmar que el universitario que no estudia para un examen, sale de fiesta y reprueba, aunque diga que no tenía la *intención* de reprobar, de algún modo lo *quería*<sup>20</sup>. Lo mismo ocurre con el jugador de ruleta que apuesta al color negro, conociendo las reglas del juego y la posibilidad de que la bola caiga en el color rojo, por lo que si juega «se halla *comprometido* con la posibilidad de perder: esa posibilidad (perder) forma parte de su *intención*»<sup>21</sup>, pese a que en un sentido descriptivo-psicológico la rechace.

Entonces, debemos atender al criterio normativo que informa la imputación subjetiva: la evitabilidad individual<sup>22</sup>, siendo lo relevante poder atribuir al autor «el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes»<sup>23</sup>. El conocimiento es necesario porque significa dominio y permite a quien sabe lo que hace controlar lo que puede generarse, de modo tal que puede decidir qué curso de acción tomar<sup>24</sup>. En otros términos, siguiendo a KINDHÄUSER: «La imputación al dolo expresa que el autor, en forma actual, dispone del saber necesario para evitar la realización del tipo. Por tanto, en el núcleo, dolo es saber suficiente para tratar de evitar la realización del tipo»<sup>25</sup>. Se trata de un conocimiento que llevaría a una persona fiel al Derecho a «formarse activamente la intención de evitar la realización del tipo penal»<sup>26</sup>, lo que implica que actualmente le es posible evitar intencionalmente la realización del tipo<sup>27</sup>.

A su vez, la imprudencia supone un «déficit de evitabilidad actual de la realización del tipo-delito por parte del potencial autor», por una falta de cuidado exigible, siendo una «inevitabilidad evitable»<sup>28</sup>. Mientras en el dolo hay un conocimiento actual que genera el deber de evitar la realización del tipo, en la imprudencia se carece de ese conocimiento, por un pronóstico incorrecto. Es decir, como enseña CORCOY, en la imprudencia el agente no tiene capacidad de

<sup>17</sup> PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, p. 67.

<sup>18</sup> PUPPE, «Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencia penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, (3), 2013, p. 13.

<sup>19</sup> PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, pp. 52-53.

<sup>20</sup> GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, p. 13.

<sup>21</sup> VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, 2ª ed., 2011, p. 255.

<sup>22</sup> GARCÍA CAVERO, «La imputación subjetiva en el Derecho Penal», en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, 2017, p. 25.

<sup>23</sup> GARCÍA CAVERO, en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva*, 2017, p. 18.

<sup>24</sup> GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 19-20.

<sup>25</sup> KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código Penal alemán comentado. Parte General. Comentario teórico y práctico: Nomos Kommentar*, 2022, p. 216.

<sup>26</sup> KINDHÄUSER, «¿Indiferencia como dolo?», en KINDHÄUSER/GARCÍA CAVERO/PASTOR MUÑOZ, *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial. I Jornada de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, 2005, p. 48.

<sup>27</sup> MAÑALICH RAFFO, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, (42-3), 2015, p. 15.

<sup>28</sup> MAÑALICH RAFFO, *Revista de Ciencias Penales*, (42-3), 2015, p. 18.

evitación por un «error sobre la capacidad de evitación» o un «error sobre la efectiva virtualidad de la conducta»<sup>29</sup>, sea por falta de previsión del peligro o sea por una confianza infundada<sup>30</sup>. Pero no cualquier confianza puede excluir el dolo; no basta creer en el azar o mantener una mera esperanza, sino que debe haber una mínima base racional o un mínimo fundamento objetivo que permita afirmar que existen posibilidades de no realización del tipo, sobre las que se mantiene cierto manejo y control<sup>31</sup>. Nuevamente se trata de una cuestión normativa y no descriptiva, pues «[e]l autor no es competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro del que es consciente, de que se realice el tipo, sino que lo es el Derecho», porque debe determinarse si jurídicamente cierta confianza puede considerarse en su favor, excluyendo el dolo<sup>32</sup>.

#### 4. La prueba del dolo

Sin perjuicio del concepto de dolo –subjetivo o normativo–, respecto de su determinación también es posible distinguir entre concepciones psicológicas y normativas<sup>33</sup>. Para las primeras, su prueba requiere constatar un fenómeno que ocurre en la cabeza del autor mediante un juicio descriptivo; mientras que para las segundas se trata de un juicio de adscripción<sup>34</sup>. Las concepciones psicológicas han sido criticadas por problemas de aplicabilidad<sup>35</sup>, pues es imposible conocer en forma directa lo que pase por la cabeza del autor en un tiempo pasado, siendo «necesario constatar la base fáctica del tipo subjetivo (conocimiento) de forma indiciaria»<sup>36</sup>. Por lo tanto, más allá de las diferencias, independiente de si se sigue una teoría volitiva o cognitiva, el contenido de las representaciones solo puede ser determinado en base a indicios a partir de los que se realizan atribuciones<sup>37</sup>. Así, incluso autores descriptivistas reconocen indicios tipo reconducibles a máximas de experiencia<sup>38</sup>, lo que ha sido acogido por la CS en diversos fallos, señalando que «a través de unos datos exteriores completamente acreditados [se infiere] la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal», o que el dolo y los elementos subjetivos «solamente pueden fijarse a por un proceso de inducción»<sup>39</sup>.

Bajo esta perspectiva es dudosa la utilidad de la exigencia de un elemento volitivo adicional, pues, como afirma HRUSCHKA, el elemento volitivo y el elemento cognitivo se hallan en una «relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las

<sup>29</sup> CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., 2005, p. 271-272.

<sup>30</sup> KINDHÄUSER, «¿Qué es la imprudencia?», en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, 2017, p. 31.

<sup>31</sup> LUZÓN PEÑA, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en ARROYO ZAPATERO/GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, 2001, p. 1127; VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, p. 55.

<sup>32</sup> PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, pp. 82 y 91.

<sup>33</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 287.

<sup>34</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 190-191.

<sup>35</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 259 ss.

<sup>36</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 132.

<sup>37</sup> WILENMANN VON BERNATH, «“El homicidio del mártir de la reforma agraria”. SCS de 03/01/197, RCP XXXIII, p. 63, en VARGAS PINTO (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte especial*, 2018, p. 506. VAN WEEZEL destaca que es posible sostener que el dolo como hecho psíquico es algo que debe probarse a través de indicios, para los que podrían ser de utilidad criterio como los elaborados por Ragués o de síndromes de riesgo, en VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Revista Ius et Praxis*, (27-1), 2020, p. 195.

<sup>38</sup> RETTIG ESPINOZA, «Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal», consideraciones, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (6), 2014, p. 29.

<sup>39</sup> SCS Rol N° 1.179-2013 y 1.933-2007; en un sentido similar, Roles N° 33.238-2020, 6.613-2012 y 31.392-2014.

circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión»<sup>40</sup>; por lo que, en la práctica, estos requisitos pseudovolitivos se deducen de no desistirse pese a la consciencia del riesgo de realizar el tipo<sup>41</sup>. En esto no hay nada de extraño: es el modo en que actuamos en la vida cotidiana, como cuando deducimos miedo de un sujeto que palidece y tiembla<sup>42</sup>; y así resuelven a diario los Tribunales, al atender a la ubicación de las puñaladas para distinguir entre dolo de matar o lesiones; a la dosificación de la sustancias y porte de billetes, para distinguir entre dolo de traficar y de consumir; o a las circunstancias de una compraventa para acreditar el dolo en una receptación.

Con especial claridad, LONDOÑO ha distinguido tres peldaños<sup>43</sup> en la prueba del dolo. El primero, de facticidad en sentido fuerte, requiere la acreditación de la conducta externa; el segundo, de juridicidad en sentido débil o procesal, está constituido por el juicio de inferencias en sede de valoración probatoria en el que operan los indicadores del dolo; finalmente, en sede de valoración jurídica aparece el concepto jurídico material en el que se subsume el producto de la valoración. En el segundo nivel serán relevantes –aunque con diferencias conceptuales se han usado distintas terminologías– los indicadores<sup>44</sup>, reglas de imputación del conocimiento<sup>45</sup>, indicios-tipo<sup>46</sup> o hechos avisadores<sup>47</sup>.

De este modo, se deben considerar para la imputación subjetiva, por ejemplo, las reglas sociales de imputación o atribución de conocimiento formuladas por RAGUÉS, como los conocimientos mínimos, las transmisiones previas de conocimiento, la exteriorización del propio conocimiento, las características personales del autor, la dinámica comisiva o la realización de una conducta especialmente apta para producir un resultado lesivo<sup>48</sup>; el riesgo, la inevitabilidad, el contexto específico, la experiencia previa del autor, el rol, actos específicos y motivos racionales exteriorizados en la conducta (para medir la racionalidad de la confianza en la no realización del

---

<sup>40</sup> HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., 2009, p. 183.

<sup>41</sup> RAGUÉS I VALLÈS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 2005, pp. 14-15; similar, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, p. 275; GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, p. 29. CORCOY, yendo más allá, afirma sobre los elementos subjetivos adicionales del dolo que «en la jurisprudencia se defienden a nivel teórico conceptos que en la resolución concreta del caso no se siguen, ya que el “ánimo de perjuicio de tercero” se deduce directamente de la conducta dirigida a alcanzar un beneficio ilícito y ello, a su vez, se desprende de la propia naturaleza de la conducta. Se trata, por tanto, de lo que podemos denominar “declaraciones de principios” que carecen de relevancia práctica, puesto que son los datos objetivos concurrentes los que fundamentan la “prueba” del “ánimo”», en: CORCOY BIDASOLO, «Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica», *Ius et Veritas*, (58), 2019, p. 82

<sup>42</sup> HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2ª ed., 2009, p. 190.

<sup>43</sup> LONDOÑO MARTÍNEZ, «Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de femicidio frustrado», en PERIN (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*, 2020 p. 423. Afirmando que un indicador, a diferencia de un indicio, se encuentra conceptualmente conectado con aquello que indica, por lo que la «satisfacción del respectivo catálogo de indicadores es aquello en lo que *consiste* una adscripción de dolo, y no algo que deba ser ulteriormente valorado en la aplicación del concepto de dolo», MAÑALICH y OLAVE reconocen sólo dos peldaños, «el de la comprobación de las circunstancias en referencia a las cuales pudieran ser aplicados los correspondientes indicadores-de-dolo, que es *quaestio facti*, y el de la fundamentación de la adscripción del dolo como resultado de la aplicación de los indicadores, que es *quaestio iuris*», MAÑALICH RAFFO/OLAVE ALBERTINI, «Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena», *Discusiones*, (27), 2021, p. 73.

<sup>44</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 133; SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, 2018, pp. 412 ss.

<sup>45</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 374.

<sup>46</sup> LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, 1999, pp. 132 ss.

<sup>47</sup> DE MIRANDA VÁSQUEZ, «Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal», *Iuris*, (162), 2011, pp. 31-32.

<sup>48</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 379-509.

tipo)<sup>49</sup>; o la amenaza de una pena natural, aunque «no deba sobredimensionarse ni considerarse válido para toda situación, sin excepciones», la inminencia de la lesión o la magnitud del riesgo, si el autor ha interpuesto medios hasta el final para evitar el resultado o mantener bajo control el riesgo<sup>50</sup>, entre otros.

## 5. El dolo en el caso concreto

La CS señala que yerra la sentencia en revisión al omitir reflexionar sobre si el imputado aceptó el resultado «como tal mediante una clara e inequívoca voluntad realizadora dolosa», en circunstancia que de los hechos probados no sería posible colegir que el acusado lo haya «querido y aceptado». Para ello atiende al contexto en que se desarrollaron los hechos, consistente en una fiscalización en la que sujetos se dieron a la fuga, «momentos en los que el acusado, que se encontraba en posesión de su arma de servicio, de forma lateralizada, pero en condiciones de ser disparada, lo hace», lo que impediría afirmar que aceptó el resultado «por los breves instantes en que transcurrieron los hechos» y también por la conducta posterior, ya que solicitó ayuda y prestó auxilios para salvar la vida de su compañera, por lo que de representarse las consecuencias se habría desistido de la conducta, siendo más «ajustado a la razón» concluir que de representarse la situación, la «desechó totalmente», actuando con culpa con representación (Décimo Séptimo y Décimo Octavo).

Se sigue un concepto descriptivo-psicológico, en el que la confianza para desechar el dolo parece desprenderse de lo indeseado del resultado y no de una base mínimamente objetiva. Refiriéndose al concepto de dolo, pero sin otorgar criterios claros de atribución, la decisión se centra en (1) el contexto y lo rápido en que ocurrieron los hechos; y en (2) la conducta posterior del acusado. Sobre lo primero, si en una pelea más o menos espontánea alguien toma un cuchillo y apuñala en el corazón a la víctima, nadie negaría el dolo por lo rápido del suceso; no es un criterio determinante. Sobre lo segundo, el actuar posterior es un criterio bastante utilizado por la CS<sup>51</sup>. que parece dirigirse hacia un Derecho Penal de autor, preocupado por la persona del autor y su reacción ante los hechos<sup>52</sup>. Además, el actuar posterior puede dar cuenta de un arrepentimiento y el arrepentimiento es compatible con el actuar doloso, incluso con la intención. De que un femicida lleve al hospital a la víctima luego de apuñalarla en reiteradas ocasiones no se sigue que haya actuado sin dolo (ni sin intención). Por lo mismo, el actuar posterior de darse a la fuga no convierte un delito imprudente en uno doloso, así como también sería incorrecto considerar en este caso para la imputación del dolo que el acusado negó haber disparado y se mantuvieron en prisión preventiva personas inocentes.

El dolo es compatible con un resultado indeseado, pues que el agente considere su decisión *buena* o *deplorable* el algo externo a ella y no se requiere de un refuerzo emotivo<sup>53</sup>; mientras que la falta

---

<sup>49</sup> SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Una teoría para la determinación del dolo*, 2018, pp. 412-431.

<sup>50</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 133-142.

<sup>51</sup> Criterio criticado en un caso en el que se desechó la calificación de femicidio frustrado por incompatibilidad con el dolo eventual, descartándose dolo directo por el actuar posterior (extirpar los globos oculares de la víctima luego de provocarle múltiples fracturas por golpes con trozos de concreto en la cabeza), por LONDOÑO MARTÍNEZ, en PERIN (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*, 2020, pp. 413-436.

<sup>52</sup> Así, IZQUIERDO SÁNCHEZ, «El dolo no intencional en la jurisprudencia superior chilena (1900-2018)», *Política Criminal*, (16-32), 2011, p. 903.

<sup>53</sup> HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (43), 1990, p. 918. Así, la jurisprudencia alemana ha afirmado un *aprobar en sentido jurídico*, aunque el resultado haya sido



de un motivo para matar «es un argumento en contra de la intención de matar, pero no en contra de que se haya asumido el resultado de muerte, aprobándolo»<sup>54</sup>. Por ello, independiente de la formulación del elemento pseudovolitivo, como afirma MAÑALICH, el error consiste en suponer que para identificar cierta actitud habría que considerar algo distinto de la acción que se decidió ejecutar u omitir, siendo que «si alguien se representa estar apuntando un arma de fuego cargada hacia el tórax de un ser humano vivo que se encuentra a tres metros de distancia, no hay criterio más fiable para establecer que el agente “aceptó” o “aprobó” producir la muerte de la víctima que el hecho de que aquel haya efectuado el disparo»<sup>55</sup>.

Por otro lado, el TJOP fundamentó (Décimo) el dolo en que el imputado tenía «los conocimientos y la práctica de un profesional», aunque no hubiera finalizado sus estudios y estuviera en un período de práctica –destacando que fue un buen estudiante y obtuvo la primera antigüedad–, a quien se le entregó un arma institucional, entendiéndose que sabía usarla y «conocía la reglamentación legal e interna sobre su uso». Así, estaría en «mejor posición que un lego» para dimensionar las consecuencias que podría acarrear su empleo en la forma que decidió hacerlo, lo que implica atender a las *características personales del autor* como criterio de atribución. A ello se podría agregar que el uso de armas por policías es una actividad riesgosa especialmente regulada en la Orden General N° 2615 de 2019 –incorporada como documento al juicio–, que exige que un disparo se realice para vencer una resistencia o agresión externa, o que lo requiera el desempeño de las funciones, ponderando oportunidad y los principios de proporcionalidad y racionalidad del medio empleado, prohibiendo expresamente los «disparos al aire» para disuadir. A su vez, la Ley N° 17.798, *Sobre Control de Armas*, exige para la inscripción de armas, en el art. 5 A letra c), de la acreditación de conocimientos sobre su conservación, mantención y manejo, así como una aptitud física y psíquica compatible con su uso, que en el caso de los policías se presume; mientras que el art. 14 D castiga como delito autónomo el disparo injustificado de un arma, de modo tal que la conducta, realizada por un experto, era delictiva aun sin resultado de muerte.

Además, el TJOP consideró que el autor sabía que ninguno de los funcionarios llevaba chaleco antibalas; que se hallaba detrás de la víctima, a muy corta distancia, siendo una «situación dinámica» en la que la víctima estaba en la línea de tiro; que apreció su ubicación, ya que permanecía en posición policial sin hacer movimientos; que pudo lesionar a cualquier transeúnte o vecino dada la hora del día; que fue capacitado durante años para empuñar adecuadamente y que el disparo tenga un «mayor grado de dirección y certeza», siendo que disparó con una mano y el arma torcida, y no en posición isósceles alineando el punto de mira y el alza, lo que aumentó el riesgo de un disparo ilícito carente de justificación.

Siguiendo a RAGUÉS, para imputar la creación dolosa de un riesgo es necesario que el autor sepa que (1) una conducta bajo ciertas circunstancias es apta para producir un resultado (*conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); que (2) sepa que en la situación concreta concurren las circunstancias objetivas que la hacen apta (*correcto conocimiento situacional*); y que (3) integre ambos conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*<sup>56</sup>. Así, un sujeto puede conocer el riesgo en abstracto y la situación en la que actúa, pero concluir incorrectamente que la conducta

---

sumamente indeseado para el autor, si es que ha *conformado* con él: KINDÄUSER/HILGENDORF, *Código Penal alemán comentado*, 2022, p. 243.

<sup>54</sup> PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, p. 120.

<sup>55</sup> MAÑALICH RAFFO, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, (47-1), 2020, p. 31.

<sup>56</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 444.

en particular no es apta en aquella situación<sup>57</sup>. En este contexto, es posible distinguir entre *conductas especialmente aptas para producir el resultado*, de otros comportamientos que «no se valoran socialmente como necesariamente ligados a la creación de determinados riesgos (*conductas arriesgadas neutras*)»<sup>58</sup>, distinción relevante para la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva*. Mientras que las *conductas arriesgadas neutras* no están inequívocamente ligadas a la creación de cierto riesgo –como dar un puñetazo y el riesgo de muerte–, por lo que la imputación del juicio de concreta aptitud lesiva requiere que concurren otras circunstancias (*exteriorización del conocimiento, captación de la proximidad del resultado lesivo, dinámica comisiva*)<sup>59</sup>; si se realiza una *conducta especialmente apta* para producir un resultado basta conocer su peligro abstracto y contar con un perfecto conocimiento situacional para entender que «ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación»<sup>60</sup>, careciendo de valor posibles alegaciones que nieguen la representación. Por ejemplo, toda persona imputable normalmente socializada en Chile (*conocimientos mínimos*) sabe que disparar un arma de fuego contra una persona viva puede producir la muerte (*conducta especialmente apta para matar*), siendo suficiente para imputarle un juicio de integración que conozca además la situación en concreto; es decir: si (se puede imputar que) sabe que tiene entre sus manos un arma apta para el disparo y que en el posible trayecto de la bala hay una persona viva y dispara, se puede imputar el conocimiento del riesgo de muerte en la situación específica. En cambio, golpes de puño son aptos para lesionar (*conductas neutras* respecto de la muerte), por lo que para imputar el dolo de matar se requiere, por ejemplo, de la *captación de la proximidad del resultado lesivo*, como ocurriría si un sujeto sigue golpeando a la víctima pese a manifestarse el peligro de muerte a través de la pérdida de consciencia o vómitos de sangre, lo que permitiría imputar la integración de la aptitud lesiva y el dolo de matar<sup>61</sup>.

Volviendo al caso, disparar un arma de fuego con una persona viva dentro del trayecto posible de la bala, ubicada de espaldas y a una distancia de aproximadamente dos metros o menos, es una *conducta especialmente apta* o un *método idóneo* para matar. El autor tenía conocimiento expertos sobre armas (*características personales*) y había estudiado reglamentos y leyes que regulan su uso, por lo que se le puede imputar que sabía que realizaba un disparo injustificado y delictivo, efectuado en un tramo muy letal –a diferencia de otros casos de disparos “al aire” por parte de funcionarios que realizaron delitos considerados imprudentes<sup>62</sup>–, creando un elevadísimo riesgo para la vida sobre el que no intentó efectuar ningún control.

<sup>57</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 459.

<sup>58</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 469. De modo similar, señala que un peligro de dolo constituye un «método idóneo para producir el resultado», PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, p. 94.

<sup>59</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 485-496.

<sup>60</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 470

<sup>61</sup> RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 491.

<sup>62</sup> En SCS Rol N° 7.315-2015, se consideró imprudente la muerte provocada por el disparo “al aire” de una subametralladora realizado por un carabiniere en un ángulo de elevación de 24° que rebotó en la viga inferior de una pasarela ubicada a 16 metros e impactó a un menor, sin perjuicio de dos votos de minoría que estuvieron por anular la sentencia, considerando un actuar doloso. A su vez, aunque terminó por una salida alternativa, en Rol N° 15.087-2012, del 7° Tribunal de Garantía de Santiago, se acusó por homicidio imprudente a un Gendarme que, ante recibir impactos de piedras lanzados por manifestantes en el vehículo institucional que transitaban, efectuó dos disparos al aire, provocando uno de ellos la muerte de una víctima que se encontraba mirando por la ventana de su departamento ubicado en un cuarto piso.

Como afirma KINDHÄUSER, «mientras mayor sea el riesgo que alguien asume, mayor ha de ser el cuidado con el cual él se preocupe de que este riesgo no se realice»<sup>63</sup>. La *dinámica comisiva* da cuenta de la creación de un riesgo sobre el que no se *exteriorizaron conductas* que permitan afirmar un cierto *manejo y control*, no siendo posible afirmar una confianza con un *mínimo fundamento* que permita imputar imprudencia consciente, toda vez que: (1) la víctima podía confiar en que no dispararía, por lo que no estaba en condiciones de autoprotegerse; (2) el autor sabía que no vestía chalecos antibalas; (3) no hizo ninguna advertencia sobre el disparo, siendo que no había un riesgo inminente que lo impidiera; (4) aunque en ciertas circunstancias se permite disparar parapetado o desenfundando, de ser posible, como se acreditó en juicio, debe dispararse en posición isósceles, de modo que permita apuntar correctamente y reducir los riesgos, lo que el autor no hizo, pese a no haber una amenaza o riesgo inminente que lo impidiera.

Bajo estas circunstancias, el autor actuó conociendo las circunstancias fácticas que podrían culminar en la realización de un homicidio, contando con un conocimiento que llevaría a una persona fiel a Derecho a no disparar (y evitar la realización del tipo penal), por lo que le era actualmente posible evitar la muerte de su compañera, debiendo a mi juicio imputarse un homicidio doloso. De todos modos, si es que se exigiera un elemento volitivo, pero éste se entendiera «no como circunstancias psíquicas a constatar sino como juicios atributivos, es decir, como valoraciones», actuar reconociendo un «alto grado de peligro puede introducirse como sucedáneo de la voluntad o incluso como elemento de la misma»<sup>64</sup>, por lo que también se podría afirmar que actuó *aprobando* el resultado.

Ahora bien, nuestro sistema solo distingue entre dolo e imprudencia, y en el momento de los hechos el Código Penal chileno castigaba el homicidio doloso con una pena de 10 años y 1 día a 15 años (hoy llega hasta 20 años), mientras que el homicidio imprudente tiene una pena de 61 días a 3 años, lo que supone demasiada diferencia, sobre todo en casos difíciles y zonas grises. Aunque esto, más que a los Tribunales, es algo que compete al legislador.

---

<sup>63</sup> KINDHÄUSER, en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva*, 2017, p. 39.

<sup>64</sup> PUPPE, *InDret*, (2), 2021, p. 401.