

El caso de las carreras ilegales en Berlín (Berliner Raser-Fall).
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán 4 StR 482/19, de 18 de junio de 2020, por Ingeborg PUPPE

La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”:
dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero, por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

Aborto en autoría mediata. Comentario a la STS 507/2019, de 25 de octubre, por Carolina BOLEA BARDON

La COVID-19 se cobra una nueva víctima en Italia: el derecho a la irretroactividad desfavorable de las normas penales. Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 278/2020, de 18 de noviembre, por Albert ESTRADA I CUADRAS

-

* 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.

El caso de las carreras ilegales en Berlín (Berliner Raser-Fall)*

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán 4 StR 482/19, de 18 de junio de 2020¹

Prof. Dr. Ingeborg Puppe
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
puppe@jura.uni-bonn.de

-

Nota introductoria del traductor

*No es la primera vez que la Profesora Puppe publica un comentario sobre este resonante caso que, en resumidas cuentas, trata sobre una carrera ilegal de automóviles con consecuencias fatales, ocurrida en las calles de Berlín allí por 2016. La razón de este nuevo comentario se debe a que el caso ha sufrido varios reveses judiciales, en virtud de los cuales el BGH (Tribunal Supremo Federal alemán), dejando sin efecto las condenas de los participantes de la carrera, dispuso su devolución al tribunal de juicio para un nuevo conocimiento. Observará el lector que la autora omite abordar en profundidad los hechos tenidos por probados, y la razón de ello puede deducirse tanto de la notoriedad que tomó el caso en la opinión pública alemana, como de la existencia de un comentario previo en el que se aboca a exponer acabadamente dicha cuestión.** El presente texto de Puppe se centra en el último de los fallos del BGH, dictado el 20 de junio de 2020. Y por cierto, no supone un comentario íntegro, sino un aporte sobre dos tópicos que la Profesora de Bonn considera relevantes. El primero de ellos radica en demostrar, al igual que en otros trabajos, que más allá de cualquier terminología utilizada, su doctrina del “peligro de dolo” es aquella materialmente aplicada en la jurisprudencia de dicho tribunal. En este punto, destaca Puppe que debe diferenciarse entre juicios (normativos) de atribución y juicios (empíricos) de verificación, y que sólo desde la perspectiva del primero puede decirse que los autores aprobaron el resultado ocurrido, se resignaron a él o les fue indiferente. En lo que atañe al segundo tópico, intenta demostrar Puppe, a diferencia de lo resuelto por el BGH, que la forma de intervención de ambos competidores es la de la coautoría y que, por tanto, el acusado N, que no es quien produjo materialmente el accidente fatal, debe ser responsabilizado por la muerte ocurrida en igual medida que lo fue H.*

* Texto original publicado en *ZIS*, (12), 2020, pp. 584 ss. Traducción, nota introductoria y autor de contacto: Mauro Roccasalvo, mauro.roccasalvo@upf.edu (Investigador predoctoral de la Universidad Pompeu Fabra). Agradezco a la Profesora Puppe por confiarme la traducción del presente comentario, a la Profesora Pastor Muñoz por sus valiosas sugerencias y finalmente al Profesor Ragués por aceptar la traducción en esta sección.

¹ Publicado en BGH, *NJW*, 2020, pp. 2900 ss.; *NStZ*, 2020, pp. 602 ss.; *BeckRS*, 2020, 15647. Accesible online en la siguiente dirección: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=107968&pos=0&anz=1> (3.12.2020).

** Al respecto, PUPPE, *ZIS*, (7-8), 2017, pp. 439 ss. [N. del T.].

A modo de ayuda en la lectura, esta nota introductoria no puede finalizar sin aportar al público de nuestra lengua un breve resumen de los hechos que el tribunal de juicio tuvo por probados y que llegaron a conocimiento del BGH.

Conforme surge de la sentencia del LG (Tribunal Estadual), el 01 de febrero de 2016, alrededor de las 0.30 hs., los acusados H y N transitaban con sus automóviles por la Kurfürstendamm de Berlín cuando acordaron desafiarse a una carrera hasta el semáforo siguiente (modalidad de competición que habitualmente se denomina “jump-off” o “salto”). Transcurridos los dos primeros “saltos” ganados por N, decidieron participar de una carrera más extensa, de aproximadamente 1,6 km de longitud. Al iniciarse la misma, el acusado N tomó la delantera, posición que mantuvo en la curva que supone la transición de la calle Kurfürstendamm a Tauentzienstraße. Ambos ingresaron a esta última vía infringiendo la luz roja que les prohibía el paso. Tras salir de la curva, tanto H como N advirtieron que el semáforo del cruce de la Tauentzienstraße con la Nürnberger Straße, ubicado unos 250 metros por delante y que luego fuera el escenario de la colisión, se encontraba con luz roja.

Siguiendo con los hechos probados, el acusado H, sabiendo que para ganar la carrera debía conducir a una velocidad máxima y aumentar el riesgo, en lugar de frenar (lo cual le era todavía posible), decidió atravesar dicha intersección con luz roja. Al hacerlo -según expone el fallo- H fue consciente de la posibilidad de tráfico transversal, de la confianza puesta por los conductores de la Nürnberger Straße en el semáforo que habilitaba su circulación, y finalmente de que en caso de realizar el cruce ya no tendría margen de reacción para evitar una colisión. A su vez, tuvo en cuenta la posibilidad de que los ocupantes de dichos vehículos falleciesen debido al impacto a gran velocidad. No obstante - conforme se indica- estas consecuencias fueron aceptadas por el autor con el único objeto de ganar la carrera y lograr la satisfacción de la victoria. Agrega el fallo que H fue igualmente consciente de la posible afectación a los peatones ubicados en la acera, los cuales podrían resultar atropellados. A tal consecuencia -entendió el tribunal de juicio- también se resignó. Por otro lado, según el LG, H no contó con una colisión con el automóvil de N, y eventualmente, dado el moderno equipamiento de seguridad de los automóviles que participaban de la carrera, sólo previó lesiones leves para sí, para N y para K -compañera de viaje este último-.

Por su parte, N, advirtiendo la voluntad de su contrincante de ganar la carrera, también aceleró a fondo después de superada la curva. No obstante, unos 90 metros antes del lugar del accidente, conduciendo en ese momento a una velocidad de unos 132 km/h, levantó brevemente el pie del acelerador al reconocer el peligro inminente de colisión con el tráfico transversal. A pesar de ello, viendo que H lo estaba alcanzando, decidió no frenar y continuar la carrera acelerando, aun a costa de las lesiones mortales que pudiesen sufrir los ocupantes de los vehículos que cruzaban su calle. Tanto H como N ingresaron casi simultáneamente a la intersección, mientras el semáforo emitía luz roja.

En dicho cruce, el vehículo de H colisionó -sin previo frenado y a una velocidad de entre 160 y 170 km/h- casi en ángulo recto con el vehículo del damnificado W, que había entrado a la intersección desde la Nürnberger Straße con semáforo habilitante. Como consecuencia del impacto, el coche del accidentado salió despedido por los aires y quedó completamente destrozado. W sufrió lesiones muy graves y murió en el lugar del accidente. Por su parte, el vehículo de H se desvió hacia la izquierda y colisionó con el de N antes de estrellarse contra un vallado a 140 km/h. El vehículo de N impactó un semáforo de peatones a una velocidad de entre 139 y 149 km/h e inmediatamente colisionó con el vallado, catapultándose varios metros por el aire. La pasajera K, acompañante de N, resultó considerablemente herida.

Con respecto a la muerte de W, el LG condenó a los acusados como coautores de asesinato (§ 211, ap. 2, StGB), encontrando satisfechos los presupuestos de alevosía, motivos bajos y utilización de un medio generador de un peligro común. Además, condenó a ambos, también como coautores, por el delito de lesiones corporales a través de la utilización de un medio peligroso (§ 224, ap. 1.4, StGB) en perjuicio de la pasajera K, y por la puesta en peligro dolosa del tráfico vial (§ 315c., ap. 1.2.a y d, StGB).

Mediante estas breves palabras, espero haber introducido al lector en los pormenores del caso y las problemáticas tratadas en el comentario que se presenta a continuación.

Mauro Roccasalvo

1. Los hechos

Mediante sentencia del 27 de febrero de 2017 el LG condenó a ambos acusados a cadena perpetua por el delito de asesinato, en concurso ideal con lesiones corporales utilizando un medio peligroso y puesta en peligro dolosa del tráfico rodado. Por otro lado, les quitó su habilitación para conducir, confiscó sus licencias y ordenó a la autoridad administrativa no expedirles una nueva habilitación de por vida. No obstante, en respuesta a sus recursos de casación, la Sala Penal del BGH, en su sentencia del 1 de marzo de 2018 (BGHSt 63, 88; *NJW*, 2018, pp. 1621 ss.), revocó el fallo y devolvió el caso al LG a efectos de un nuevo juzgamiento y decisión a través de otra Sala integrada por Jurados. En el marco del segundo proceso, el LG de Berlín, mediante su sentencia del 26 de marzo de 2019 (251 Js 52/16 532 Ks 9/18), volvió a condenar a los acusados a cadena perpetua por asesinato, en concurso ideal con lesiones corporales utilizando un medio peligroso y puesta en peligro dolosa del tráfico rodado. También les revocó el permiso de conducir, les confiscó sus licencias y ordenó a la autoridad administrativa que no les expidiera un nuevo permiso durante un periodo de cinco años. Los acusados recurrieron nuevamente esta declaración de culpabilidad, alegando una infracción al derecho sustantivo.

Con motivo del recurso de casación interpuesto por el acusado N, el BGH volvió a revocar la sentencia dictada a su respecto y, de este modo, todas aquellas conclusiones inherentes a ella. Así las cosas, el caso fue enviado a otra Sala de Jurados del LG. Por contraposición, la casación del acusado H fue rechazada, aunque cabe destacar la particularidad de que su declaración de culpabilidad resultó modificada, hallándose responsable del delito de asesinato en concurso ideal con puesta en peligro dolosa del tráfico rodado y lesiones corporales imprudentes.

2. Sobre la confirmación de la condena del acusado H por un delito de homicidio* doloso

Tiene razón el BGH al desestimar por infundado el alegato del acusado de no haber actuado dolosamente debido a que confiaba en sus habilidades de conducción. Una persona que atraviesa trece cruces con semáforos en rojo y otros siete sin semáforos a una velocidad de 160 km/h, no puede evitar un accidente ni con la mayor habilidad de conducción. Un sujeto como tal, no confía en sus habilidades, sino, como mucho, en su suerte.

* Al igual que en el punto 3, la autora emplea el término “Tötungsdelikt” para referirse a la situación delictiva en sentido genérico, más allá de que la condena haya recaído por asesinato (Mord) y no por un simple homicidio doloso (Totschlag) [N. del T.].

El Tribunal tomó muy en serio la cuestión de si la autopuesta en peligro del acusado podía excluir la producción dolosa de un accidente con consecuencias fatales para otro participante del tránsito. En este contexto, cabe destacar que el BGH -a diferencia de lo ocurrido en la primera sentencia de casación-² ahora acepta el argumento de que el acusado se sentía seguro en su vehículo deportivo equipado con moderna tecnología de seguridad. De este modo, su anterior tesis, que rezaba que para decidir la cuestión de si una autopuesta en peligro consciente excluye el dolo lo único importante es el proceso causal efectivamente ocurrido -es decir, la real existencia de una autopuesta en peligro asociada a aquél-, ya no resulta justificada.

Pero todas estas consideraciones son prescindibles para la resolución del caso. Pues el hecho presenta una particularidad de la que se desprende que el acusado no aprobó la producción del resultado. A decir verdad, se trata de una reedición del caso de la galería de tiro de LACMANN.³ Como subraya la propia sentencia, el motivo excluyente por el que el autor provocó un alto grado de peligro para los demás intervinientes en el tráfico fue su empeño por ganar la carrera. Y este objetivo sólo podía ser alcanzado en caso de no ocurrir ningún accidente antes de la llegada a la meta. De otro modo, la carrera habría de terminar prematuramente sin un vencedor. Por tanto, el autor no pudo -siquiera en el sencillo sentido psicológico- haber aprobado la producción del resultado, resignarse a él o bien tolerarlo con indiferencia.⁴

Dice además en la sentencia: “Conforme la valoración del LG, el acusado era consciente de que, para tener chances de ganar la carrera a pesar de su retraso y la menor potencia del motor de su vehículo, debía incrementar al extremo el riesgo para sí y para los otros intervinientes en el tráfico. Así, en aras al objetivo buscado, el acusado tuvo que resignarse a este riesgo máximo” (párrafo 43). Según la “valoración del LG” aceptada por el BGH, lo que el acusado asumió no fue la realización del resultado, sino el alto grado de peligro de su realización. Y esto, claro está, es algo muy diferente.

Todo aquel que actúa con imprudencia consciente no sólo causa con dolo eventual aquel peligro efectivamente reconocido, sino a sabiendas, es decir, con dolo directo de segundo grado. Por tanto, con respecto a este peligro ya no se plantea la cuestión de si lo ha aprobado, se ha resignado a él o lo ha tolerado con indiferencia. La única pregunta que queda en pie es qué grado de peligro fue reconocido por el autor. El BGH subraya en varias oportunidades que el acusado actuó a sabiendas del alto grado de riesgo para los demás intervinientes en el tráfico. En cuanto a sus consecuencias estoy totalmente de acuerdo con esta valoración realizada, pues no supone otra cosa que la aplicación de la doctrina del peligro de dolo.⁵

El reconocimiento de un alto grado de peligro puede introducirse como sucedáneo de la voluntad o incluso como elemento de la misma sólo si se entienden los términos “aprobar el resultado”, “tolerarlo con indiferencia”, o “resignarse a su realización” no como circunstancias psíquicas a constatar sino como juicios atributivos, es decir, como valoraciones. Así es como estos términos

² BGH, *NStZ*, 2018, pp. 409 ss., nm. 23 s. [N. del T.: por un error material, en el original se plasma la p. 404].

³ LACMANN, *GA*, (58), 1911, pp. 109 ss. (p. 119); EL MISMO, *ZStW*, (31), 1911, pp. 142 ss. (p. 159).

⁴ PUPPE, *ZIS*, (7-8), 2017, p. 441; LA MISMA, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 4ª ed., 2019, § 9 nm. 16 ss.

⁵ GRÜNEWALD, *NJW*, 2020, pp. 2906 ss. (p. 2907).

empleados en la literatura son entendidos hoy en día, tanto por las teorías de la voluntad como por las teorías de la representación.⁶

Esto también vale para la opinión de SCHNEIDER, quien asumiendo el concepto complementario de aprobación, demanda para su refutación una confianza seria –no meramente vaga- en la no producción del resultado. Según el autor, esta confianza sólo puede ser aceptada si se encuentra “basada en la realidad de los hechos”;⁷ en caso contrario, bien puede tenérsela como una circunstancia psíquica pero nunca juzgársela como dotada de tal entidad. De ello se desprende entonces que este concepto complementario del aprobar o resignarse al resultado supone también un juicio atributivo y no, por tanto, la afirmación de una realidad fáctica.

Sin embargo, una atribución –sobre todo cuando es de carácter jurídico- debe realizarse conforme a reglas.⁸ Por tanto, resulta indispensable distinguir de forma clara y precisa entre juicios atributivos y verificaciones de hechos. Esto es necesario por razones materiales: un juicio atributivo tiene un significado diferente a la verificación de un hecho.⁹ Pero además, es necesario por razones procesales: conforme a cuáles reglas está permitido realizar un juicio atributivo es una cuestión de derecho¹⁰ y tal tópico recae por completo en el ámbito de la revisión por vía de la casación; por el contrario, la comprobación de hechos está sujeta a la libre apreciación de la prueba por parte del tribunal de juicio y sólo es casable de forma limitada.

3. La revocación de la condena de N por coautoría en un delito de homicidio

El BGH revocó la condena de N como coautor de un delito de homicidio, argumentando que “la valoración de las pruebas no permite constatar la existencia de un plan de acción común dirigido a la muerte de un ser humano” (párrafo 14). Esta formulación es, como mínimo, engañosa. Si los coautores no actúan con intención, sino sólo con dolo directo o eventual, su plan de acción no está dirigido a la causación de un resultado típico, sino sólo a generar el peligro de que tal resultado se produzca.¹¹ Y conforme la doctrina dominante, si los autores actúan sólo con *dolus eventualis*, ni siquiera puede hablarse de un dolo en común. La razón de ello sería la siguiente: si el *dolus eventualis* consiste en un estado subjetivo del autor, se lo denomine aprobación o resignación al resultado, entonces el dolo no puede en absoluto ser común a los autores, sino relativo a cada cual. Sólo si el dolo es entendido como un juicio atributivo sobre la representación común del peligro por parte de los autores, puede entonces hablarse de un dolo común a todos ellos.

⁶ Véase al respecto, ROXIN, en ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 243 ss. (pp. 246 s.); SCHÜNEMANN, en WEIGEND/KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, pp. 363 ss. (pp. 367 s.); RISSING-VAN SAAN/ZIMMERMANN, en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 7/1, 12ª ed., 2019, § 211 nm. 31; GRÜNEWALD, *JZ*, 2017, pp. 1069 ss. (p. 1070); HÖRNLE, *NJW*, 2018, pp. 1576 ss. (p. 1577); PUPPE, *ZIS*, (9-2), 2014, pp. 66 ss. (p. 68).

⁷ SCHNEIDER, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 3ª ed., 2017, § 212 nm. 18 ss.

⁸ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., 2019, pp. 50 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, § 12 nm. 30.

⁹ PUPPE (ver nota 4), § 9 nm. 7.

¹⁰ PUPPE (ver nota 4), § 9 nm. 7; LA MISMA (ver nota 8), p. 54.

¹¹ GRÜNEWALD, *NJW*, 2020, pp. 2906 ss. (p. 2907).

La representación del peligro común a los autores consistía en la ejecución planificada de una carrera a lo largo de 1,6 km, a velocidades de hasta 160 o 170 km/h., atravesando trece cruces con semáforos y siete sin semáforos, y sin tener en cuenta el tráfico transversal aun cuando tuviesen preferencia de paso. Con arreglo a este plan de acción, sólo dependía del azar que uno u otro, o incluso ninguno de ellos, embistiese a un vehículo que cruzase su vía. En cierto modo, esto recuerda al caso -habitualmente usado en la cátedra- de los dos autores que individualmente se encuentran al acecho en uno de los senderos por los que la víctima debe pasar. Sin embargo, en dicho ejemplo la posibilidad de una coautoría resulta discutible porque no existe una acción conjunta en la fase de ejecución. Nuestro caso es diferente: cada participante de la carrera anima al otro a una conducción veloz y desconsiderada. Esta influencia psicológica sobre el otro es especialmente intensa, ya que no sólo consiste en incitar su ambición “deportiva”, sino también en activar sus primitivos instintos de huida y persecución. Tal es la razón por la que este tipo de carreras está prohibida y por la que aquel participante que no ha colisionado con otro usuario de la vía pública es corresponsable de los daños.¹² Este influjo sobre el otro conductor también pertenece a la fase de ejecución del plan delictivo, la cual tiene lugar con el inicio de la carrera.

Sin embargo, al igual que el LG, el BGH considera que la resolución conjunta de cometer el hecho no se ha tomado sino hasta el momento en que N, 90 metros antes de llegar al cruce del accidente, redujo momentáneamente su velocidad a fin de determinar si H estaba dispuesto a interrumpir la carrera. Y partiendo de esa base, afirma luego que la coautoría de N sería dependiente de la circunstancia de que H, en dicho preciso momento, aún tuviese la posibilidad de evitar el accidente fatal (párrafo 18).^{*} Ahora bien, si esto fuese correcto, entonces debería decirse que N tampoco podría ser responsabilizado por la co-causación imprudente del mismo.

En el momento en que N reduce brevemente su velocidad para comprobar si H estaba dispuesto a continuar la carrera acordada, podemos advertir a lo sumo una reducción del plan común inicial y no, como también entendió el LG, una ampliación del mismo. El destino pactado era el Kaufhaus des Westens, que se encuentra situado detrás del lugar del cruce fatal. Ambos autores ya habían ingresado en el estadio de ejecución del plan en el momento en que iniciaron la carrera de 1,6 km de extensión, luego de participar de dos carreras previas más cortas, de semáforo a semáforo. En vista de la forma de conducción acordada, corresponde entonces afirmar, por un lado, que sólo dependía del azar que H, N o ninguno de ellos causase un accidente mortal en alguna intersección, y por el otro, que durante la fase de ejecución N también contribuyó de forma causal al accidente producido por H.

Finalmente, en lo que respecta al dolo de matar, no cabe atribuir a N nada distinto que a H. Si los siguientes términos son tomados en su sencillo sentido psicológico, la causación del accidente por parte de H no pudo ser consentida ni objeto de resignación por N. Y ello es así porque la ocurrencia de tal resultado era incompatible con el objetivo que motivara su acción. O en otras palabras, porque la provocación del accidente por parte de H impedía a N ganar la carrera. En

¹² PUPPE, *JR*, 2012, pp. 164 ss. (p. 165); además OLG Celle, *NZV*, 2012, pp. 345 ss. (p. 347).

^{*} Esta conclusión se explica por el razonamiento que el BGH expone en el párrafo precedente (nro. 17): remitiendo a jurisprudencia previa (BGH, 07.01.1984 – 1 StR 385/84; *NStZ*, 1984, p. 548 s.), indica el tribunal que si un interviniente que decide tomar parte del hecho no puede ya influir en la realización del resultado típico porque otro sujeto ha hecho previamente todo lo requerido para su producción, debe entonces descartarse una coautoría a pesar de que el primero actúe con conocimiento, aprobación o bien aprovechándose de la situación creada por aquél [N. del T.].

conclusión, sólo a través de reglas normativas puede atribuírsele una aprobación, resignación o indiferencia en relación al resultado.

La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”: dogmática, casación y Constitución

Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero

Jesús-María Silva Sánchez
Universidad Pompeu Fabra
jesus.silva@upf.edu

-

1. Introducción

La sentencia del Tribunal Constitucional 18/2021, de 15 de febrero,¹ ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por el demandante contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre. A su vez esta, en lo que aquí interesa, había casado la sentencia absolutoria de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid 488/ 2016, de 21 de septiembre. La sentencia del Tribunal Constitucional contiene interesantes consideraciones sobre las divergencias existentes en la doctrina y en la Jurisprudencia en cuanto a la denominada “imputación objetiva” del resultado. En particular, se pronuncia acerca del estatus de la controversia entre las doctrinas de la evitabilidad y las del incremento o no disminución del riesgo. El pronunciamiento, por lo demás, permite una cierta generalización en cuanto al estatuto constitucional de las divergencias doctrinales en Derecho penal.

2. El contexto de la sentencia

2.1 Los hechos

En la noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012 «se celebraba una fiesta en el Pabellón Madrid Arena en la que, por una concurrencia de causas (sobreaforo, cierre de cinco de ocho vomitorios que unen la pista central con el pasillo perimetral y son vías de evacuación, apertura de portones para la entrada masiva de público e incorrecta gestión de flujos de público en las escaleras entre diversos niveles), se produjo una avalancha que sepultó a algunos asistentes debajo de hasta ocho personas».² Tres jóvenes, entre las que se encontraba doña Cristina A.F., fueron trasladadas a la enfermería del pabellón. Allí, «lejos de actuar con rapidez y hacer todo lo que estaba a su alcance, Simón V. P. y Carlos V. L., los cuales eran los médicos del servicio sanitario del evento y el primero el responsable del mismo, no realizaron un correcto diagnóstico de que, al menos Cristina A. [y otra víctima], se encontraban en situación de parada cardiorrespiratoria ni les practicaron a las tres jóvenes una adecuada reanimación

¹ Ponente Roca Trías.

² STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

cardiopulmonar para intentar que se recuperaran».³ El primero de los médicos le realizó masaje cardíaco a la paciente y, luego, le aplicó tres descargas con un desfibrilador, «siguiendo para ello las instrucciones del técnico sanitario puesto que Simón V. desconocía, pese a ser médico, el funcionamiento del desfibrilador».⁴ Tras ello, don Simón V. dejó de asistir a doña Cristina A., al entender, erróneamente, que la joven había fallecido, «puesto que, cuando llegó el Samur, Cristina A. se encontraba en fibrilación ventricular, no pudiendo ser recuperada pese a que los facultativos del Samur, que llegaron sobre las 4:20 horas, le practicaron una reanimación cardiorrespiratoria avanzada, falleciendo sobre las 5:00 horas».⁵

Doña Cristina A. y las otras dos jóvenes atendidas en la enfermería «fallecieron como consecuencia de las gravísimas lesiones padecidas en el aplastamiento sufrido en el vomitorio, sin que Simón V. P. y Carlos V. L. les prestaran la asistencia médica que precisaban durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas, no resultando acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida».⁶

2.2. La absolución por parte de la Audiencia Provincial de Madrid

La sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 488/2016,⁷ absolvió a los médicos. Ciertamente, apreció que la conducta de estos había sido “negligente”. Sin embargo, entendió que, para apreciar los correspondientes homicidios imprudentes, es preciso que conste acreditada no sólo «la conducta negligente de los acusados sino también el nexo de causalidad entre la misma y el mortal resultado producido, esto es, que la asistencia sanitaria que los doctores V. hubieran debido de prestar a las tres jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas».⁸

2.3. La sentencia condenatoria del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, en su sentencia 805/2017, revocó la sentencia absolutoria de la Audiencia y condenó a los médicos por los correspondientes homicidios imprudentes.⁹ La base fáctica de tal revocación fue, en primer lugar, que la Audiencia había declarado probado que con la mala actuación de Simón V. se incrementó el riesgo de muerte, aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse [ambas jóvenes] de las lesiones sufridas. Como recogen los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo estableció entonces las siguientes premisas jurídicas: «(i) que es incuestionable la posición de garante de la vida y de la salud de la víctima en la que se encontraba el recurrente, (ii) que se declara probado en el *factum* y la fundamentación jurídica que no llevaron a cabo las maniobras

³ STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

⁴ STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

⁵ STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

⁶ STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

⁷ Comentada por HAVA GARCÍA, «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos», *InDret*, (2), 2017, pp. 1 ss.

⁸ STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (ii).

⁹ Comentada por BOLEA BARDON, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret*, (4), 2018, pp. 1 ss.

más elementales de reanimación con omisión de toda diligencia debida, (iii) que se incrementó el riesgo para la vida de la joven como consecuencia de tal comportamiento, pues se declara probado que la falta de prestación de la asistencia médica que se precisaba “aumentó la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas”, aclarando que esa conclusión sería imposible si el resultado de muerte fuera inevitable, y (iv) que se produjo el resultado de muerte». ¹⁰

Sentado esto, el Tribunal Supremo ubicó la cuestión litigiosa en el nexo que debe existir entre el actuar imprudente y el resultado mortal producido. Asumió a continuación, al igual que la Audiencia, la doctrina de la imputación objetiva. Identificó, asimismo, los criterios en disputa, de entre los que destacó la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de protección de la norma y la teoría de la evitabilidad.

Así las cosas, rechazó la teoría de la evitabilidad seguida por la Audiencia, que pone el acento en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión del bien jurídico. Frente a ella, se adhirió a la doctrina del incremento del riesgo. La idea rectora es que «si no se hace nada, o lo que se hace es patentemente negligente, como por otra parte asegura la Audiencia, no puede fundamentarse su absolución en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace». ¹¹ Por el contrario, «la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva». ¹²

Un voto particular disidente pretendió distanciarse tanto de la tesis de la evitabilidad como de la del incremento del riesgo. El factor determinante de la discrepancia vino dado por el estado de extrema gravedad en el que la víctima fue conducida a la enfermería. A entender del magistrado que lo suscribe, para proceder a la imputación del resultado es necesario constatar que la conducta «impidió una disminución de cierta entidad de ese riesgo y no de mínimos fehacientemente acreditada desde una perspectiva *ex post*, de lo que no hay prueba ni consta en el *factum*». ¹³ Por tanto, a su juicio debería haberse absuelto a los acusados.

3. El estatuto jurídico de las doctrinas de la imputación objetiva

3.1. Introducción

La posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia asume que, para el establecimiento de un nexo jurídico-penal entre conducta y resultado, debe recurrirse a una doctrina que se conoce como “imputación objetiva”. Sólo la constatación de este nexo permite, en el caso concreto de los delitos imprudentes, su sanción. En efecto, la conducta dolosa a la que no le sigue un resultado objetivamente imputable puede ser sancionada como tentativa. En cambio, la conducta imprudente no seguida de la producción de un resultado, o seguida de uno no imputable objetivamente, no es punible.

¹⁰ STC 18/2021, Antecedentes, 2. c).

¹¹ STC 18/2021, Antecedentes, 2. c).

¹² STC 18/2021, Antecedentes, 2. c).

¹³ STC 18/2021, Antecedentes, 2. d).

Ciertamente, existen posiciones opuestas a la doctrina de la imputación objetiva, a la que se le critica hasta la propia denominación. Por otro lado, se dan múltiples discrepancias internas entre quienes, de uno u otro modo, la acogen. Así, hay líneas doctrinales que consideran que la realización del tipo en su conjunto es una cuestión de imputación objetiva. Expresado de otro modo, que la teoría de la imputación objetiva del resultado es, a su vez, la teoría del hecho típico. Otro sector, en cambio, ha ido precisando que la doctrina de la imputación objetiva se ocupa, únicamente, del nexo entre conducta y resultado típico en los delitos de resultado material de lesión. De modo previo a recurrir a ella es preciso, por tanto, identificar la conducta del agente como una conducta típicamente desaprobada. Esta diferencia deriva de la asunción del concepto de desvalor de la conducta, vinculado con la doctrina de las normas de conducta, en su formulación por Armin KAUFMANN. La teoría de la tipicidad debe escindirse, según esto, en dos doctrinas que tienen, además, estatus jurídicos distintos: la doctrina del comportamiento desaprobado (significativo-valorativa), la doctrina del resultado típico (significativo-valorativa) y la doctrina de la imputación objetiva de este a aquél (significativa). La terminología que se adopta es, con todo, muy diversa. Así: riesgo penalmente relevante y realización del riesgo en el resultado; riesgo penalmente desvalorado e imputación objetiva en sentido estricto; etc.

Todo esto puede dejarse de lado, porque tanto la Audiencia de Madrid como el Tribunal Supremo distinguieron ambos aspectos con claridad. Así, en cuanto a la conducta típicamente desaprobada no existe polémica alguna: la conducta de los médicos fue imprudente. En concreto, fue una omisión imprudente que consistió en la no prosecución de las maniobras de reanimación de las pacientes que habían sido aplastadas en la avalancha. El problema se centró correctamente en el nexo entre la conducta imprudente de los médicos y el resultado, cuyo establecimiento es imprescindible para que la imprudencia apreciada resulte punible.¹⁴

La doctrina dominante suele recurrir a elementos distintos para establecer el nexo entre conducta y resultado en los delitos de comisión activa y en los delitos de comisión por omisión. En la comisión activa, afirma que de entrada debe establecerse un vínculo de causalidad y, luego, procederse a su restricción mediante un nexo estrictamente jurídico. Un sector limita la denominación “imputación objetiva” precisamente a los criterios jurídicos con los que se corrige el excesivo alcance de la relación de causalidad establecida. Justo en este punto es donde se suele situar la discusión entre las doctrinas de la evitabilidad del resultado y del incremento del riesgo. En cambio, en la comisión por omisión se afirma comúnmente que no cabe establecer relación de causalidad alguna. Por tanto, una vez constatada la existencia de una omisión equivalente en los términos del art. 11 CP, para establecer el nexo entre esta y un resultado lesivo se recurre directamente a los referidos criterios de imputación objetiva. Concretamente, aquí se suscita el debate entre las tesis de la evitabilidad del resultado y de la no disminución del riesgo. Pero debe puntualizarse que, precisamente en España, existen otras posiciones que ni la Audiencia de Madrid ni el Tribunal Supremo mencionaron siquiera.

3.2. La polémica entre la doctrina de la evitabilidad y la del incremento del riesgo

La discrepancia doctrinal que reflejan las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo existe desde hace casi setenta años. La doctrina de la evitabilidad del resultado, o del comportamiento alternativo conforme a Derecho, precedió en el tiempo a la del incremento del riesgo, pues sus formulaciones provienen del primer tercio del siglo XX. El criterio postulado por

¹⁴ BOLEA BARDON, *Conducta alternativa e imputación del resultado*, 2020, p. 67.

todas sus variantes consiste en representarse qué habría sucedido con el resultado si, en lugar de haberse realizado la conducta imprudente, el autor hubiera llevado a cabo una conducta lícita – normalmente, una conducta de riesgo permitido –. Sin embargo, las variantes de esta doctrina eran sustancialmente distintas entre sí.¹⁵ En efecto, unas sostenían que procede condenar salvo que conste con seguridad o probabilidad rayana en la seguridad que la conducta alternativa conforme a Derecho habría producido el mismo resultado. Otras, en cambio, que hay que absolver salvo que conste con seguridad o con probabilidad rayana en la seguridad que la conducta alternativa habría evitado el resultado. Como puede advertirse, la posición de la Audiencia Provincial de Madrid coincide con esta segunda variante. Las dos variantes están de acuerdo en que cuando es seguro o casi seguro que el comportamiento alternativo habría evitado el resultado, hay que imputar el resultado producido a la conducta imprudente del autor. Igualmente lo están en que cuando es seguro o casi seguro que el comportamiento alternativo habría dado lugar igualmente al resultado, hay que excluir dicha imputación. Su diferencia radica en el modo en que gestionan los casos intermedios, que lamentablemente son los más: aquellos en los que – en caso de comportamiento alternativo – es más probable que improbable la evitación del resultado, aquellos en los que es más probable que improbable la producción del resultado y, en fin, aquellos en los que la probabilidad de lo uno y de lo otro es más o menos igual. Para la primera variante, en estos tres supuestos hay que condenar. Para la segunda, en cambio, en estos tres supuestos hay que absolver.

En mayor o menor medida en función de la variante que se acoja, la doctrina del comportamiento alternativo conforme a Derecho – o de la evitabilidad del resultado – agudiza los problemas de prevención general que plantea la regulación legal de los delitos imprudentes de resultado. En efecto, a partir de esta, el agente recibe el siguiente mensaje: no actúes descuidadamente; pero, aunque lo hagas, si no se produce el resultado no serás castigado.¹⁶ Sin embargo, el sujeto que obra imprudentemente se caracteriza precisamente por confiar en que no producirá el resultado. Por tanto, la estructura típica de los delitos imprudentes de resultado no incentiva de modo suficiente el actuar cuidadoso. Pues bien, la doctrina del comportamiento alternativo añade a lo anterior el siguiente mensaje: aunque hayas actuado descuidadamente y se produzca el resultado, tampoco serás castigado si no se logra acreditar con seguridad o probabilidad rayana en la certeza que un comportamiento cuidadoso tuyo habría evitado con seguridad el resultado. Esto disminuye aún más las razones instrumentales para abstenerse de realizar la conducta contraria a Derecho.

Este fue el punto de partida de la doctrina del incremento del riesgo, cuyo creador fue Claus Roxin en un conocido artículo de 1962.¹⁷ Lo decisivo para esta no es si el comportamiento alternativo habría evitado el resultado, sino si el comportamiento imprudente ha incrementado el riesgo de su producción con respecto a dicho comportamiento alternativo conforme a Derecho (riesgo permitido). Ciertamente, si se parte de que la conducta del agente está prohibida, la doctrina del incremento del riesgo puede parecer tautológica. En efecto, si una clase de conductas se prohíbe *ex ante*, eso es porque la probabilidad de que produzcan el resultado es superior a la que muestran las no prohibidas. Sin embargo, la doctrina del incremento del riesgo

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 7 ss., 26-27; BOLEA BARDON, *Conducta alternativa e imputación del resultado*, 2020, pp. 73 ss.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 1999, pp. 35-36 (3ª ed., 2011, pp. 45-46).

¹⁷ ROXIN, «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 149 ss., 167 ss.

conlleva la asunción de una perspectiva *ex post*.¹⁸ Esto es, la confirmación *ex post* y en concreto de que el juicio abstracto *ex ante* era correcto. Ciertamente, pese a sus pretensiones, la propuesta no se libera del pensamiento en alternativas. En efecto, se trata, otra vez, de comparar la conducta llevada a cabo en el mundo real y ver si, en comparación con la conducta que se habría realizado en un mundo hipotético, aquella ha incrementado el riesgo de producción del resultado. Expresado de otro modo, ha producido más peligro concreto. En todo caso, también esta doctrina tiene variantes muy diversas.¹⁹

3.3. Las doctrinas de la evitabilidad y de la no disminución del riesgo en los casos de omisión

En los delitos de comisión por omisión – tanto dolosos como imprudentes –, la doctrina dominante hace depender la imposición de la pena del delito consumado de la constatación de que el sujeto, de haber actuado, habría evitado el resultado. De nuevo, aquí cabe distinguir variantes que llegan a soluciones diversas en función de la rigidez. La más difundida requiere que ello hubiera tenido lugar con seguridad o con una probabilidad rayana en la seguridad.²⁰ En este sentido, se le puede dirigir el mismo reproche, antes expuesto, de que con ello se desincentiva drásticamente el seguimiento de la norma de conducta. Por el contrario, para la doctrina paralela a la del incremento del riesgo, basta con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de la producción del resultado. En su formulación más precisa esto significa que la omisión comporta un no incremento de posibilidades de salvación, lo que constituye una disminución de posibilidades (en los términos de la comisión por omisión).²¹

A este respecto, con todo, debe añadirse que algunos autores que defienden la doctrina del incremento del riesgo en la comisión activa, rechazan la tesis de la disminución del riesgo como criterio de imputación objetiva en el ámbito de la comisión por omisión. Estos, a su vez, se subdividen en dos grupos absolutamente opuestos. Para unos, el argumento es que aquí la no disminución del riesgo adopta el lugar de la causalidad como característica de la imputación objetiva y que ello no es suficiente para la imputación. Para otros, en cambio, lo que sucede es que no es necesario en absoluto. A su juicio, en los delitos de omisión basta con que el garante tenga el control del riesgo, lo descontrole y el riesgo cause el resultado, sin hacer ninguna consideración hipotética adicional.²²

En el caso objeto de comentario, ya la Audiencia Provincial había apreciado que la conducta de los médicos incrementó el riesgo de producción del resultado. Literalmente: «aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas». Es decir, mejor: disminuyó la posibilidad de que se recuperaran de las lesiones sufridas. Con base en ese dato fáctico

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, p. 31.

¹⁹ BOLEA BARDON, «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», en SILVA SÁNCHEZ et al. (coords.), *LH Mir Puig*, 2017, pp. 459 ss.

²⁰ MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 12/82.

²¹ PERIN, «L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"», *Archivio Penale*, (2), 2018, pp. 1 ss., 37 ss.

²² GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP* 1994, pp. 5 ss., 29, 41; EL MISMO, «La causalidad en la omisión impropia», *ADPCP*, 2000, pp. 29 ss., 72; muy próximo, LUZÓN PEÑA, «Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad», en SILVA SÁNCHEZ et al. (coords.), *LH Mir Puig*, 2017, pp. 685 ss., 694-695.

construyó el Tribunal Supremo el nexo de imputación objetiva del resultado. Sin embargo, es cierto que la doctrina de la no disminución del riesgo ha recibido dos críticas fundamentales, con la particularidad de que ambas parecen alcanzar rango constitucional. Por un lado, se le achaca que convierte los delitos de resultado de lesión en delitos de peligro.²³ Por el otro, que vulnera el principio *in dubio pro reo*.²⁴ Si esto fuera así, resultaría que tal doctrina compromete derechos constitucionales como los relativos a la presunción de inocencia, la proporcionalidad y la igualdad. Obviamente, esto muestra el interés del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de comentario.

4. La posición del Tribunal Constitucional

4.1. Es una “cuestión jurídica”

El recurrente había denunciado la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreción de no sufrir indefensión (art. 24.2 y 24.1 CE). Lo decisivo en este punto sería, a su juicio, que el Tribunal Supremo había modificado la base fáctica de la sentencia de instancia con revaloración de pruebas personales (testificales y periciales) sin audiencia del acusado ni respeto al principio de inmediación.

En la sentencia, el Tribunal Constitucional sitúa el debate como un enfrentamiento entre posiciones doctrinales: «Sin descender a los matices con que pueden formularse esas posturas básicas, resulta claro que la teoría de la evitabilidad, por la que se inclina el tribunal *a quo*, para imputar el resultado exige que se acredite *ex post* que la conducta debida *ex ante* habría logrado evitar el resultado con una posibilidad rayana en la certeza o, en versiones menos rigurosas, con una elevada probabilidad. En cambio, la teoría del incremento del riesgo que defiende el Tribunal Supremo, que suele enunciarse como teoría de la disminución del riesgo en el ámbito de la omisión, imputa el resultado si se constata *ex post* que la conducta que resultaba diligente al tiempo de actuarse habría disminuido el riesgo de acaecimiento del resultado, admitiendo a su vez diversos grados de disminución del peligro – del mínimo al sustancial – como umbral para atribuir el resultado a la omisión y condenar por el delito de resultado de que se trate».²⁵

Es consciente, por otro lado, de que estamos ante una cuestión que puede dar lugar a diferencias en cuanto a la punibilidad: «ante unos mismos hechos y, en particular, ante un determinado nivel de incertidumbre sobre la producción o evitación del resultado con la conducta correcta, la opción por una u otra posición dote de significado típico o no a la conducta omisiva de un garante».²⁶

Sin embargo, incide en lo que, de entrada, resulta fundamental: «Ciertamente podrá preferirse una concepción u otra, podrá discutirse sobre su corrección dogmática y político-criminal e, incluso, sobre su respeto al derecho a la presunción de inocencia o su compatibilidad con las

²³ Referencias en GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 52 ss.

²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 57 ss.

²⁵ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 4. a).

²⁶ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 4. a).

previsiones legales desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal. Pero (...) lo determinante es que se trata de una cuestión estrictamente jurídica».²⁷

Esta primera declaración del Tribunal Constitucional es muy importante. Basta leer la sentencia del Tribunal Supremo para advertir la preocupación de la Sala por el hecho de que está casando una sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial. En particular, por evitar que se piense que ha procedido a una revisión de los hechos. Como es sabido, es posible la revocación de sentencias absolutorias en sede de apelación con afectación de los hechos probados siempre que sea posible volver a practicar la prueba, para luego valorarla. Pero en casación resulta imposible alterar la base fáctica de la sentencia de instancia. El Tribunal Constitucional señala de forma reiterada a lo largo de la sentencia que el Tribunal Supremo se ha atendido a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial y que la polémica es puramente jurídica.

Pero ¿qué significa que algo es una “cuestión jurídica”? Negativamente, está claro: no se trata de una cuestión de hecho. Por tanto, como se verá a continuación, no está sujeta a los criterios de relevancia jurídica de las cuestiones de hecho. Estos son, en concreto, que haya tenido lugar una mínima actividad probatoria, la exclusión de pruebas vulneradoras de los derechos fundamentales y que la prueba se valore conforme a criterios racionales. Todo ello, con la finalidad de alcanzar una convicción acerca de la producción del hecho de que se trate más allá de toda duda razonable. Sólo así se respeta el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Pero con ello todavía no se precisa, en términos positivos, cuál el estatus de una cuestión jurídica. En efecto, cabe que una cuestión jurídica sea: (i) una cuestión con alcance constitucional; (ii) una cuestión con incidencia legal; o (iii) una cuestión sólo doctrinal. Una cuestión jurídica puede tener incidencia constitucional cuando su resolución implica a valores o derechos constitucionales (distintos de la presunción de inocencia). En cambio, una cuestión de legalidad se refiere a la interpretación de la ley. Ciertamente, puede implicar, de modo indirecto, una cuestión de relevancia constitucional. Ello sucede, en concreto, cuando está en juego el respeto al texto de la ley. Finalmente, una cuestión jurídica puede ser exclusivamente doctrinal, cuando en ella no están en juego ni los valores constitucionales ni el respeto al texto de la ley. En realidad, hay que afirmar que un problema doctrinal también puede implicar, indirectamente, una cuestión de relevancia constitucional. Ello sucede cuando la argumentación de alguna de las doctrinas en disputa se separa de los criterios metodológicos generalmente aceptados por la comunidad jurídica. Pero el Tribunal Constitucional, que incluye este supuesto junto al respeto al texto y a los valores de la Constitución en el alcance del derecho fundamental a la legalidad, efectúa en este punto una remisión a la autorregulación de la comunidad dogmática. Las convenciones argumentales de esta son rígidas, pero no hasta el punto de poner en duda el principio de libertad de método; y son laxas, pero no hasta el punto de permitir que se prescinda de las reglas de la razón práctica.

La cuestión jurídica ante la que el Tribunal Constitucional advierte que nos hallamos es, pues, una cuestión doctrinal o de dogmática jurídica. Se refiere a la construcción de la regla de la consumación de los delitos de resultado material. Esta regla tiene por objeto la precisión del nexo entre una conducta antinormativa y un resultado material lesivo. Esta regla no es valorativa: tanto la conducta como el resultado ya están desvalorados. Puede discutirse si es una regla de atribución de sentido o de imputación. Como sabemos, la tradición doctrinal se ha inclinado

²⁷ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 4. a).

implícitamente por esto último, pues habla al respecto de “imputación objetiva”. Mi opinión es que se trata de una regla de atribución de sentido, pues lo pretendido es adscribir un resultado a una conducta estableciendo un nexo de significado entre ellos. Este vínculo de significado es el que permite afirmar que un sujeto “ha matado por una omisión imprudente”.

A mi juicio, hay tres grandes clases de reglas dogmáticas. Por un lado, las que tienen por objeto la asignación de un sentido a un hecho o un objeto; en segundo lugar, las que se ocupan de la valoración de este; y, en fin, las que tienen por objeto la imputación del hecho a un sujeto.²⁸ Pues bien, el manejo de las reglas dogmáticas – y esto es común a las de atribución de sentido, de valoración y de imputación – se traduce en el siguiente proceder. En primer lugar, es preciso (i) que se haya formulado la regla en sí, que relaciona la constatación de unos determinados hechos con la producción de un determinado efecto jurídico (de asignación de sentido, valoración o imputación). En segundo lugar, hay que proceder (ii) a la constatación de esos hechos. En fin, (iii) hay que aplicar la regla a los hechos constatados, concluyendo con la apreciación del efecto jurídico correspondiente. El paso (ii), como puede observarse, tiene que ver con la base fáctica y, por tanto, no arroja una especial peculiaridad. El paso (i), en cambio, es el decisivo en la dogmática. Se trata, ni más ni menos, de construir la regla – lo que a veces se llama ampulosamente la “teoría dogmática” –. Para ello es preciso aportar los argumentos que justifican el paso del plano del ser (los hechos constatados) al del deber ser (la conclusión jurídica de atribución de sentido, valoración o imputación). Sobre esos argumentos y su mayor o menor corrección es sobre lo que discutimos años y décadas, siglos incluso, los integrantes de la comunidad dogmática. El paso (iii), a su vez, tampoco está exento de problemas. Por un lado, cabe que una brillante regla dogmática sea demasiado abstracta y, por tanto, muy difícil de aplicar en el caso concreto, o bien que conduzca a soluciones no equitativas. Ello debe conducir a pensar que la regla está mal construida, o que, en todo caso, no es una regla dogmática, pues lo propio de estas es servir a la aplicación judicial del Derecho al caso. Pero también cabe que una buena regla dogmática sea mal aplicada por el órgano judicial.

En el supuesto objeto de comentario las reglas dogmáticas enfrentadas son la de la evitabilidad y la de la no disminución del riesgo, en cuyos respectivos argumentos y contrargumentos no es posible entrar aquí. El Tribunal Supremo se inclinó por aplicar la regla de la no disminución del riesgo, que reza: «un resultado lesivo se imputa a una omisión antinormativa cuando puede concluirse que, en el caso concreto, la conducta conforme con la norma habría disminuido el riesgo de producción de aquel resultado». Por lo tanto, para aplicar la regla, es necesaria una base fáctica en la que hay que probar un hecho hipotético. Este es que la conducta conforme a la norma, omitida por los médicos (la prosecución de las maniobras de reanimación), habría disminuido en alguna medida el riesgo de muerte de las pacientes aplastadas por la avalancha.

¿Cómo se prueba un hecho hipotético? Ello requiere una regla general de experiencia – en el caso, la relativa a la reanimación –, así como su aplicación al caso concreto desde una perspectiva *ex post*. En efecto, esa regla general de experiencia y su aplicación al caso desde una perspectiva *ex ante* constituyen la base fáctica de la regla jurídica en cuya virtud los tribunales entendieron que la conducta de los médicos fue imprudente. En concreto: una omisión es imprudente cuando según reglas de experiencia la conducta omitida tenía capacidad *ex ante* de evitación del resultado y el sujeto, infringiendo deberes de cuidado, no lo advirtió. Pero sólo el recurso a la

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 1 ss., 16-17.

regla general y su aplicación al caso desde una perspectiva *ex post* (que comprende el tiempo que la paciente concreta tardó en fallecer y, por tanto, el tiempo que pasó desasistida, así como otros hechos anteriores, simultáneos o posteriores) dan lugar a la conclusión hipotética de que la prosecución de la reanimación habría disminuido el riesgo de producción de la muerte de la paciente. Eso sí, esta conclusión hipotética debe alcanzarse más allá de toda duda razonable.

¿Y qué es disminuir el riesgo? Si se parte de que riesgo es igual a “probabilidad × celeridad × magnitud de la lesión”, no puede ignorarse que, entre otras situaciones, la disminución del riesgo abarca la posposición del momento de producción de un resultado inevitable. Ahora bien, la doctrina del incremento del riesgo no distingue cuantitativamente entre los casos de posibilidad de disminución mínima (reducción de probabilidad tendente a un 1%), media (tendente al 50%) y máxima (tendente al 99 %) y ese es, quizá, uno de sus inconvenientes. A ello hizo referencia tanto el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo, como el recurrente en amparo «recriminando a la resolución que lo condena que no haya acreditado desde una perspectiva *ex post* una posibilidad significativa de disminución del riesgo, sino una posibilidad de mínimos».²⁹ El Tribunal Constitucional contesta que el recurrente: «Si bien dice situarse en las coordenadas de la teoría del incremento (disminución) del riesgo, introduce un criterio corrector de tipo estadístico o probabilístico, cual es que la posible disminución del riesgo con la acción debida sea significativa. Pero lo cierto es que no es esa la tesis que acoge el Tribunal Supremo, que se conforma para conectar la omisión y el resultado con la posibilidad de tal disminución, aunque sea de mínimos, que el propio recurrente reconoce acreditada. Tampoco en este punto pone en tela de juicio la existencia de prueba de los elementos del delito en la interpretación del órgano judicial, pues reconocer que las posibilidades de evitar la muerte eran escasas implica reconocer que había tal posibilidad».³⁰ La cuestión adicional, en la que no se entra, es si a esos diferentes porcentajes de evitabilidad del resultado se debería atender en la dogmática de la individualización judicial de la pena.

4.2. No existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia

El recurrente, asimismo, había denunciado que en la sentencia del Tribunal Supremo se había producido una inversión de la carga de la prueba y la correlativa infracción del principio *in dubio pro reo*, que supone, además, la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El hecho de que nos encontremos ante una cuestión jurídica – doctrinal – determina el modo en que el Tribunal Constitucional examina esta parte del recurso interpuesto. En efecto, «no puede vincularse al derecho a la presunción de inocencia un principio *favor rei* en la interpretación de las normas penales, de forma que hayan de dirimirse las posibles comprensiones de los preceptos o solventarse las dudas de subsunción con un criterio *pro reo*. Las opciones interpretativas deben decantarse con el instrumental hermenéutico al uso, siempre, por supuesto, con respeto a las exigencias de razonabilidad gramatical, metodológica y axiológica que impone el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE».³¹

Este es un planteamiento decisivo, porque en él el Tribunal Constitucional reitera una doctrina no siempre bien entendida. Como ya se ha apuntado antes, la misión del Alto Tribunal a

²⁹ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 7. (iii).

³⁰ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 7. (iii).

³¹ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 5.

propósito del recurso a doctrinas dogmáticas por parte de los órganos judiciales se ciñe «al control de que se respeta el tenor literal de la norma, no se incurre en quiebras lógicas y resulta acorde con modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica y es conforme con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional».³² Esto significa que ni en las construcciones dogmáticas, ni siquiera en la interpretación de la ley, rige el principio de *in dubio pro reo*. Este afecta a la prueba de los hechos, pero no a la interpretación de la ley y mucho menos a las construcciones dogmáticas. El principio *in dubio pro libertate*, relativamente paralelo al de *in dubio pro reo*, no es un criterio rector permanente. Pero, además y sobre todo, requiere una duda constructiva o interpretativa como presupuesto. Y esto es lo que no se da en el marco de la discusión objeto del recurso de amparo. En efecto, el Tribunal Constitucional observa que las dos doctrinas en discordia cuentan con argumentos razonables. La de la evitabilidad, con el criterio de la causalidad hipotética, es decir, la posible eficacia de la conducta diligente. La teoría del aumento del riesgo, por su parte, con argumentos relativos al deber de tutela de los bienes jurídicos y de eficacia preventiva de las normas penales.³³ La denegación del amparo en virtud de lo expuesto hasta aquí es, a mi juicio, correcta. Pero...

4.3. El voto particular: la imprudencia “grave”

El “pero” es que la sentencia cuenta con un voto particular. El magistrado que lo formula sostiene que el Tribunal Supremo no se ha limitado a afrontar y resolver una discusión dogmática. Por el contrario, entiende que la situación muestra una configuración idéntica a las que dieron lugar a las condenas de España en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011 (*Lacadena Calero c. España*), y de 13 de junio de 2017 (*Atutxa Mendiola y otros c. España*). A su juicio, tampoco en estos casos se produjo una alteración de la declaración de hechos probados llevada a cabo por el tribunal de instancia. Sin embargo, tanto en aquellos como en el caso objeto de recurso, el Tribunal Supremo ha “entrado en contacto” con los hechos, procediendo a valorarlos desde una determinada perspectiva. Ello ha tenido lugar tanto para apreciar que la conducta del médico dio lugar a un “incremento del riesgo” como, sobre todo, para concluir que aquella conducta constituyó una “imprudencia grave”, y no una menos grave o leve. Pues bien, esto es algo que, según el magistrado discrepante, tampoco cabe efectuar sin dar al acusado la posibilidad de dirigirse al órgano judicial. Dado que esto último no se hizo y, en todo caso, no cabe en el ámbito del recurso de casación, la revocación de la sentencia absolutoria de la Audiencia habría vulnerado derechos fundamentales.

Es importante el paralelismo que traza el voto particular entre este caso de imputación del resultado a la imprudencia y lo que sucedió a propósito del dolo y de otros “elementos subjetivos” en los casos *Lacadena c. España* y *Atutxa y otros c. España*. En ellos, en efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entendió que el Tribunal Supremo español, a pesar de no haber alterado el relato de hechos estimados probados por el tribunal de instancia, valoró estos hechos con repercusión condenatoria sin dar la oportunidad a los afectados de declarar ante él sobre el particular – algo imposible en el ámbito del recurso de casación, como se ha indicado –. Dado que los hechos con repercusión condenatoria eran “elementos subjetivos”, su valoración por el Tribunal Supremo, sin (poder) brindar esa oportunidad a los sujetos cuya absolución había sido recurrida, vulneró derechos fundamentales relativos al proceso debido y acogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³² STC 18/2021, Fundamento Jurídico 5.

³³ STC 18/2021, Fundamento Jurídico 6.

En realidad, el voto particular aborda un problema distinto de los que han sido objeto de la sentencia. En esta última lo decisivo es la cuestión de la imputación objetiva del resultado. En cambio, en el voto – aunque también se mencione lo relativo al incremento del riesgo – el objeto fundamental de interés es que el Tribunal Supremo ha calificado la conducta de los médicos como “imprudencia grave”. La Audiencia provincial (erróneamente, a mi juicio), al haber excluido la imputación objetiva del resultado, no entró en la calificación concreta de la imprudencia. Simplemente, llegó a la difusa conclusión de que el comportamiento de los médicos fue “claramente negligente”. Así, a juicio del magistrado que formula el voto, el Tribunal Supremo, al calificar la imprudencia de los médicos como jurídicamente “grave” – con las consiguientes consecuencias penológicas – ha obrado de modo similar a como actuó en los polémicos casos *Lacadena c. España* y *Atutxa c. España*. En concreto: ha revalorado los hechos probados en una cuestión que se refiere, además, a la “imputación subjetiva”.

Es importante subrayar que, aunque el recurso de amparo abarca esta cuestión de la calificación de la imprudencia como “grave”, aparentemente ni el recurrente se extendió sobre este particular, ni desde luego lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional. Sólo el voto particular entra en esta línea de impugnación a la sentencia del Tribunal Supremo, que desde luego no es menor. Si se parte de que la imprudencia es una “cuestión subjetiva”, y aunque no lo fuera, se me permitirá que augure que el TEDH volverá a condenar a España por este asunto.

5. Conclusión: consecuencias para las reglas dogmáticas

La sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este comentario pone de relieve cuál es el marco en el que se mueven las discusiones dogmáticas. Este marco viene dado por el respeto (i) a los hechos; (ii) al texto legal cuando este se pronuncia sobre la materia; (iii) a los valores constitucionales y (iv) a las reglas del método jurídico. Como el propio Tribunal subraya, no es sólo que haya diversas políticas criminales conformes con la Constitución, sino que también existen diversas opciones dogmáticas, todas ellas compatibles con la Constitución. De hecho, y como sabemos, existen teorías dogmáticas que hacen prevalecer la perspectiva lógico-conceptual (formal o material), otras que hacen primar la mayor conformidad literal con las leyes y otras en las que lo determinante es un enfoque teleológico-axiológico. La discusión sobre los conceptos de autor - objetivo-formal, objetivo-material, etc. - es uno de los ejemplos paradigmáticos de estas divergencias.

Estas discrepancias son jurídicas. Ello significa que, si recordamos lo señalado más arriba, su divergencia radica en que se ha construido sobre bases distintas el criterio rector de la regla dogmática. Por seguir con el ejemplo de la discusión sobre la autoría, no es lo mismo partir de que es autor el que “ostenta el dominio del hecho” que el que “realiza los elementos del tipo”, doctrinas cada una de las cuales cuenta con razones a favor (y en contra). Cuestión distinta es que ambas reglas, así formuladas, sean demasiado abstractas para su aplicación. Es necesario, para que se conviertan en reglas aplicables, decir qué significa “dominar el hecho” o “realizar el tipo”. En todo caso, lo que parece claro es que su aplicación judicial resulta prácticamente imposible sin “entrar en contacto con los hechos” (por seguir con la expresión del voto particular de la sentencia). En efecto, hace falta manejar los hechos para poner de relieve que en ellos se dan los elementos que concretan que un agente tuvo el “dominio del hecho”. Sólo de este modo cabe concluir que un sujeto enjuiciado, cuya intervención en los hechos tuvo determinadas características, es “autor”.

Esto significa que, de atenernos al voto particular (y a las sentencias del TEDH), el Tribunal Supremo tiene las manos atadas en un gran número de casos en los que se trata, únicamente, de discrepancias jurídicas del Alto Tribunal con el tribunal respectivamente inferior. No basta sólo con la obviedad de que respete los hechos probados no alterándolos, sino que ni siquiera puede valorarlos. Pero, sin valorarlos ¿cómo los va a subsumir en la regla dogmática en la que pretende enmarcarlos – por poco abstracta que esta sea – para obtener la consecuencia jurídica respectiva? Expresado con el ejemplo que vengo utilizando en este apartado: ¿cómo puede establecer el Tribunal Supremo que en el caso se dan los elementos que permiten afirmar un “dominio del hecho” y concluir que el sujeto es autor, sin “entrar en contacto” con los hechos? Es sumamente difícil, por no decir imposible, aplicar una regla jurídica distinta de aquella que se quiere rechazar sin “entrar” en contacto con los hechos probados, es decir, sin “revalorarlos” en alguna medida, aunque se respeten plenamente, sin quitar ni añadir nada.

Si llevamos esta conclusión al límite, el Tribunal Supremo no podrá casar sentencias absolutorias por razones de infracción de ley, es decir, de dogmática del Derecho penal. *Estrasburgo locuta, causa finita...*

Aborto en autoría mediata

Comentario a la STS 507/2019, de 25 de octubre

Carolina Bolea Bardon*
Universidad de Barcelona
bolea@ub.edu

-

1. Introducción

Objeto del presente comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019.¹ Los hechos probados son los siguientes: las acusadas Angelina, Adolfina, Beatriz y Almudena, esta última con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, habían obligado a abortar a la testigo protegida. La misma venía siendo obligada a ejercer la prostitución en beneficio de quien la había traído a España, esto es, Adolfina. Como consecuencia de dicha actividad, la testigo protegida quedó embarazada mientras ejercía la prostitución. Como quiera que esta situación impediría que la testigo protegida trabajara durante varios meses, dejando de pagar su deuda, la acusada Adolfina, junto a las acusadas Angelina y Beatriz, que actuaban todas de común acuerdo y con el mismo propósito, golpearon y pegaron a la testigo en varias ocasiones, y le manifestaron que estaba obligada a abortar, sin perjuicio de obligarla a seguir prostituyéndose mientras esta estuviera embarazada y hasta que abortara; además de aumentarle la deuda en 15.000 € como castigo. La testigo manifestó a las acusadas que no quería abortar y que quería tener a su hijo.

El 3 de marzo de 2010 la testigo fue conducida por la acusada Adolfina a la clínica para que le practicasen allí el aborto. Sin embargo, la clínica se negó a llevarlo a cabo porque el estado de gestación de la mujer era de 18 de semanas y la clínica no estaba autorizada para la realización de abortos a ese nivel de gestación por ser considerados de alto riesgo. Ante la negativa de la clínica, la testigo protegida fue obligada a trasladarse hasta Madrid, acudiendo al domicilio de la acusada Almudena, quien también actuaba en connivencia con las otras acusadas. Almudena, fue la encargada de llevar a la testigo a la clínica el día 16 de marzo de 2010. Una vez allí, la testigo, firmó los documentos para la realización del aborto, pero sin que realmente prestara su consentimiento libremente, puesto que ya había sido golpeada previamente por las acusadas, así como amenazada con causarle a ella o a miembros de su familia males físicos, tal y como le recordaban las acusadas constantemente. Antes de salir de Nigeria, la testigo había sido obligada a realizar un rito de vudú para quedar sometida psicológicamente a las acusadas, a la par de atemorizarla ante cualquier acto que la testigo pudiera hacer y que pudiera desvelar las acciones

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia: «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (RTI2018-097727-B-100).

¹ Ponente Polo García.

que las acusadas le obligaban a realizar. Almudena siempre estuvo presente en todos los trámites preceptivos que tenía que realizar la testigo en la clínica. Finalmente se realizó el aborto, dándole el alta a la paciente el día 17 de marzo de 2010.

El precio del aborto fue abonado por Angelina, Adolfinia y Beatriz. Los gastos incluían también el billete de avión a Madrid, así como la estancia en la casa de Almudena.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, en su sentencia de 12 de junio de 2017, condenó a las acusadas Filomena, Paula, Bárbara y Rosalía (Angelina, Adolfinia, Beatriz y Almudena para el Tribunal Supremo) como autoras de un delito de aborto del art. 144 del Código penal, a la pena de cuatro años de prisión, respecto a las tres primeras; y, a la pena de seis años de prisión, respecto a la última por apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 del Código penal.²

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de octubre de 2019, desestimó el recurso de casación interpuesto por las acusadas, confirmando el fallo de la Audiencia.

2. La autoría mediata como forma de autoría

En el caso objeto de este comentario se plantea un supuesto de comisión de un delito de aborto en autoría mediata. Así lo han entendido tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo. Como es sabido, la autoría mediata es una forma de autoría que se caracteriza por la comisión de un delito a través de otra persona que se utiliza como instrumento. La persona de detrás realiza el tipo sin ejecutar de propia mano la acción descrita en el mismo.³ El origen de esta figura se sitúa en Alemania y se remonta a la época en que en dicho país regía en materia de participación la accesoriedad máxima.⁴ Nació para cubrir lagunas de punibilidad derivadas de una regulación positiva que hasta 1943 exigía para poder castigar al partícipe que el autor del hecho antijurídico fuera también culpable del mismo.⁵ Actualmente se concibe como una figura con sustantividad propia, reconocida expresamente en las legislaciones penales alemana (§ 25 StGB) y española (art. 28 CP), cuya función consiste en ampliar el concepto de autor vinculado tradicionalmente a la ejecución de propia mano.

Aunque la figura de la autoría mediata está generalmente admitida por la doctrina, algún autor la ha tachado de superflua, entendiendo que «no es un caso de intervención, sino un caso de comisión *directa* fenotípicamente enmascarado».⁶ Si bien no es posible en el presente comentario

² SAP Las Palmas 2ª, 208/2017, 12-06.

³ Sobre el fundamento y la estructura de la autoría mediata, vid., BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 139 ss.; LA MISMA, «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *REPC*, 2ª Época, (12), 2003, pp. 11 ss.

⁴ Una vuelta a la accesoriedad máxima o estricta propone recientemente, JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 63 ss.

⁵ Cfr., al respecto, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 21/17 y 62; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, 10/55; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 664; RANDT, *Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen*, 1997, p. 13; HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW*, (110), 1998, pp. 603 ss.

⁶ Así, JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 68 (con cursivas en el original). En la misma línea, ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Polít. Crim.*, (15-30), 2020, p. 1003, sostiene que “la autoría mediata es la hija predilecta del pensamiento fenomenológico”.

profundizar al respecto, sí conviene dejar sentado que considero necesario seguir manteniendo la distinción entre formas de autoría. Y no, únicamente, porque así lo haya establecido el legislador, sino porque hay razones dogmáticas que lo aconsejan. Sin ir más lejos, los criterios de imputación que sirven para explicar la autoría varían en función de que el sujeto actúe por sí solo, conjuntamente o por medio de otro. Concretamente, en la autoría mediata la falta de relevancia penal de la ejecución material para la persona de delante deriva de un déficit de conocimiento o de libertad provocado por el sujeto de detrás. No sucede lo mismo, en cambio, en los casos denominados por la doctrina de «instrumento doloso no cualificado», en los que es el propio legislador quien excluye al ejecutor del círculo de posibles autores, negando relevancia a su ejecución, no siendo necesario acudir aquí a la autoría mediata, pudiéndose apreciar una autoría directa.⁷ Por otro lado, definir y concretar la extensión de la autoría mediata, además de ser analíticamente más distintivo, permite establecer límites respecto a figuras afines como la inducción, cuyas fronteras a menudo se presentan difusas.

La doctrina dominante suele adentrarse en esta figura, distinguiendo casos de autoría mediata, lo que puede resultar de utilidad a efectos pedagógicos.⁸ Sin embargo, hay que evitar la formación de grupos de casos partiendo del déficit que presenta el instrumento (instrumento que actúa atípicamente, justificadamente, inculpablemente, etc.).⁹ Y ello porque estas clasificaciones no explican el verdadero fundamento de la responsabilidad del sujeto de detrás. Solo tienen en cuenta al instrumento. Más concretamente, se centran en el defecto del ejecutor material. Como señala MIR PUIG, “lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás”.¹⁰ La pregunta clave es: ¿por qué razón se invierten los papeles? La respuesta, que lleva directamente a plantearse el fundamento de la responsabilidad del autor mediato, no puede ser otra que la *instrumentalización* como medio de comisión del delito. Instrumentalizar supone manipular la situación, generando un déficit de conocimiento o de un déficit de libertad en el ejecutor, que permite contar con la lesión del bien jurídico en términos normativos y no de mera probabilidad estadística. Cabe advertir que la instrumentalización no es exclusiva de la autoría mediata pues aparece también en supuestos de ausencia de acción en el ejecutor, donde la instrumentalización alcanza un grado máximo.¹¹ Sin embargo, un cierto grado de instrumentalización debe concurrir en toda autoría mediata, pues es lo que explica la inversión de roles entre la persona de detrás y la de delante.¹²

⁷ No obstante, a favor de seguir manteniendo la autoría mediata en estos casos, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., 2016, 14/58.

⁸ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 14/55 ss.

⁹ En este sentido, FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, 10/56, quienes consideran que los déficits mencionados no son ni condición necesaria ni suficiente para hacer responsable como autor al hombre de detrás.

¹⁰ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 14/51. No obstante, este autor sigue la clasificación tradicional, que parte del déficit del instrumento.

¹¹ La utilización de una persona cuya voluntad queda completamente anulada nos remite a la autoría inmediata individual o unipersonal. Son casos en los que ni siquiera se aprecian alternativas de acción, y sin ellas no es posible establecer una relación de autoría en sentido jurídico-penal.

¹² De ahí, que sea rechazable la utilización por parte del Tribunal Supremo de la autoría mediata en algunos supuestos de codelinuencia en delitos patrimoniales y en delitos contra el medio ambiente en los que no se aprecia ningún tipo de instrumentalización (vid. SSTS 1022/2012, 19-12; 852/2012, 30-10; 152/2012, 02-05; 68/2018, 07-02).

3. La comisión de un delito de aborto en autoría mediata

Como es bien sabido, la regulación actual del aborto procede de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (LOIVE). Entre las distintas modalidades típicas previstas en el Código penal, el aborto provocado dolosamente por un tercero sin consentimiento es, sin duda, el supuesto más grave. Viene recogido en el art. 144 CP y tiene prevista una pena de prisión de cuatro a ocho años, además de la pena de inhabilitación especial de tres a diez años. En el segundo apartado del precepto el legislador extiende esa misma pena a los supuestos en que el consentimiento se obtiene mediante violencia, intimidación o engaño (consentimiento viciado). Hay consenso en la doctrina en cuanto a que el bien jurídico protegido en este delito es de carácter pluriofensivo, pues no se ataca solo la vida humana dependiente, sino también la libertad y la dignidad de la mujer gestante.¹³ De ahí que la pena sea la más elevada de las distintas modalidades de aborto.

Como se ha visto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que condena a las acusadas por un delito de aborto del art. 144 CP, rechazando la tesis planteada por las recurrentes que niega la posibilidad de ser consideradas autoras «al no haber participado directamente en la ejecución del hecho». El Tribunal Supremo deja atrás las superadas teorías objetivo-formales y parte de que el Código penal reconoce «que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo». Asimismo, entiende que el delito de aborto, como delito «puramente de resultado», puede ser cometido en autoría mediata, interpretando que el hecho de que el art. 144 CP no exija unas características determinadas en la descripción de la conducta típica, «confiere al tipo penal la amplitud necesaria para abarcar esta forma de autoría». El Tribunal Supremo también hace suyo el argumento empleado por la Audiencia para admitir la autoría mediata de las acusadas, consistente en afirmar que «actuaron conjuntamente para conseguir su propósito, el aborto de la víctima, (...), que fue practicado sin su consentimiento, pues el mismo estaba viciado, obtenido bajo amenaza evidente (...), resultando obvio para el Tribunal que el personal sanitario no tenía conocimiento de la ausencia de consentimiento de la embarazada, por lo que los mismos actuaron como mero instrumento de las verdaderas autoras del delito de aborto, las acusadas».

La autoría de las acusadas se explica en la sentencia a partir de la teoría del dominio del hecho, desarrollada por ROXIN en los años 60 del siglo XX y acogida con relativa frecuencia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la delimitación entre autoría y participación.¹⁴ Concretamente, se echa mano de la fórmula diseñada por ROXIN del dominio de la voluntad para fundamentar la autoría del hombre de detrás en la autoría mediata.¹⁵ Así, claramente, cuando se afirma que las acusadas «controlaban la acción delictiva, amenazando e incluso golpeando a la testigo protegida, las cuales planificaron la interrupción del embarazo, la obligaron a ir a las clínicas a que le practicasen el mismo, donde siempre la acompañaron, y engañaron al personal sanitario sobre el libre consentimiento de la misma».

¹³ Vid. FELIP I SABORIT, «El aborto», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 61 s.; CARBONELL MATEU, «Aborto», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., 2016, p. 64.

¹⁴ Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963 (existe actualmente una 10ª ed., 2019).

¹⁵ Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., 2019, pp. 157 ss., 804 ss.

A mi juicio, la solución a la que llega el Tribunal Supremo es correcta. Sin embargo, la argumentación que le sirve de base merece algunas consideraciones. Además, y quizás más importante, la sentencia deja de lado algunos aspectos que debieron ser tenidos en cuenta.

A la hora de resolver este caso, es necesario centrar el análisis de la responsabilidad en distintas personas: a) las mujeres que amenazan; b) la mujer embarazada; y c) los médicos.

a) En cuanto a la responsabilidad de las mujeres que amenazan, cabe plantear varias objeciones a la sentencia: en primer lugar, se describe el tipo de aborto como un delito «puramente de resultado». Y de ahí se infiere la posibilidad de que las acusadas cometan el delito en autoría mediata, lo que puede dar lugar a entender que dicha posibilidad queda excluida para el resto de los delitos. Dicha conclusión choca con la tesis más extendida en la doctrina según la cual, salvo que se trate de un delito de propia mano, cualquier delito puede ser cometido en autoría mediata.¹⁶ En realidad, para apreciar esta figura, no hace falta ni un tipo de resultado ni resultativo. Los delitos de medios determinados y los de mera actividad también pueden ser cometidos en autoría mediata.¹⁷

En segundo lugar, pese a lo que pudiera pensarse, la autoría mediata no exige un control efectivo de la voluntad ajena, ni se caracteriza, como dice la sentencia, “por el dominio de la voluntad del otro”, cuestión empírica a menudo inconstatable. De apostar por emplear el dominio del hecho como criterio delimitador entre autoría y participación, parece conveniente abandonar la perspectiva naturalística. El dominio, al igual que la realización típica, debe ser interpretado normativamente, orientándose a la imputación del hecho y no al control fáctico del proceso.¹⁸ En nuestro caso, parece claro que las acusadas no poseen un control efectivo de la situación en los mismos términos que si lo ejecutaran ellas mismas de propia mano porque se interpone la voluntad de otras personas. En efecto, los médicos podrían haber decidido no practicar la intervención y la propia víctima no someterse a la misma, asumiendo las consecuencias.

En tercer lugar, el fundamento de la responsabilidad como autoras mediatas de las acusadas se basa en la manipulación de la situación a través de una doble instrumentalización: la de la mujer embarazada, a través de la provocación de un déficit de libertad; y la de los médicos, a través de un déficit de conocimiento. No hay que olvidar que una de las acusadas llega a acompañar a la embarazada a la clínica para asegurarse de que esta se sometiera a la interrupción del embarazo. Los facultativos que practicaron el aborto desconocían que se trataba de un consentimiento viciado por haber sido obtenido bajo amenazas. El desconocimiento de un elemento esencial del tipo, como es aquí el consentimiento, fácilmente puede ser calificado de error de tipo invencible, siempre que no hubiera indicios de la situación de coacción a la que estaba sometida la

¹⁶ Se entiende por delitos de propia mano aquéllos que sólo pueden ser cometidos a través de la ejecución corporal de las acciones típicas, siendo motivo de controversia la decisión acerca de qué tipos pertenecen a dicha modalidad y dónde se halla el fundamento de la realización de «propia mano». Sobre ello, críticamente, vid. MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 23-69.

¹⁷ Vid. la reciente STS 338/2020, 19-06, en la que se condena como autores mediatos de una detención ilegal a dos policías nacionales que detienen y elaboran una minuta, en la que se atribuye falsamente a la detenida la posesión de una relevante cantidad de sustancia psicotrópica, además de un delito de tenencia ilícita de armas, y de la comisión de dos delitos de atentado, prolongando la detención los compañeros que redactan el atestado y acordando el Juez de instrucción la prisión provisional que dura 39 días.

¹⁸ El dominio elevado a un plano normativo no se desvincula de la realidad que pretende regular, pero combina base fáctica con decisión jurídica.

embarazada. Cosa distinta es si los médicos que practicaron el aborto no deberían haberse negado a llevarlo a cabo ante la fase de gestación en que se encontraba la mujer, tal como hicieron en la primera clínica a la que se dirigieron para intentar practicar el aborto. Sobre esta cuestión, se volverá más adelante.

En cuarto lugar, se afirma en la sentencia que, de no admitirse esta forma de autoría, la conducta de las acusadas tampoco podría ser castigada como participación por falta de un hecho típico y antijurídico. Aunque no se diga expresamente, parece que se está pensando en el delito de aborto previsto en el art. 145.2 (aborto consentido por la mujer fuera de los casos permitidos por la ley). Las acusadas no podrían responder como inductoras ni cooperadoras necesarias de esta modalidad de aborto porque, en virtud del principio de accesoriedad (limitada) de la participación, no habría un hecho antijurídico en el que tomar parte. Lo anterior presupone entender que la conducta de la mujer embarazada es atípica, afirmación que obliga a plantearse la responsabilidad de esta última.

b) En relación con la actuación de la mujer embarazada, según consta en los hechos probados, esta «firmó los documentos para la realización del aborto, pero sin que realmente prestara su consentimiento libremente, puesto que ya había sido golpeada previamente por las acusadas, así como amenazada con causarle a ella o a miembros de su familia males físicos». Parece que está fuera de discusión que la embarazada no debe responder por el delito previsto en el art. 145.2 CP.¹⁹ Pero interesa ver cuál es el fundamento de esa falta de responsabilidad penal. El Tribunal Supremo entiende que la conducta de la embarazada («consentir que otra persona se lo cause») es atípica por no existir un consentimiento válido. Sigue la tesis, según la cual, el consentimiento constituye en este delito un elemento negativo del tipo, cuya ausencia comporta la atipicidad de la actuación de la embarazada.²⁰

En relación con lo anterior es necesario hacer dos precisiones: en primer lugar, el delito del art. 145.2 CP no establece una modalidad de comisión activa, sino que recoge un supuesto de comisión por omisión expresamente previsto en la ley.²¹ La mujer no provoca su propio aborto, sino que permite que otra persona se lo cause, estando en posición de garante.²² En segundo lugar, negar relevancia al consentimiento en supuestos como el que nos ocupa responde a razones que apuntan hacia el principio de inexigibilidad, generalmente ubicado por la doctrina en sede de culpabilidad, pero ampliamente reconocido en los delitos de omisión como excluyente de la tipicidad. En efecto, a la mujer embarazada no le es exigible resistirse a las amenazas a las que estaba siendo sometida y solucionar el conflicto de otro modo. Si presta su consentimiento para que le practiquen el aborto es porque se halla en una situación de necesidad coactiva

¹⁹ Vid., por todos, CARBONELL MATEU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 5ª ed., 2016, p. 66.

²⁰ Así lo reconoce expresamente, ROPERO CARRASCO, «Cap. 26. Delitos contra las personas», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2020, nm. 7264.

²¹ Así, también, FERNÁNDEZ BAUTISTA, «Delitos contra la vida humana en formación», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 2ª ed., 2019, p. 84.

²² No se puede entrar aquí a valorar si se trata de una responsabilidad a título de autor o de partícipe. A favor de considerar a la mujer embarazada, mencionada en el art. 145.2 CP, partícipe en comisión por omisión, RUEDA MARTÍN, «La inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión: una decisión del legislador en la parte especial del código penal», *Revista General de Derecho Penal*, (33), 2020, p. 37.

provocada por las acusadas, a tratar exactamente del mismo modo que si fuera ella misma quien se hubiera producido el aborto bajo amenazas.²³

c) Respecto a la actuación de los médicos que finalmente practicaron el aborto en la segunda clínica, una posible responsabilidad conforme al art. 144 CP queda excluida, como se ha visto, por apreciarse un error de tipo invencible provocado por las acusadas a través del déficit de libertad generado en la embarazada. Sin embargo, nada se dice en la sentencia respecto a la concurrencia de un posible delito de aborto previsto en el art. 145.1 CP, que sanciona a cualquier persona que «produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento». Bien es cierto que en este caso falta precisamente el consentimiento válido de la embarazada; pero, no es menos cierto que, en principio, nada impediría apreciar una tentativa inidónea de aborto del art. 145.1 CP. Aunque no hubiera sido objeto de acusación, podría haber sido mencionado por la propia sentencia de instancia o de casación.

4. Reflexión final

A pesar de que no se diga expresamente en la sentencia, todo parece indicar que el caso objeto de este comentario es un supuesto de coautoría mediata. Admitir una coautoría mediata no plantea problemas, siempre que no se explique en términos de ejecución conjunta del hecho, sino como realización conjunta del tipo, lo que no implica necesariamente llevar a cabo actos ejecutivos.²⁴ Lo contrario impediría admitir la coautoría mediata porque, por definición, el autor mediato no toma parte en la ejecución del hecho. Concebir la coautoría como realización conjunta del tipo permite apreciar una coautoría mediata en casos como el analizado en que hay mutuo acuerdo, entendido como mutuo reconocimiento de las aportaciones de cada una de las acusadas, y una determinación conjunta del hecho en sus elementos esenciales. Las acusadas son responsables tanto del déficit de conocimiento de los médicos como del déficit de libertad de la propia víctima. En la medida en que se sirven de amenazas y de engaño para manipular la situación, apropiándose de este modo de la decisión ajena, se las percibe como las configuradoras principales del delito. Se trata de una coautoría mediata horizontal porque se reparten las distintas contribuciones en un plano de igualdad.

²³ Vid. STS 178/2016, 03-03, en la que se condena por delito de aborto a quienes presionan a una mujer embarazada, obligada a ejercer la prostitución, a que ingiera una sustancia abortiva, produciendo la pérdida del feto.

²⁴ A favor de admitir la autoría no ejecutiva, ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, pp. 3 ss.; EL MISMO, «La autoría no ejecutiva» (editorial), *InDret*, (2), 2012, partiendo acertadamente este autor de que la ejecución es un concepto que vincula a todos los intervinientes; EL MISMO, *Polít. Crim.*, (15-30), 2020, pp. 993 ss.

La COVID-19 se cobra una nueva víctima en Italia: el derecho a la irretroactividad desfavorable de las normas penales

Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 278/2020, de 18 de noviembre

Albert Estrada i Cuadras
Universitat Pompeu Fabra
albert.estrada@upf.edu

-

1. Antecedentes

Italia fue el primer país de la Unión Europea en padecer los estragos causados por la COVID-19. En su primera oleada de contagios, en marzo de 2020, el Gobierno italiano se vio obligado a tomar medidas drásticas en materia de movilidad e interacción social, a fin de intentar doblegar la desbocada curva de infecciones.

Entre tales precauciones se contó la suspensión de una buena parte de la actividad de la Administración de Justicia, con la consecuente paralización de plazos y procedimientos judiciales.

La medida se articuló a través de varios *Decretos Legge* —disposiciones normativas aprobadas por el Ejecutivo— en los que se establecía expresamente la suspensión de los plazos de prescripción penal durante un periodo de tiempo determinado. El plazo de suspensión más largo, con efectos en toda la Península Apenina, fue de 64 días (del 9 de marzo al 11 de mayo).

El legislador convalidó la medida, convirtiendo en *Legges* —disposiciones aprobadas por el Parlamento— los decretos aprobados de urgencia por el Gobierno.

De acuerdo con la redacción de la normativa aprobada, la suspensión de los plazos de prescripción penales se podía aplicar en procedimientos ya iniciados. Habría podido tener sentido restringirla a los de nueva iniciación —piénsese en infracciones penales con un plazo de prescripción muy breve, como el de nuestros delitos leves, de un año—, pero es evidente que los procedimientos en los que más necesaria resultaba la medida eran aquellos en los que el plazo de prescripción se estaba a punto de agotar.

Teniendo en cuenta que, en Italia, como en España, el Tribunal Constitucional había manifestado en reiteradas ocasiones que las normas de la prescripción penal tienen naturaleza sustantiva,¹ la nueva normativa levantó dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables,² integrante del derecho a la legalidad penal, previsto en el artículo 25.II de la *Costituzione* italiana y en el 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante).

En efecto, la suspensión de los plazos de prescripción a procedimientos ya iniciados sobre la base de normas aprobadas tras la comisión del delito, incluso tras la iniciación del procedimiento judicial, suponía, una ampliación (medida, por tanto, desfavorable) retroactiva de los plazos de prescripción.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la normativa aprobada no tardaron en llegar al Tribunal Supremo italiano. En julio de 2020, las Secciones penales 3.^a y 5.^a de la *Corte di Cassazione* tuvieron que pronunciarse sobre su compatibilidad con el artículo 25.II de la *Costituzione*.³

Ambas Secciones coincidieron en su conclusión: la normativa de emergencia suspensiva de la prescripción penal es compatible con el principio de legalidad. Ahora bien, las vías de fundamentación de esta conclusión fueron sustancialmente distintas.

La Sección penal 5.^a hizo pivotar su argumentación en torno al artículo 159 del *Codice penale*. En este precepto se establece que «[e]l cómputo de la prescripción permanece suspendido en cada caso en el que la suspensión del procedimiento o del proceso penal o el plazo de la custodia cautelar viene impuesto por una determinada disposición legal».⁴

Según la Sección 5.^a, la normativa de emergencia aprobada a raíz de la COVID-19 solamente concretaría la causa general de suspensión del plazo de la prescripción penal prevista en el artículo 159 del *Codice penale*, a saber: la suspensión del procedimiento jurídico-penal. Estando prevista *ex ante* esta causa general de suspensión de la prescripción penal, su concreción mediante normas posteriores a la comisión del delito no constituiría una vulneración de las garantías previstas por el derecho a la legalidad penal.⁵

La Sección 3.^a criticó duramente esta línea de argumentación. A juicio de esta Sala, resolver el problema en tales términos supone “esquivar subrepticamente el principio de irretroactividad *in peius*”.⁶ En su lugar, esta sección cogió el toro por los cuernos y reconoció que la normativa aprobada de emergencia suponía una relativización del derecho a la irretroactividad de las

¹ Véase, por todas, la *Sentenza* de la *Corte Costituzionale* n.º 115/2018, de 10 de abril, considerando n.º 10.

² MALAGNINO, «Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da COVID-19», *Giurisprudenza Penale*, (4), 2020, pp. 1-31.

³ Véanse la *Sentenza* de la Secc. 3.^a n.º 21367/2020, de 2 de julio y la *Sentenza* de la Secc. 5.^a n.º 25222/2020, de 14 de julio.

⁴ Traducción del autor. El original versa como sigue: «Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare e' imposta da una particolare disposizione di legge».

⁵ Véanse los razonamientos jurídicos 8.º y 9.º de la *Sentenza* de la Secc. 5.^a n.º 25222/2020, de 14 de julio.

⁶ Traducción del autor: «Tale esegesi —come peraltro osservato anche dalla dottrina—, si risolverebbe in un surrettizio aggiramento del principio di irretroattività in peius» (FJ 6.5.º; subrayado añadido).

normas penales desfavorables, tradicionalmente concebido como un derecho absoluto, imponderable. No obstante, la Sala consideró que, dadas las circunstancias del caso concreto (situación de necesidad derivada de una catástrofe natural, estricta limitación temporal de la suspensión, etc.), la restricción del derecho a la legalidad penal constituye un “*sacrificio necesario*” (FJ 6.7.º).

La principal crítica a esta resolución, ya formulada en un comentario publicado en el anterior número de esta revista,⁷ consiste en lamentar la pobreza del juicio de proporcionalidad efectuado por la Sala. En algunos aspectos, la ponderación resulta sospechosamente arbitraria, pues se identifican como derechos contrapuestos el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, por un lado, y el derecho del justiciable a la reinserción, el olvido, etc. (consideraciones que fundamentan la prescripción de los delitos y de las penas), por otro. Se dice que el sacrificio del derecho a la legalidad habría sido necesario para preservar la salud e integridad física de los ciudadanos, en particular la de los intervinientes en la Administración de Justicia. Los magistrados llegan a señalar que la medida suspensiva tiene por finalidad proteger la vida e integridad física del propio imputado y su abogado (FJ 6.6.º).

No obstante, es evidente que no son estos los derechos o intereses en liza, puesto que la protección del derecho a la vida y a la integridad física de las personas se puede maximizar sin necesidad de limitar el derecho a la legalidad penal del justiciable con una ampliación retroactiva de los plazos de prescripción. El Estado puede renunciar a la persecución de los delitos que hayan prescrito durante la suspensión de la Administración de Justicia por razones sanitarias.

El verdadero conflicto lo protagonizan el interés del procesado en quedar exento de responsabilidad penal por el efecto del transcurso del tiempo y el interés general en la persecución de los delitos. Pero, como es obvio, este conflicto no es de tan fácil resolución como el anterior, en el que el derecho a la vida claramente prevalece. En el verdadero conflicto se contraponen un interés individual contra uno colectivo y, como es sabido, en un Estado de raigambre auténticamente liberal los derechos e intereses individuales prevalecen, por regla general, frente a los colectivos, sin que en el caso particular existan razones para que la solución del conflicto se desvíe de esta regla.⁸

Pese a las divergencias en las vías de fundamentación seguidas, las Secciones penales de la *Corte di Cassazione* coincidieron en considerar que las dudas de legitimidad constitucional respecto de la normativa suspensiva aprobada eran manifiestamente infundadas (juicio de la “*manifesta infondatezza*”), por lo que no era procedente elevar al Tribunal Constitucional las cuestiones planteadas por los justiciables.

Algo ciertamente llamativo, especialmente para la Sección 3.^a, que en su propia sentencia reconoció que su planteamiento choca con la doctrina de su Tribunal Constitucional. La misma Sección 3.^a citó en su resolución un precedente de la Corte constitucional en el que ésta afirmaba explícitamente que el derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables no admite derogaciones (“*non tollera deroghe*” — razonamiento jurídico 6.7.º).

⁷ ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, «¿El derecho a la irretroactividad penal desfavorable es inmune a la COVID-19?», *InDret*, (4), 2020, pp. 525-534.

⁸ Para una mayor fundamentación de la crítica expuesta en el texto véase ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, *InDret*, (4), 2020, pp. 529-533.

La negativa del Tribunal Supremo italiano no impidió que algunos tribunales ordinarios formularan cuestión de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale*. Este fue el caso del *Tribunale ordinario di Siena*, del *Tribunale ordinario di Spoleto* y del *Tribunale ordinario di Roma*. Entre los tres plantearon cuatro dudas de inconstitucionalidad, preguntando al máximo intérprete de la constitución italiana si la normativa aprobada era conforme con el art. 25.II de la *Costituzione*, con el art. 7 CEDH y con el art. 49 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.

En su Sentencia n.º 278/2020, de 18 de noviembre, el Tribunal Constitucional italiano declaró admisibles y resolvió las cuatro cuestiones de constitucionalidad mencionadas.

2. Razonamientos jurídicos de la *Corte Costituzionale*

Los razonamientos jurídicos de la *Corte* comienzan por reiterar el carácter sustantivo de las normas que regulan la prescripción penal (FJ 9.º). Asimismo, el Tribunal recupera uno de sus precedentes para subrayar que la garantía de legalidad penal es un «*valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*» (FJ 10.º).

A partir de aquí la Corte constitucional prepara el terreno para hacer suya la tesis defendida por la Sección penal 5.ª de la *Corte di Cassazione*, consistente en admitir la ampliación retroactiva del plazo de prescripción de un delito al amparo del artículo 159 del *Codice penale*, entendiendo que ello deja intacto el derecho a la legalidad penal.

La Corte empieza advirtiendo de que el derecho del justiciable a conocer el horizonte temporal del procedimiento penal seguido contra él no implica la prerrogativa de poder determinar, *ex ante*, el *dies ad quem* en el que madurará la prescripción de su delito (FJ 9.º).

A continuación, subraya el carácter diacrónico de la punibilidad, no solo en su aspecto sustantivo (dependiente de la calificación que finalmente se haga del hecho, por ejemplo), sino también en su aspecto procesal, dado que el ordenamiento prevé causas de interrupción o suspensión del procedimiento que, a su vez, interrumpen o suspenden el cómputo del plazo de prescripción. No siendo tales causas controlables por el justiciable, resulta evidente que éste jamás podrá determinar *ex ante* el momento exacto en el que va a prescribir su delito (FJ 10.º).

Dicho esto, el Tribunal procede a convalidar la interpretación del artículo 159 del *Codice penale* como un precepto bisagra, en palabras de la propia Corte, que por un lado contiene una cláusula general de suspensión de la prescripción, por razón de la paralización del procedimiento, y, por otra, contempla un catálogo de casos particulares de suspensión.

Entre estos casos particulares estarían los previstos por las concretas disposiciones legales que se aprueben en tal sentido. Según el Tribunal, la integración de la cláusula general mediante disposiciones legales particulares, incluso cuando éstas sean posteriores a la comisión del delito enjuiciado, es conforme con el artículo 25.II de la *Costituzione* siempre y cuando estas disposiciones respeten el principio de duración razonable del procedimiento (previsto en el art. 111.II de la Constitución italiana), así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad (previstos en el art. 3.I de la misma norma).

A su juicio, esta técnica legislativa respetaría la garantía de reserva de Ley, pues el art. 159 del *Codice* prevé la suspensión del cómputo de la prescripción de los delitos cometidos tras su entrada en vigor, cuando los procedimientos penales seguidos por estos delitos sean suspendidos por razón de una disposición legal que así lo establezca. También respetaría la garantía de irretroactividad, en la medida en que solamente se pueden suspender los procedimientos durante un periodo de tiempo posterior a la entrada en vigor de la normativa suspensiva (se podría pretender suspender el plazo de prescripción respecto de un periodo de tiempo previo a la aprobación de la Ley). Por último, el modelo resultaría respetuoso con la garantía de la predeterminación del horizonte temporal del proceso penal, en la medida en que el justiciable podía saber, *ex ante*, que las causas de suspensión del procedimiento conllevan, por regla general, la suspensión de la prescripción.⁹

Para reforzar su discurso, la Corte esgrime que la suspensión legítima del procedimiento penal debe comportar la suspensión de la prescripción de los delitos y de las penas. De lo contrario, existe el riesgo de que el delicado equilibrio entre los intereses contrapuestos conseguido con la normativa de la prescripción penal se vea alterado desmesuradamente a favor del reo, en perjuicio de los demás intereses en conflicto. El Tribunal añade que sería inútil que una determinada disposición legal con la que se suspendieran los procedimientos penales como consecuencia obligada de una situación de emergencia colectiva puntual, solamente suspendiera la prescripción de los delitos cometidos tras su entrada en vigor. En estos casos el plazo de la prescripción estaría muy lejos de la fecha de vencimiento, por lo que la suspensión sería innecesaria (FJ 13.º).

Sentadas las premisas jurídico-dogmáticas, el Tribunal procede a analizar la conformidad con el derecho a la legalidad penal de las concretas disposiciones legales aprobadas a raíz de la pandemia de la COVID-19 (FJ 14.º). Según el parecer de la Corte, las concretas disposiciones legales suspensivas del plazo de prescripción de los delitos son conformes con el art. 25.II del *Costituzione* porque respetan el principio de duración razonable del proceso (solamente se amplía el plazo durante 64 días) y porque respetan los principios de razonabilidad y proporcionalidad (la medida se adopta para preservar la vida y la integridad física de las personas, lo cual justificaría la restricción del derecho a la legalidad sin necesidad de mayores consideraciones).

En cuanto a las cuestiones planteadas por los tribunales ordinarios en relación con el art. 7 CEDH y el art. 49 TFUE, la *Corte Costituzionale* las despacha de un plumazo, con razón. Respecto del art. 7 CEDH, el Tribunal Constitucional italiano recuerda que, por regla general, la Corte de Estrasburgo deja fuera del ámbito de protección del derecho a la legalidad penal a las normas relativas a la prescripción, que considera de naturaleza procesal (FJ 19.º). En cuanto al art. 49 TFUE, señala que solamente es invocable en aquellos supuestos de hecho enmarcados en el ámbito de aplicación del Derecho europeo, no siendo el caso de ninguno de los procedimientos en el marco de los cuales se plantearon las cuestiones de legitimidad de la normativa de emergencia (FJ 20.º).

⁹ En la doctrina italiana, a favor de la solución de la Corte, véanse PULITANÓ, «Il Problema fra Principi Costituzionali e Politica», *Sistema Penale*, (3), 2021, pp. 21-31; GATTA, «‘Tolleranza tra principi’ e ‘principi intolleranti’. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem», *Sistema Penale*, 22/7/2020.

3. Valoración crítica

La resolución del Tribunal Constitucional italiano merece una valoración muy crítica. No tanto por la solución alcanzada, sino por la forma en la que la fundamenta.

En primer lugar resulta poco honesto que la Corte reafirme con solemnidad el carácter sustantivo de las normas de la prescripción penal y a renglón seguido subvierta las consecuencias indeseadas que ello conlleva para el interés general en la persecución de los delitos mediante la consideración como procesales de una parte de las normas que regulan este instituto.

Las normas relativas a la suspensión de la prescripción penal forman también parte de este instituto jurídico, que la Corte ha considerado de naturaleza sustantiva, sin distinciones. La consideración de este tipo de normas como disposiciones de naturaleza procesal, desprovistas de la protección del derecho a la legalidad penal, se puede plantear,¹⁰ pero no cabe darla por supuesta sin ningún tipo de argumentación que la sustente.

La falta de honestidad se pone de nuevo de manifiesto cuando la Corte invoca un fragmento de uno de sus precedentes, en el que proclama el carácter imponderable del derecho a la legalidad penal, para, acto seguido, admitir la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción penal siempre y cuando sean respetuosos con los principios de duración razonable del proceso y con los de razonabilidad y proporcionalidad. Si la ampliación retroactiva debe respetar tales principios será porque implica la restricción de otro derecho o interés —a saber: el derecho a la irretroactividad de la norma penal desfavorable— cuya restricción debe estar justificada. Luego la Corte está reconociendo implícitamente que su modelo interpretativo supone una derogación parcial del derecho a la legalidad penal.¹¹

En segundo lugar, la negación de que el modelo interpretativo adoptado suponga una restricción del derecho a la legalidad penal provoca que el inevitable juicio de proporcionalidad sea raquítrico. Lo peor es que la Corte no acierta ni en la identificación de los derechos o intereses en liza. Al igual que sucedió con la Sección penal 3.^a de la *Corte di Cassazione*, el Tribunal Constitucional italiano considera que la restricción del derecho a la legalidad se justifica por la preservación del derecho a la vida e integridad física de los ciudadanos. Pero como ya se ha comentado en este texto y en el previo comentario a la *Sentenza* de la Sección penal 3.^a,¹² el verdadero conflicto se da entre el derecho a la legalidad penal y el interés general en la persecución de los delitos.

Una vez identificado el conflicto, con un análisis mínimamente concienzudo, de la mano de las herramientas que la ciencia jurídica ha puesto a nuestra disposición desde hace décadas,¹³ es fácil

¹⁰ En este sentido véase BARTOLI, «Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale», *Sistema Penale*, 12/10/2020.

¹¹ En este sentido véase MADIA, «La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19», *Giurisprudenza Penale*, (12), 2020, p. 8.

¹² ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, *InDret*, (4), 2020, pp. 529-533.

¹³ Así, por ejemplo, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1985 (1993); EL MISMO, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales (1)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 2002, pp. 31-49.

demostrar que en el caso que nos ocupa hay buenas razones para considerar que el derecho a la legalidad penal prepondera frente al interés general en la persecución de los delitos.¹⁴

La Corte reprende a los tribunales ordinarios que le elevaron cuestión de constitucionalidad el hecho de haber dejado transcurrir casi la totalidad del plazo de prescripción, de modo que 64 míseros días de suspensión del cómputo resultaran decisivos para poder condenar a los acusados. Sin embargo, pese a que detrás de esta crítica está un reconocimiento de que la situación de necesidad es, en parte, imputable a un funcionamiento deficiente de la Administración de Justicia, la Corte da por supuesto que los costes de la catástrofe natural deben recaer sobre las espaldas de los procesados. Ni un solo argumento ofrece la Corte Constitucional de por qué la suspensión del funcionamiento de la Administración de Justicia por razón de una catástrofe natural no puede conllevar la extinción de la responsabilidad penal por los delitos prescritos durante la paralización de la actividad. Conviene recordar que las razones que fundamentan la extinción de responsabilidad por prescripción (menores necesidades preventivo-generales de imposición de la pena, razones de reinserción social, etc.) concurren en estos casos.

Es preocupante que el máximo garante (a nivel interno) de los derechos fundamentales de las italianas e italianos ni tan siquiera se plantee la posibilidad de hacer cargar tales costes a la colectividad, dando por supuesto que el peso de la desgracia debe recaer sobre la persona procesada.

¹⁴ Véase ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, *InDret*, (4), 2020, pp. 529-533.