

Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso «Luxleaks». Comentario a la Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021 (Halet c. Luxemburgo), por Beatriz GOENA VIVES

¿Cadena perpetua no revisable para menores de edad? Jones v. Mississippi: crónica de un retroceso constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 22 de abril de 2021, por Marina MÍNGUEZ ROSIQUE

El delito de agresión sexual en el ciberespacio: reflexiones sobre el problema de la proximidad virtual. Comentario a la STS 447/2021, de 25 de mayo, por Beatriz SEABRA DE BRITO

La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones. Comentario a la STS 412/2020, de 20 de julio, por Lorena RAMÍREZ-LUDEÑA

-

* 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.

InDret

3.2021

Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso «Luxleaks»

Comentario a la Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021 (Halet c. Luxemburgo)

Beatriz Goena Vives*
Universidad de Barcelona
beatrizgoena@ub.edu

-

1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha fallado en el denominado asunto «Luxleaks»,¹ el pasado 11 de mayo de 2021. La sentencia constituye el primer pronunciamiento de Estrasburgo en materia de *whistleblowing*,² tras la aprobación de la Directiva europea 2019/1937, de 23 de octubre, sobre la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión. La Sección Tercera del TEDH ha negado que la condena impuesta al demandante, el informante o *whistleblower* Sr. Raphaël Halet, vulnerara el derecho a la libertad de expresión ex art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por el contrario, ha considerado que la condena a este ex empleado de la auditora *PricewaterhouseCoopers* (PwC) en Luxemburgo, por vulneración del secreto profesional, fue legítima y proporcionada.

El fallo del TEDH no ha estado exento de polémica, pues al desestimar la pretensión de quien fuera condenado por informar sobre una conducta ilícita, abandona el enfoque pro-denunciante que había mantenido en los últimos años y parece apuntar en un sentido contrario al de la *Directiva europea 2019/1937, de 23 de octubre, sobre la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión* (en adelante, Directiva 2019/1937, de protección al denunciante). Ciertamente, el TEDH no se encuentra vinculado por el Derecho de la Unión Europea y, en este sentido, no debe acogerse a lo dispuesto en la referida Directiva. Sin embargo, son muchos los países de su jurisdicción que sí lo están y que, como consecuencia de este fallo, deberán aplicar dos estándares jurídicos no del todo alineados. Algo que resulta especialmente problemático, si se tiene en cuenta que todavía hay muchos países de la Unión Europea que no

* La presente contribución se elabora en el marco del proyecto de investigación: «La transformación de los principios limitadores del *ius puniendi* en el moderno Derecho penal económico y de la empresa» [DER2017-82232-P].

¹ STEDH, caso Halet c. Luxemburgo, de 11 de mayo de 2021 (nº solicitud: 21884/18). Cfr. informe de prensa: <https://es.euronews.com/2016/04/26/que-el-luxleaks> (última consulta: julio de 2021).

² Desde el punto de vista del Derecho penal, imprescindible RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, *passim*.

han transpuesto la referida Directiva.³ Este es, precisamente, el caso del ordenamiento jurídico español,⁴ donde informar de la comisión de ilícitos no es solo un derecho, sino una auténtica obligación jurídica,⁵ ex arts. 259 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En las páginas que siguen se llevará a cabo un análisis de la STEDH en el caso Halet. Para ello, se comenzará por describir el contexto normativo en el que se ha dictado el fallo en el asunto «Luxleaks» (2). Después, se hará una breve descripción de los antecedentes fácticos y procesales del caso (3). Ello permitirá profundizar en la sentencia de Estrasburgo (4), para terminar con una reflexión crítica (5).

2. Contexto normativo. Especial referencia a la Directiva europea de protección al denunciante

La última década ha estado marcada por algunas revelaciones de información confidencial que han permitido sacar a la luz escándalos financieros y de corrupción tan relevantes como los Papeles de Panamá, Dieselgate o el caso de Cambridge Analytica.⁶ Se trata de información que muy probablemente las autoridades no habrían podido conseguir con sus propios medios y que muestran las ventajas que los sistemas de denuncia pueden tener para la eficacia de la persecución penal. Sin embargo, los potenciales denunciantes o *whistleblowers* suelen renunciar a informar sobre sus sospechas, por temor a represalias. En este contexto, es cada vez más importante garantizar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes en el conjunto de la Unión. A ello se aspira con la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la Protección de las Personas que informen sobre Infracciones del Derecho de la Unión. Mediante esta norma se busca el establecimiento de reglas mínimas comunes que garanticen una protección efectiva de los denunciantes,⁷ sin perjuicio de que los

³ Sobre los retos que supone la implementación a nivel de los países de la Unión Europea, cfr., entre otros, VILLORIA MENDIETA, «Un análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 desde la ética pública y los retos de la implementación», *Revista Española de la Transparencia*, (12), primer semestre, enero-junio, 2021, pp. 15-24.

⁴ En febrero de 2021, el Gobierno ha indicado que el Plan Anual Normativo 2021 va a incluir la Ley que traspone la Directiva, por ser una de las iniciativas legislativas que tiene previsto aprobar antes de finalizar el año. En enero de 2021 tuvo lugar trámite de consulta pública previa, mediante su publicación en la web del Ministerio de Justicia. Cfr. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Consulta%20Publica%20Whistleblowers%205%20ENE%2021.pdf> (última consulta: julio de 2021).

⁵ Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, «El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937», *La Ley Compliance Penal*, (1), 2020, p. 8.

⁶ Así lo apuntaron en abril de 2018, el vicepresidente de la Comisión, Sr. Frans Timmermans, y la Comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, Sra. Věra Jourová. Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3441 (última consulta: julio de 2021).

⁷ La Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, indica en su considerando 1: «(...) los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes». Y añade, en su considerando 87, que: «Los denunciantes deben ser protegidos contra toda forma de represalia, ya sea directa o indirecta, que se tome, se aliente o se tolere por su empresario o por los clientes o destinatarios de servicios y por personas que trabajen por cuenta o en nombre de estas, incluidos, por ejemplo, los compañeros de trabajo y directivos de la misma organización o de otras organizaciones con las que el denunciante esté en contacto en el contexto de sus actividades laborales».

Estados miembros incrementen los niveles de protección con respecto a actos y ámbitos concretos.⁸

Ahora bien, la promoción del *whistleblowing* no puede ignorar que las conductas de divulgación no siempre son legítimas. El límite lo constituyen aquellos supuestos en los que existe un deber superior de reserva. Ya sea por razones profesionales vinculadas al secreto de oficio/empresa⁹ o de protección de la intimidad de las personas denunciadas. Desde esta perspectiva, el art. 6.1 de la Directiva 2019/1937 establece tres condiciones para que el denunciante pueda obtener protección. A saber: 1) Que tenga motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia; 2) Que tenga motivos razonables para pensar que la información entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, por ser información veraz sobre una irregularidad; y 3) Que haya denunciado por canales internos conforme al artículo 7 o por canales externos conforme al artículo 10, o haya hecho una revelación pública conforme al artículo 15 de la Directiva.

En este sentido, el caso Halet constituía una excelente oportunidad para que el TEDH hubiera emitido un pronunciamiento alineado con estos criterios. Aunque los hechos son anteriores, el TEDH podría haber hecho referencia al modo en el que deben interpretarse estas disposiciones normativas, a fin de aportar seguridad jurídica en un ámbito que no es en absoluto sencillo. Sin embargo, como se verá a continuación, Estrasburgo no solo no ha tenido en cuenta las novedades regulatorias en materia de *whistleblowing*. En cambio, ha fallado en un sentido distinto o, como mínimo, al margen del camino trazado por la Directiva 2019/1937, de protección al denunciante.

3. Hechos y antecedentes procesales

El 13 de octubre de 2010, la víspera de dimitir en PwC, el auditor Sr. Antoine Deltour, procedió a copiar documentos confidenciales relativos a operaciones que él consideraba irregulares. En concreto, se trataba de expedientes de desgravación fiscal que traslucían una práctica, comprendida entre 2002 y 2012, de acuerdos fiscales entre la auditora PwC, en nombre de empresas multinacionales, y las autoridades fiscales de Luxemburgo. La información salió a la luz en enero de 2011, cuando el Sr. Antoine Deltour facilitó esta información a un periodista, que emitió un programa de televisión sobre el caso.

Un año después, entre octubre y diciembre de 2012, el también ex empleado de PwC Sr. Halet, entregó nueva documentación al mismo periodista. Se trataba de catorce declaraciones fiscales de empresas multinacionales y dos cartas de presentación, que venían a confirmar la credibilidad

⁸ Cfr. VAN WAEYENBERGE/DAVIES, «The Whistleblower Protection Directive (2019/1937): A Satisfactory but Incomplete System», *European Journal of Risk Regulation*, (12), 2021, pp. 236-244.

⁹ En este punto, rigen las disposiciones de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Ahora bien, la propia Directiva señala que hay determinados supuestos en los que no cabe oponer el secreto comercial frente a una obtención, utilización o revelación que pudiera reunir las condiciones para ser considerada ilícita. Uno de estos supuestos es el de la denuncia de posibles irregularidades en defensa del interés general. Cfr. arts. 3.2. y 5.b) Directiva 2016/943.

de los documentos divulgados la primera vez. La información fue decisiva¹⁰ para la preparación del programa televisivo «*Cash Investigation*», emitido en junio de 2013. Posteriormente, en noviembre de 2014, el Consorcio Internacional de Periodistas difundió los documentos en línea, describiendo la publicación como «*Luxleaks*».

El demandante ante el TEDH Sr. Halet, el Sr. Antoine Deltour y el periodista fueron denunciados por PwC. El 29 de junio de 2016, el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo, absolvió al periodista y condenó a los dos informantes a 9 y 12 meses de prisión y a 1500 y 1000 € de multa por hurto, acceso fraudulento a sistema de tratamiento o transmisión automatizada de datos, revelación de secretos empresariales, violación del secreto profesional y blanqueo. La responsabilidad civil quedó fijada en la cantidad simbólica de un euro, como compensación a PwC por el daño moral sufrido.

Ambos condenados recurrieron en apelación y el Tribunal de Apelación dictó sentencia en fecha 15 de marzo de 2017. La sentencia distinguió entre el caso del Sr. Antoine Deltour y el del Sr. Halet. Entendió que la conducta del primero quedaba justificada en virtud del art. 10 CEDH, relativo a la libertad de expresión. El Tribunal de Apelación argumentó que el interés público de la información aportada por el Sr. Antoine Deltour superaba con creces el perjuicio a PwC y a sus clientes. Anuló las condenas por revelación de secreto empresarial y secreto profesional y mantuvo la condena por apropiación de documentos. En el caso del Sr. Halet, la sentencia de apelación anuló la condena por violación del secreto empresarial, pero la confirmó en lo relativo a la vulneración del secreto profesional. La diferencia en uno y otro caso vino determinada por el interés público de la información, ponderado a la luz de la jurisprudencia del TEDH. El Tribunal consideró que el daño reputacional ocasionado por el Sr. Halet a PwC superaba el interés público de la comunicación, habida cuenta de que los documentos presentados al periodista no aportaron información esencial, nueva y desconocida hasta entonces. Por lo que se refiere al criterio de la gravedad de la sanción, el Tribunal de Apelación estimó que la condena impuesta en primera instancia había sido proporcionada y atenuada, habida cuenta el carácter desinteresado de la comunicación por parte del Sr. Halet.

Ambos condenados recurrieron en casación. Mediante sentencia de 11 de enero de 2018, el Tribunal de casación estimó la pretensión del Sr. Antoine Deltour y desestimó la del Sr. Halet. Por lo que se refiere al primero de ellos, el Tribunal dictaminó que la justificación *ex art. 10 CEDH* debe extenderse a todas las conductas por las que el Sr. Antoine Deltour había sido condenado, pues de lo contrario la protección al denunciante carecería de sentido. Por ello, anuló la condena por hurto de información. En cambio, en el caso del Sr. Halet, la sentencia de casación remarcó que el Tribunal de casación no podía pronunciarse sobre la procedencia o no de considerar denunciante protegido al recurrente. Solo debía atender a si el fallo de instancia era contradictorio o irrazonable. Algo que no ocurrió en este caso.

4. La sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021

La sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021 en el asunto Halet c. Luxemburgo constituye el primer fallo de Estrasburgo en relación con las prácticas de *whistleblowing*, tras la aprobación de

¹⁰ Así lo declaró el propio periodista, al ser preguntado por la información obtenida del Sr. Halet: <https://lequotidien.lu/politique-societe/proces-luxleaks-perrin-les-voleurs-nont-pas-ete-condamnes/> (última consulta: julio 2021).

la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre, sobre la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión. El TEDH desestima la pretensión del solicitante Sr. Halet y sostiene, por cinco votos contra dos, que la condena al Sr. Halet no vulnera el artículo 10 del Convenio. Tras posicionarse a favor de reconocer la condición de «denunciante» al Sr. Halet,¹¹ el TEDH procede a analizar si la doctrina del caso *Guja c. Moldavia*¹² fue correctamente aplicada por el Tribunal de instancia. La conclusión a la que llega es afirmativa, al entender que los tribunales nacionales lograron un justo equilibrio entre, por un lado, la necesidad de preservar los derechos del empleador y, por otro, la necesidad de salvaguardar la libertad de expresión del demandante. Ello sobre la base de dos premisas: la adecuada ponderación de los intereses en conflicto y la proporcionalidad de la sanción impuesta al demandante Sr. Halet. Contra esta sentencia emitieron un voto particular los jueces Lemmens y Pavli.

4.1. Principios de partida: sobre los criterios que determinan la legitimidad de la injerencia en el derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de cada individuo. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha establecido que las excepciones a las que está sujeta *ex art. 10.2 CEDH* deben interpretarse de forma restrictiva y aplicarse solo cuando su necesidad se haya acreditado de forma convincente.¹³ En concreto, el adjetivo «necesario» del referido precepto implica una «necesidad social acuciante», debiendo el TEDH determinar si la injerencia objeto del litigio fue «proporcionada al objetivo legítimo perseguido» y si las razones aducidas por las autoridades nacionales para justificarla parecen «pertinentes y suficientes».¹⁴

En la sentencia objeto de análisis, el TEDH considera que la condena impuesta al Sr. Halet por entregar documentos confidenciales a un periodista que, posteriormente, los publicó constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal parte de que se trata de una injerencia «conforme a la ley» y orientada a un «fin legítimo». El Sr. Halet fue condenado por la comisión de varios delitos, con el objetivo de evitar la divulgación de información confidencial y de proteger la reputación de su empleador. La Sentencia se centra en analizar si dicha injerencia fue, además, «necesaria en una sociedad democrática», en atención a la relación de proporcionalidad entre la injerencia y el objetivo perseguido.¹⁵

Para ello, el TEDH se refiere a los criterios jurisprudenciales que ha desarrollado, en relación con la problemática que presenta la libertad de expresión en el contexto de las denuncias por parte de trabajadores de actos ilícitos observados en el lugar de trabajo. Así, en lugar de emitir un pronunciamiento atento a las disposiciones de la Directiva 2019/1937, de protección al denunciante, el TEDH se limita a examinar si los Tribunales nacionales aplicaron correctamente

¹¹ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, § 89. En el sentido de negar que se tratara de denunciantes, cfr. STEDH *Rubins v. Letonia*, nº 79040/12, de 13 de enero de 2015, § 87; *Aurelian Oprea c. Rumanía*, nº 12138/08, 19 de enero de 2016, § 69.

¹² Cfr. STEDH *Guja c. Moldavia*, nº 14277/04, de 12 de febrero de 2008.

¹³ Cfr. *Hertel c. Suiza*, 25 de agosto de 1998, § 46; *Steel y Morris c. el Reino Unido*, nº 68416/01, de 15 de febrero de 2005, § 87; *Guja c. Moldavia*, § 69.

¹⁴ Cfr. por ejemplo, STEDH *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, nº 18030/11, de 8 de noviembre de 2016, § 187.

¹⁵ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, §§ 87-88.

la doctrina de Estrasburgo sobre esta materia, en casos muy anteriores a la aprobación de la referida Directiva europea.

Concretamente, la argumentación del TEDH se centra en los seis criterios del caso *Guja c. Moldavia*, sobre los que se basó la decisión de los tribunales nacionales.¹⁶ A saber, el interés público de la información divulgada, su autenticidad, la disponibilidad o no de medios alternativos de divulgación, la buena fe del trabajador, el perjuicio causado al empresario y la gravedad de la sanción.¹⁷ El TEDH concluye que la concurrencia de los cuatro primeros requisitos es indiscutida. En cambio, remarca que las discrepancias en torno a la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión del Sr. Halet se centran en los dos últimos criterios. Por un lado, la ponderación entre el daño que la divulgación podría causar a la entidad y el interés público en obtener la información y la proporcionalidad de la sanción, por otro.

4.2. El equilibrio entre el interés público y el daño causado

De acuerdo con la doctrina del TEDH en materia de protección al denunciante, es preciso considerar el daño que la divulgación podría causar al empleador. Así, el interés público en obtener la información debe ser superior al daño que la divulgación causa al empleador.¹⁸ De acuerdo con ello, en el caso objeto del procedimiento que ahora se analiza, el TEDH realiza la valoración a partir de dos parámetros: el perjuicio que la conducta del Sr. Halet supuso para PwC y el interés público de la información divulgada.¹⁹

En lo que respecta al daño para la auditora, el TEDH considera que no se puede negar que PwC sufrió un daño, como consecuencia de la polémica de gran repercusión desencadenada por el caso «*Luxleaks*». Así, no sería correcto cifrar el perjuicio en la cantidad simbólica de un euro en la que quedó fijada la responsabilidad civil del demandante. Los informes de prensa confirman que la empresa había tenido «un año difícil» tras el estallido del asunto. Sin embargo, el TEDH reconoce que, en pocos meses, PwC experimentó un crecimiento de su volumen de negocios, acompañado de un aumento significativo de su plantilla. Por todo ello, Estrasburgo concluye que la salud económica de PwC no parece haberse visto afectada de forma permanente y que hay muchas razones para creer que la reputación de PwC no se vio finalmente dañada, al menos con respecto a las empresas que componen su clientela.

Por lo que se refiere al interés público de la información, el TEDH asume el razonamiento de la sentencia de instancia.²⁰ Insiste en que debe diferenciarse entre la información aportada por el Sr. Antoine Deltour y la divulgada por el Sr. Halet. En el caso de este último, no eran decisiones administrativas y no revelaban nada sobre la técnica de optimización fiscal. Los dieciséis documentos aportados por el Sr. Halet se limitan a declaraciones unilaterales de los contribuyentes sobre su patrimonio o su situación financiera. El TEDH considera que fueron

¹⁶ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, § 85.

¹⁷ Cfr. STEDH *Guja v. Moldavia*, §§ 69-79. También, *Heinisch c. Alemania*, nº 28274/08, de 21 de julio de 2011, §§ 62-70; *Bucur y Toma c. Rumanía*, nº 40238/02, 8 de enero de 2013, § 63.

¹⁸ Cfr. STEDH *Heinisch c. Alemania*, § 89.

¹⁹ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, §§ 94-111.

²⁰ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, §§ 105-108.

examinados con suficiente detalle por parte de los tribunales nacionales. Y, una muestra de ello es que el Sr. Antoine Deltour fue absuelto en aplicación de los mismos criterios.²¹

El hecho de que el Tribunal de Apelación exigiera que la información fuera «esencial, nueva y desconocida» no supone la introducción de nuevos criterios, al margen de los ya asentados por la jurisprudencia de Estrasburgo.²² En opinión del TEDH se trata de calificativos que en este caso sirven para concluir, junto con los demás datos considerados por el Tribunal de instancia, que las revelaciones del demandante Sr. Halet no tenían el suficiente interés para contrarrestar el daño a PwC.

4.3. La proporcionalidad de la sanción impuesta al demandante

Al apreciar la proporcionalidad de la injerencia en la libertad de expresión, el Tribunal de Justicia ha declarado que la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta.²³ En el presente caso, el TEDH considera que los tribunales nacionales tuvieron en cuenta, como circunstancia atenuante, el «carácter desinteresado del acto del demandante» al imponerle sólo una multa bastante reducida. El TEDH entiende que tal sanción es relativamente moderada y no produce un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad del demandante o de otros empleados.²⁴

4.4. El voto particular

Los Jueces Lemmens y Pavli se muestran en desacuerdo con el planteamiento general adoptado por la mayoría en dos aspectos. A saber, el modo de sopesar los derechos privados del empresario frente al interés público de la información divulgada y las razones expuestas por los tribunales nacionales para concluir que los intereses del empresario deben haber prevalecido en estas circunstancias.

En lo que se refiere a la primera cuestión, los autores del voto particular consideran que la sentencia Halet yerra al interpretar los criterios del caso Guja de forma aislada, obviar la necesaria identificación del daño ocasionado y, de este modo, ignorar que las restricciones a la libertad de expresión deben ser fundadas y excepcionales.²⁵ En cambio, consideran que una vez se ha establecido —como en el presente caso— que la información divulgada por el empleado es de interés público, debe presumirse que las revelaciones en cuestión están protegidas por el art. 10 CEDH. Para refutar esta presunción, según el «quinto criterio de la jurisprudencia Guja», el empresario (y, en el contexto de los procedimientos penales, la acusación) está obligado a demostrar un perjuicio concreto y sustancial para los intereses privados en juego, con el fin de establecer que éstos superan claramente los beneficios de la divulgación. En opinión de los dos jueces, un enfoque menos protector crearía una gran inseguridad jurídica, que disuadiría a los futuros empleados de hacer tales revelaciones. Esto iría en contra de los principios fundamentales a los que se orienta la jurisprudencia del TEDH y la Directiva 2019/1937, de

²¹ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, § 110.

²² Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, § 109.

²³ Cfr. STEDH *Otegi Mondragón c. España*, nº 2034/07, 15 de marzo de 2011, § 58.

²⁴ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, § 111.

²⁵ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, voto particular, §§ 5-11.

protección al denunciante —que, por cierto, no condiciona la protección de los denunciantes a factores relacionados con el perjuicio para el empresario—. ²⁶

En lo relativo a la justificación que se ofrece para hacer prevalecer el interés del empleador, los autores del voto particular cuestionan la supuesta ausencia de «información esencial, nueva y previamente desconocida» en las revelaciones del demandante Sr. Halet. Tras apuntar que se trata de un enfoque que no encuentra respaldo en la jurisprudencia del TEDH, lo critican por tres motivos. En primer lugar, consideran que se basa en una visión errónea del funcionamiento del debate público. Entienden que se ha subestimado el poder de refuerzo que tienen las informaciones que, pese a no ser nuevas, perfilan los contornos de un problema solo imprecisamente percibido. ²⁷ En segundo lugar, entienden que con una interpretación semejante se corre el riesgo de disuadir a aquellos trabajadores que pudieran denunciar los ilícitos detectados en el marco de su empresa, en sentido contrario a lo que pretende la Directiva 2019/1937 de protección al denunciante. ²⁸ En tercer lugar, se cuestiona que la información aportada por el Sr. Halet fuera menos útil que un perjuicio al que la propia resolución del TEDH tildó de insignificante. ²⁹

La conclusión es que al ponderar el interés público en las revelaciones de los denunciantes frente al interés privado en mantener el secreto el TEDH entra en conflicto con su propia jurisprudencia y con las nuevas normas europeas en esta materia. Los jueces Lemmens y Pavli concluyen remarcando que ello no hace sino dificultar la protección efectiva de los denunciantes en el sector privado.

5. Reflexión crítica

El fallo del TEDH en el caso Halet es difícilmente compatible con el fin de la Directiva europea de protección al denunciante. Al avalar la decisión de los tribunales nacionales en el sentido de condenar al informante Sr. Halet, la sentencia del TEDH sitúa al régimen de protección a los denunciantes en un escenario de contornos imprecisos, que difícilmente servirá al fin de promover las revelaciones sobre infracciones del Derecho de la Unión.

En este sentido, considero acertada la opinión del voto particular suscrita por los jueces Lemmens y Pavli. Resulta llamativo que el TEDH haya hecho prevalecer el interés privado del empresario sin que este haya sido suficientemente delimitado y, sobre todo, a la vista de que la información divulgada confirmaba ni más ni menos que la existencia de una estructura corporativa de favorecimiento del delito fiscal. Pero, si cabe, aún es más problemático que esto se haya llevado a cabo a partir de una cuestionable interpretación de la propia jurisprudencia del TEDH y sin condenar la introducción por parte de los tribunales nacionales de criterios tan sorpresivos como indeterminados.

En efecto, la divulgación de informaciones confidenciales no está exenta de límites. Lo contrario equivaldría a dar carta de naturaleza a cualquier comunicación que se hiciera en contra de los

²⁶ Cfr. art. 6 Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, sobre la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión.

²⁷ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, voto particular, § 14.

²⁸ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, voto particular, § 15.

²⁹ Cfr. STEDH *Halet c. Luxemburgo*, voto particular, § 16.

intereses del empresario. Pero, como ya se apuntó anteriormente, el TEDH ha remarcado en numerosas ocasiones que las excepciones al derecho a la libertad de expresión deben ser muy restrictivas y excepcionales. Algo que tiene especial sentido cuando se trata, no solo de salvaguardar la esencia de una sociedad democrática y plural, sino también de posibilitar las condiciones que permiten al Estado una adecuada consecución de sus fines. Entre ellos, la prevención, la detección y la persecución de los delitos.

Precisamente, este es el razonamiento que late en el fondo de la Directiva 2019/1937 de protección al denunciante. Se aspira a asentar un régimen jurídico que garantice una protección efectiva de aquellas personas que, en el seno de organizaciones públicas o privadas, denuncien o aporten información relativa a infracciones del Derecho de la Unión, y por ende, perjudiciales para el interés público. Pero ello no es posible si el referido régimen de protección es incierto.³⁰

En este sentido, sorprende que el TEDH no haya condenado la introducción, por parte de los tribunales de Luxemburgo, de un criterio tan genérico e incierto como el de que una información, para ser protegida, debe ser «nueva, esencial y previamente desconocida». Como ponen de manifiesto los autores del voto particular, ello es criticable por encontrarse al margen de la jurisprudencia del TEDH y por contravenir el sentido de las últimas normas aprobadas en la Unión Europea, orientadas a promocionar las denuncias. No puede ignorarse que condicionar la protección a que la información sea nueva y esencial ya resulta conflictivo en casos como el que es objeto de este análisis (donde era conocido que había habido una primera filtración con un importante impacto público). Pero, si cabe, aún es más difícil de determinar en casos en los que el denunciante no tiene posibilidad de saber si una determinada información es o no nueva para las autoridades a las que reporta. El desincentivo que la permisón de tales criterios supone para quienes tengan una irregularidad de la que informar es más que evidente.

Pero, además, el fallo del TEDH en *Halet c. Luxemburgo* supone un retroceso en materia de protección a los denunciantes (o promoción de las denuncias), por ignorar el interés público intrínseco a cualquier perpetración de delitos por parte del empleador tiene *per se* gran interés público. Así, considero que el TEDH no acierta al considerar que en este caso debe primar el perjuicio causado al empleador del Sr. Halet. Máxime, si se tiene en cuenta que la propia sentencia considera que el daño al empleador es insignificante e indeterminado a largo plazo.

En consecuencia, entiendo que asiste la razón a los autores del voto particular y, como ellos, estimo que lo más acertado sería partir de la excepcionalidad a la que debe estar sometida cualquier restricción en materia de libertad de expresión, así como de una valoración conjunta (no aislada) de los criterios jurisprudenciales orientados a determinar el interés superior que debe primar en el caso concreto. Además, en los países que pertenezcan a la Unión Europea, ello debería ponerse en relación con las disposiciones de la Directiva europea 2019/1937 de protección al denunciante. Como se refirió anteriormente, el art. 6.1 de dicha norma supedita la protección a tres criterios que poco tienen que ver con el razonamiento del TEDH en el caso

³⁰ Cfr. Resolución 2300 (2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, § 12.7, que requiere una «indicación clara y precisa de lo que se espera del posible denunciante». En el mismo sentido, cfr. Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, 8 de septiembre de 2015, A/70/361, § 33, que establece que «el alcance de las revelaciones elegibles para la protección debe ser fácilmente comprensible para los posibles denunciantes».

Halet. Así, en el futuro, deberá atenderse a si el denunciante tenía motivos razonables para pensar que la información sobre infracciones denunciadas es veraz en el momento de la denuncia y relativa al ámbito de aplicación de la Directiva. Asimismo, deberá valorarse si el informante optó por el canal de comunicación adecuado, haciendo primar el canal interno, allí donde esto fuera posible.³¹

Finalmente, considero necesario hacer una breve referencia al caso del ordenamiento jurídico español, en el que denunciar delitos no es solamente una facultad que se reconoce a los ciudadanos, sino una auténtica obligación jurídica prevista de un modo un tanto confuso.³² Por un lado, los arts. 259 y 264 LECrim establecen que se deben denunciar ante las autoridades judiciales, fiscales o policiales, los hechos delictivos de los que se tiene conocimiento. Por otro lado, sin embargo, el art. 31 bis CP impone a los empleados un deber de información de posibles incumplimientos, a través del canal de denuncias interno de su empresa. Sin embargo, atendiendo a la legislación española vigente, denunciar con carácter preferente ante las autoridades no solo está permitido, sino que es obligado. No sería tanto una manifestación del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), sino el cumplimiento de una obligación de colaborar.

La aprobación de la Directiva europea 2019/1937 de protección al denunciante en relación con la legislación nacional puso de manifiesto la necesidad de reformar la legislación española en este punto.³³ El estatuto jurídico del denunciante todavía está indeterminado. Aspectos como la concreción de sus derechos y obligaciones, así como el efecto que debe darse a sus informaciones en casos de vulneración del secreto profesional o incluso de vulneración de otros derechos,³⁴ se encuentran insuficientemente regulados. La inseguridad jurídica que ello plantea, especialmente a la luz de pronunciamientos como la Sentencia del TEDH en el caso Halet c. Luxemburgo, tornan improrrogable la esperada transposición de la Directiva europea 2019/1937, de protección al denunciante.

³¹ Cfr. arts. 7, 10 y 15 de la Directiva, donde se explica que deberá optarse preferentemente por la vía interna, aunque también se permite el empleo de canales de denuncia externos (arts. 10 ss.) y de revelación pública (arts. 15 ss.).

³² Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *La Ley Compliance Penal*, (1), 2020, p. 8.

³³ Cfr. BACHMAIER WINTER, «Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión», *Diario La Ley*, (9527), 2019; RAGUÉS I VALLÈS, *La Ley Compliance Penal*, (1), 2020, p. 8, con referencias.

³⁴ En este sentido, debe recordarse la problemática planteada en el caso Falciani. Como es sabido, la doctrina que hasta la fecha impera en España es que la prueba no deberá ser excluida del procedimiento ex art. 11 LOPJ si el particular la obtuvo sin estar ejercitando labores propias del *ius puniendi*. No obstante, las complejas —y criticadas— interpretaciones a las que conduce esta interpretación, aún se hacen más patentes en el actual marco regulatorio que rodea a la empresa y a sus integrantes. En el marco de un modelo de Estado en el que los particulares están llamados a ser co-agentes del Estado, es especialmente difícil separar al particular de las funciones de policía con las que está llamado a desempeñar su labor. Particularmente significativo es el caso de las denuncias internas o de las investigaciones internas, en las que toda la información recopilada se orienta, en último término, al proceso. Pero si ello es un criterio suficiente para considerar que quien obtuvo la información lo hizo como agente colaborador del *ius puniendi*, es una cuestión que aún está (inaceptablemente) abierta.

InDret

3.2021

¿Cadena perpetua no revisable para menores de edad? Jones v. Mississippi: crónica de un retroceso constitucional

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 22 de abril de 2021

Marina Mínguez Rosique*
Universidad Autónoma de Madrid
marina.minguez@uam.es

-

1. Introducción

El pasado 22 de abril, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (SCOTUS) dictó sentencia en el caso Jones v. Mississippi, afirmando que no infringe la Octava Enmienda condenar a un menor de edad a cadena perpetua sin posibilidad de revisión en casos de homicidio siempre y cuando esta condena no sea de imposición automática. Así, la existencia de discrecionalidad a la hora de imponer esta pena se configura, según el SCOTUS, como el único (y suficiente) requisito constitucional para imponer la segunda pena más dura del ordenamiento estadounidense a un menor de edad.

Al rechazo que, con base en nuestros principios constitucionales, puede generar esta afirmación, se añade el hecho de que este pronunciamiento supone una clara quiebra de la jurisprudencia anterior (y relativamente reciente) de este mismo Tribunal. Si bien la debilidad de la vinculación al precedente constitucional en la jurisprudencia constitucional estadounidense no es una cuestión que debiera sorprender,¹ lo cierto es que este «bandazo» jurisprudencial supone un viraje absoluto, pues se mueve en dirección diametralmente opuesta a los anteriores pronunciamientos sobre esta cuestión, tendentes a restringir la aplicación de este tipo de penas a menores de edad.

* La presente contribución se enmarca en el Proyecto «Red para la abolición de la pena de muerte y las penas crueles» (Proyecto de Redes financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades [RED2018-102823-T], IP: Luis Arroyo Zapatero).

¹ Sobre esta cuestión, cfr. MÍNGUEZ ROSIQUE, *Penas crueles e inusuales*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 20 s.

2. La Octava Enmienda. ¿De dónde venimos?²

2.1. Breve aproximación general

Como es sabido, la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece la proscripción de toda pena cruel e inusual. La vaguedad de estos términos, la dificultad para acotarlos y la conjunción copulativa que los une son factores capaces de explicar una convulsa y variable jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, plagada de inconsistencias. Sin embargo, una lectura detenida de la jurisprudencia sobre este precepto constitucional evidencia, en primer lugar, la existencia de dos etapas claramente diferenciadas: una primera en la que dicho Tribunal configuró los pilares de la Octava Enmienda (hasta 1976), y una segunda etapa en la que, a partir de dichos fundamentos, el SCOTUS desarrolló reglas específicas derivadas de su interpretación de la Octava Enmienda (desde 1976).

Centrándonos, primeramente, en la primera de estas dos fases, el SCOTUS ha establecido que los pilares o fundamentos de la Octava Enmienda son tres: de un lado, ha sostenido que, para saber si una pena es «cruel e inusual» debe acudirse a los «*estándares de decencia en desarrollo que señalan el progreso de una sociedad que está madurando*»;³ de otro, ha afirmado que la Octava Enmienda prohíbe la imposición de penas inherentemente bárbaras bajo cualquier circunstancia;⁴ y, finalmente, ha declarado que la Octava Enmienda exige que la pena sea proporcionada al delito cometido.⁵

Si bien teniendo siempre presente como criterio interpretativo el primero de estos tres pilares —esto es, los estándares de decencia en desarrollo—, la segunda etapa jurisprudencial se ha centrado en desarrollar los otros dos y, en especial, el último de ellos, pues el SCOTUS ha incidido especialmente en el argumento de que la proporcionalidad se configura como un elemento central a la hora de abordar el contenido de la Octava Enmienda.⁶ De esta manera, el criterio de la proporcionalidad se ha ido convirtiendo en el eje central de la interpretación de este precepto constitucional. Ahora bien, el alcance otorgado por el SCOTUS a este criterio también resulta limitado, pues, bajo el argumento «*death is different*», este Tribunal ha otorgado a los acusados que se enfrentan a la pena capital una mayor protección, tanto a nivel procesal como sustantivo,⁷ reservando el establecimiento de reglas o prohibiciones categóricas a este tipo de casos. En consecuencia, las reglas derivadas de la exigencia de proporcionalidad no se aplican al resto de las penas. Sin embargo, hasta ahora había una excepción a esta aplicación limitada del criterio de proporcionalidad: los casos relativos a la imposición de la cadena perpetua no revisable a menores de edad, que sí se encontraban dentro del campo de aplicación de las garantías más estrictas del principio de proporcionalidad.

² Para una mayor profundidad en el contenido de este epígrafe, vid. MÍNGUEZ ROSIQUE, *Penas crueles e inusuales*, Atelier, Barcelona, 2020.

³ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958), si bien especialmente desde *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), cuando, como señala LAIN, dicha doctrina dejó de ser un principio interpretativo para convertirse en un límite sustantivo (LAIN, «Furman fundamentals», *Wash. L. Rev.*, (82), 2007, p. 17 n. 79).

⁴ Por todas, *In re Kemmler*, 136 U.S. 436, 447 (1890); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 368 (1910).

⁵ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367-368 (1910).

⁶ Por todas, *Graham v. Florida*, 560 U.S. 46, 59 (2010).

⁷ BARKOW, «The Court of life and death: The two tracks of Constitutional sentencing law and the case of uniformity», *Mich. L. Rev.*, (107), 2009, p. 7.

2.2. La Octava Enmienda y la cadena perpetua no revisable para menores de edad

En el año 2010, por primera vez en su historia, el Tribunal instauró una regla categórica en virtud de la cual una pena no capital no podía ser impuesta a cierto tipo de delincuentes.⁸ Así, en el caso *Graham v. Florida*, el SCOTUS estableció que la Octava Enmienda prohibía la imposición de la cadena perpetua no revisable a adolescentes que no hubieran cometido delitos de homicidio.

Dos años más tarde, en el año 2012, el SCOTUS volvió a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la imposición de la cadena perpetua no revisable a menores de edad en el caso *Miller v. Alabama*, afirmando que la Octava Enmienda prohibía la existencia de leyes que implicaran la imposición automática de esta pena a menores condenados por homicidio.⁹ En su razonamiento, el SCOTUS señaló que, si bien la prohibición establecida en el caso *Graham v. Florida* sólo se aplicaba a delitos sin resultado de muerte, sus argumentaciones acerca de la minoría de edad (sobre sus rasgos y vulnerabilidades) eran generales y, por tanto, aplicables a toda condena de cadena perpetua no revisable impuesta a un menor de edad.¹⁰ Así, señaló que los sistemas que prevenían la aplicación automática de dicha pena impedían la toma en consideración de la edad y de las características del acusado (inmadurez, impetuosidad e incapacidad para entender los riesgos y consecuencias de sus actos), así como de muchos otros factores individuales relevantes.¹¹ En consecuencia, apuntó que, al convertir estos factores en irrelevantes a la hora de imponer la pena de prisión más dura, se generaba un gran riesgo de imposición de una pena desproporcionada, y que ello no se ajustaba a la exigencia de valoración de todas estas características individuales.¹²

Cuatro años más tarde, en 2016, el SCOTUS consideró que el fallo contenido en el caso *Miller v. Alabama* debía ser aplicado retroactivamente.¹³ En relación con esta cuestión, debe señalarse que, en el sistema estadounidense, la cuestión de la retroactividad se dirime a la luz del denominado «test *Teague*»,¹⁴ en virtud del cual las nuevas normas constitucionales en el ámbito penal son irretroactivas a menos de que se trate de: (a) normas sustantivas, habiéndose interpretado esta expresión como referente a normas que, o bien despenalicen una conducta o bien prohíban la imposición de una pena concreta para determinadas personas en virtud de su condición o delito;¹⁵ o (b) normas que, aun siendo procesales, sean «cruciales», en el sentido de que comprometan la imparcialidad y precisión inherentes al proceso penal.¹⁶ En esta ocasión, el

⁸ El Magistrado Thomas puso este hecho de manifiesto en su voto discordante: «(...) por primera vez en su historia, el Tribunal declara que una categoría entera de delincuentes es inmune a una pena no capital empleando el enfoque categórico que hasta ahora había estado reservado únicamente para casos de pena de muerte» [*Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 103 (2010) (Thomas)].

⁹ *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455 (2012).

¹⁰ *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455, 2465 (2012).

¹¹ *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455, 2468 (2012).

¹² *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455, 2468 (2012).

¹³ *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016).

¹⁴ Extraído de un pronunciamiento de este mismo Tribunal: *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).

¹⁵ *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 330 (1989).

¹⁶ *Saffle v. Parks*, 494 U.S. 484, 495 (1990). Esta segunda excepción no se ha aplicado en ninguna ocasión, habiéndose mostrado el SCOTUS reticente a considerar que una norma entra dentro de la misma desde su reconocimiento como tal [SMITH, «Retroactivity of Judge-made rules», *Admin. of Just. Bull.*, (10), 2004, p. 7; FOX/STEIN, «Constitutional retroactivity in Criminal Procedure», *Wash. L. Rev.*, (91), 2016, p. 466].

SCOTUS consideró que la prohibición emanada del caso *Miller v. Alabama* de imponer de manera automática una cadena perpetua no revisable a un menor de edad constituía una nueva regla sustantiva, pues declaraba la inconstitucionalidad de la aplicación de una determinada pena para determinados delincuentes en virtud de su condición. En consecuencia, esta prohibición debía ser aplicada retroactivamente pues, tal y como ocurre con las normas sustantivas, no hacerlo comportaría el riesgo de que un acusado se enfrentara a una pena que la ley ya no puede imponerle, debido a su inconstitucionalidad.¹⁷

Como ha podido comprobarse, la sentencia del caso *Miller v. Alabama* no proscribía una pena para todos los menores de edad, sino que sólo establecía que la existencia de discrecionalidad era un requisito constitucional para la imposición de la cadena perpetua sin posibilidad de revisión en estos casos. Ello se debe a que tal discrecionalidad es presupuesto del ajuste proporcional de la pena a las circunstancias individuales del caso y de su autor, y, por tanto, indirectamente de la adecuación a la culpabilidad individual. Ahora bien, la sentencia del caso *Montgomery v. Alabama*, tras reconocer este extremo, establece expresamente que

*«Miller proscribió la cadena perpetua sin libertad condicional para todos los delincuentes juveniles, excepto para los más raros: aquellos cuyos delitos reflejan una incorregibilidad permanente».*¹⁸

Señala a continuación el SCOTUS que, precisamente por ello, el pronunciamiento del caso *Miller* es sustantivo y concluye, como se ha señalado, con que, por ende, debe aplicarse retroactivamente.

Tal y como puede constatarse, los pronunciamientos referidos en este apartado implican la generación de un nuevo argumento constitucional: ya no sólo la pena de muerte es un caso único y diferente, sino que los menores también ven reconocida su singularidad.¹⁹ Y es que, en estos «casos no capitales», el SCOTUS ha aplicado a los menores de edad un estándar de proporcionalidad riguroso que, en el caso de los adultos, se encuentra reservado únicamente para los «casos capitales».

3. Jones v. Mississippi: ¿a dónde vamos?

3.1. Los hechos y el proceso

En agosto de 2004, Brett Jones, de 15 años, vivía con sus abuelos en un pequeño pueblo de Mississippi. Una mañana, su abuelo, Bertis, sorprendió a Brett con su novia en la habitación, lo que dio lugar a una discusión entre ellos que finalizó con la expulsión de la joven del domicilio familiar. Esa misma tarde, en la cocina, Brett y Bertis comenzaron una nueva discusión, si bien en esta ocasión dicha disputa terminó con Brett apuñalando a su abuelo con un cuchillo de cocina hasta en ocho ocasiones. Bertis se tambaleó hasta el exterior de la casa, cayó al suelo, y murió. Brett no sólo no llamó a emergencias, sino que trató de encubrir lo ocurrido arrastrando el cuerpo de su abuelo al interior, cambiándose de ropa, limpiándose la sangre con una manguera, y moviendo el coche de su abuelo sobre las manchas de sangre del suelo de la entrada. Sin embargo, mientras se encontraba en el exterior, fue visto por un vecino que avisó a la policía. Poco después,

¹⁷ *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016), 732-736 (2016).

¹⁸ *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016), 734 (2016).

¹⁹ «If death is different, children are different too», *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455, 2470 (2012).

otro vecino vio a Brett y a su novia saliendo de su casa, y fueron finalmente localizados a varias millas de distancia. Cuando Brett fue cacheado, un cuchillo apareció en su bolsillo, preguntándole el policía si era el cuchillo «con el que lo había hecho». Brett respondió que no, que ya se había deshecho de ese.

Brett Jones fue acusado de asesinato y, en su proceso, el Juez instruyó al jurado tanto sobre el delito de asesinato como sobre el (más leve) delito de homicidio. Pese a las alegaciones de Brett de que había actuado en legítima defensa, el jurado le consideró culpable de asesinato, siendo condenado por este delito, lo que, bajo la ley de Mississippi de aquel momento, implicaba una condena automática a cadena perpetua sin posibilidad de revisión. Su condena fue confirmada por la Corte de Apelaciones en el año 2006. Brett Jones recurrió sosteniendo, entre otros argumentos, que su condena a cadena perpetua sin posibilidad de revisión vulneraba la Octava Enmienda, pero la Corte de Apelaciones desestimó su pretensión.

Sin embargo, en 2012, mientras el Tribunal Supremo de Mississippi consideraba la revisión del caso, el SCOTUS emitió su pronunciamiento sobre el caso *Miller v. Alabama*, que, como se ha visto, estableció que, en virtud de la Octava Enmienda, resultaban inconstitucionales las condenas automáticas a cadena perpetua sin posibilidad de revisión para menores de edad. Como consecuencia, el Tribunal Supremo de Mississippi estableció en 2013 que el fallo del SCOTUS debía ser aplicado retroactivamente, ordenando una nueva vista en la que el juez pudiera considerar la juventud de Brett Jones y tuviera discrecionalidad para escoger una condena apropiada. En este nuevo procedimiento, la defensa de Brett Jones, citando la sentencia *Miller v. Alabama*, sostuvo que la edad y características de su cliente reducían las justificaciones penales para imponer las penas más duras, y añadió que nada en su historial respaldaba que el delito cometido reflejara una corrupción irreparable. Tras la vista, el juez reconoció que tenía discrecionalidad para imponer una condena más leve que la cadena perpetua sin posibilidad de revisión, pero concluyó que esta era la pena apropiada para Brett Jones.

Jones apeló esta sentencia ante la Corte de Apelaciones de Mississippi, apoyándose tanto en el caso *Miller* como en el más reciente *Montgomery v. Louisiana*. Según la defensa de Jones, para imponer una condena a cadena perpetua sin posibilidad de revisión a un menor de edad en casos de homicidio, el órgano sentenciador debía concluir separadamente que el acusado es permanentemente incorregible. Este argumento fue rechazado por el Tribunal, basándose en la declaración expresa del SCOTUS en el caso *Montgomery v. Louisiana* de que el pronunciamiento del caso *Miller* no establece el requisito de que los Tribunales hagan constatación alguna acerca del carácter incorregible del menor.

3.2. El pronunciamiento del SCOTUS

Como se señalaba al principio de esta contribución, el fallo del SCOTUS, del que es ponente el Magistrado Kavanaugh, establece que es constitucionalmente suficiente la existencia de un sistema discrecional de elección de penas para poder imponer una cadena perpetua sin posibilidad de revisión a un menor de edad condenado por delitos de homicidio, no siendo necesario ningún otro requisito complementario (como el de constatar la «incorregibilidad» del menor). Argumentativamente, esta opinión mayoritaria descansa contantemente en una única premisa: ni en el caso *Miller* ni en el caso *Montgomery* se establece este requisito. Así, este

argumento, que le sirve para contestar a todas y cada una de las alegaciones de la defensa, es reiterado hasta la saciedad²⁰ en un fallo que evita en todo momento ir más allá de esta premisa.

El pronunciamiento se ve aderezado con diversas consideraciones que, desde el inicio, demuestran la dirección en la que se va a mover la mayoría. Así, «curiosamente», el grueso del fallo comienza señalando que cada año 16.000 personas cometen homicidios en los Estados Unidos, y que, de ellos, 850 son menores de edad, lo que implica que, de media, más de dos homicidios se cometen cada día por menores de edad. Tras esta apreciación, el Tribunal remarca que los Estados permiten penas estrictas para los homicidios, incluidos aquellos casos en los que son cometidos por menores, pero que, «*sin embargo, este Tribunal ha sostenido que condenar a un delincuente que tuviera menos de dieciocho años en el momento de la comisión del delito suscita especiales consideraciones constitucionales*». Vaya por Dios, con la Constitución hemos topado.

Precisamente por ello, el fallo realiza un recorrido por los pronunciamientos sobre la Octava Enmienda que tienen que ver con menores, reduciéndolos a lo siguiente: i) *Roper v. Simmons* sólo prohíbe la imposición de la pena de muerte; ii) *Graham v. Florida* sólo proscribe la cadena perpetua sin posibilidad de revisión para menores condenados por delitos distintos al homicidio (señalando además que el propio fallo establece diferencias entre el homicidio y otros delitos); y iii) *Miller v. Alabama* permite imponer cadenas perpetuas sin posibilidad de revisión a menores de edad condenados por delitos de homicidio siempre y cuando la condena no sea automática. Debe señalarse que, en este breve recorrido jurisprudencial, no se hace referencia a ninguno de los argumentos esgrimidos en estos pronunciamientos sobre las razones que avalan la existencia de estas salvaguardas constitucionales, ni pronunciamiento alguno acerca de si las mismas son suficientes.

Además de todo esto, en el apartado final de la sentencia, el SCOTUS establece que este fallo mantiene la línea de los pronunciamientos anteriores, apuntando que no se genera fricción alguna con ellos, y que, simplemente, existe una diferencia entre la mayoría y la minoría acerca de cómo interpretar las sentencias de los casos *Miller* y *Montgomery*.²¹ Afortunadamente, el voto de la minoría, emitido por la Magistrada Sotomayor, y al que se adhirieron los Magistrados Breyer y Kagan, es contundente en este sentido: «*El Tribunal no engaña a nadie*». Estos tres Magistrados, que precisamente, formaron parte de la opinión mayoritaria en los casos *Miller* y *Montgomery* (siendo la Magistrada Kagan, incluso, ponente de la primera),²² suscriben una opinión discordante en la que se realizan aseveraciones tales como «*Hoy, el Tribunal destroza Miller v. Alabama y Montgomery v. Louisiana*», «*Hoy, el Tribunal distorsiona Miller y Montgomery hasta hacerlos irreconocibles*», o «*La interpretación errónea del Tribunal de los casos Miller y Montgomery es suficientemente atroz por sí sola*». Y es que, como se ha señalado, el fallo de la mayoría reduce tramposamente al mínimo el contenido y las fundamentaciones de estos dos pronunciamientos previos.

Probablemente pueda señalarse que la «culpa» de que la mayoría pueda sostener lo que sostiene la tienen, precisamente, los Magistrados que emitieron los pronunciamientos de los casos *Miller*

²⁰ En apenas 22 páginas, este argumento se repite en más de una decena de ocasiones.

²¹ En este sentido, desde esta opinión mayoritaria se acusa directamente a la minoría de querer darle un mayor alcance a estas decisiones previas, yendo más allá de lo que verdaderamente establecen.

²² De hecho, estos tres Magistrados son los únicos tres de aquella mayoría que, en la actualidad, siguen siendo Magistrados del SCOTUS.

y Montgomery, que, o bien no se atrevieron, o bien no consiguieron la mayoría suficiente para establecer claramente que la Octava Enmienda proscribía la imposición de esta pena a los menores de edad. En cualquier caso, y sin atenuar en modo alguno este reproche, no debe olvidarse que ambas sentencias establecieron que

*«A la vista de lo establecido (...) acerca de la culpabilidad atenuada de los menores, así como de su mayor capacidad para el cambio, consideramos que las ocasiones para condenar a menores de edad a la pena más severa posible serán poco frecuentes».*²³

Y es que, de ambos pronunciamientos se desprende la idea de que, además de que los menores de edad son diferentes por las razones ya mencionadas, puede establecerse una diferenciación entre aquellos menores cuyo delito refleja una inmadurez pasajera y aquellos cuyo delito refleja una corrupción irreparable.²⁴ En virtud de esta concepción, y tal y como señaló el SCOTUS en el caso Montgomery (*vid. supra*), la imposición de cadena perpetua sin posibilidad de revisión estaría proscrita para los menores de edad de la primera categoría.²⁵ Si bien este planteamiento asume la (más que cuestionable) idea de que existen jóvenes para los que la resocialización no es una opción (y para los que la imposición de esta pena sería constitucional), lo cierto es que también asume que estos casos serán excepcionales. Así las cosas, parece que los tribunales deberán entrar a valorar las posibilidades de resocialización del menor, pues, a menos de que lleguen a la conclusión de que es imposible, la imposición de esta pena estará proscrita en virtud de la Octava Enmienda. Sin embargo, como se ha visto, en *Jones v. Mississippi*, el SCOTUS ha descartado que el tribunal tenga que realizar esta valoración sobre el menor acusado: de acuerdo con la opinión mayoritaria, el caso Miller no exige la constatación del carácter incorregible o irrecuperable del menor, sino que basta con que el tribunal tenga discrecionalidad para imponer otra pena.

Son dos las cuestiones que genera un pronunciamiento de estas características a la luz de los principios y la jurisprudencia estadounidense: la primera, si puede imponerse una pena tan dura a un menor de edad, y, la segunda, si es posible afirmar que un menor es «irrecuperable».

En relación con la primera, desde la óptica de la proporcionalidad —criterio manejado por el propio SCOTUS—, y, con base en los propios argumentos empleados en pronunciamientos anteriores, la respuesta debería ser no: en el ya mencionado caso *Graham v. Florida*, el Tribunal afirmó que los menores de edad poseen un menor merecimiento como consecuencia de su edad, pues, tal y como demuestran los avances en psicología y neurología, existen diferencias notables entre sus mentes y la de los adultos, por ejemplo, en relación con las partes del cerebro implicadas en el control del comportamiento.²⁶ Asimismo, el Tribunal refirió expresamente que la cadena perpetua no revisable es la segunda pena más grave permitida por el ordenamiento y que, de hecho, comparte ciertas características con la pena de muerte que la diferencian del resto de penas, pues afecta a la vida del condenado de una manera irrevocable y le priva de sus

²³ *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455, 2469 (2012); *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016), 734 (2016).

²⁴ Esta idea es también recogida de nuevo por la Magistrada Sotomayor en su voto particular.

²⁵ *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016), 734 (2016).

²⁶ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 68-69 (2010), haciendo referencia también al caso *Roper v. Simmons* y a varios informes.

libertades más básicas sin esperanza de restaurarlas.²⁷ Por ello, estableció que no podía ignorarse que esta pena, aplicada a un adolescente, era excepcionalmente dura, pues el condenado pasaría más años y un mayor porcentaje de su vida en prisión que un delincuente adulto.²⁸ En esa misma sentencia, el Tribunal abordó la cuestión de la existencia de un fin penológico legítimo, pues, de no concurrir, la pena sería desproporcionada.²⁹ En este sentido sostuvo que no podía admitirse la existencia de un fin retributivo, pues, en aquel caso, se trataba de un menor que no había cometido un homicidio, pero, en todo caso, señaló que la retribución no es proporcional si la pena más grave (o la segunda) se impone a alguien con culpabilidad reducida.³⁰ En segundo lugar, descartó también la disuasión, pues los adolescentes, precisamente por la misma razón de que son menos culpables, son menos tendentes a tomar en consideración una posible pena a la hora de tomar decisiones.³¹ De otro lado, por razones obvias, excluyó que dicha pena satisficiera un propósito rehabilitador,³² y, también rechazó la incapacitación, pues esta requeriría que el sentenciador considerara que el condenado es incorregible y, tratándose de un menor de edad, dicha consideración sería cuestionable.³³

Esto entronca directamente con nuestra segunda pregunta: ¿es posible afirmar que un menor es «irrecuperable»? La propia jurisprudencia del SCOTUS también parece señalar que la respuesta es negativa: los menores tienen una mayor capacidad para cambiar que los adultos, y

*«es menos probable que sus conductas evidencien un "carácter irremediabilmente depravado" en comparación con las conductas de los adultos. Desde un punto de vista moral, sería erróneo equiparar los fallos de un menor con los de un adulto, ya que existe una mayor posibilidad de que las deficiencias de carácter de un menor se reformen».*³⁴

Y es que el menor es una persona dúctil, que se encuentra aún en un proceso de conformación de su propia personalidad:³⁵ no es, simplemente, un «pequeño adulto», sino que es algo diferente, con una serie de rasgos propios que obligan a que el Derecho Penal los reconozca y establezca un régimen distinto³⁶ que, de un lado, se encuentre orientado al aspecto educativo de la prevención

²⁷ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 70 (2010). En este sentido, señaló que esta pena «implica la negación de la esperanza; implica que el buen comportamiento y la mejora del carácter son inmateriales; implica que, sea lo que sea lo que el futuro depara a la mente y al espíritu del condenado, él permanecerá en prisión por el resto de sus días» (reproduciendo un fallo del Tribunal Supremo de Nevada [*Naovarath v. State*, 105 Nev. 525 (1989)]).

²⁸ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 70-71 (2010).

²⁹ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 71 (2010), remarcando que, en el caso de que la pena tuviera alguna conexión con alguno de estos fines, debía probarse que la misma no era desproporcionada a la luz de la justificación ofrecida (72).

³⁰ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 71 (2010).

³¹ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 72 (2010).

³² *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 73-74 (2010).

³³ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 72-73 (2010).

³⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 570 (2005); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48, 68 (2010).

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, «El abuso del sistema penal», *RECPC*, (19), 2017, p. 13.

³⁶ Llegando a esta conclusión a la luz de los avances en neurociencia, POZUELO PÉREZ, «Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente», *InDret*, (2), 2015, pp. 5-10.

especial y, de otro lado, tenga siempre presente la misión de salvaguardar los derechos e intereses del menor.³⁷

Diversos instrumentos internacionales también se han encargado de remarcar esta diferencia. Así, sobre los menores operan ciertas prohibiciones absolutas de carácter internacional relativas a penas concretas, tal y como ocurre con la pena de muerte (art. 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], art. 37a Convención de los Derechos del Niño [CDN]) o la cadena perpetua no revisable (art. 37a CDN). Del mismo modo, el art. 14.4 PIDCP establece claramente que, en los procesos dirigidos a menores de edad, «se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social», mientras que en la CDN se establece la necesidad de tomar en cuenta la edad del menor y promover su reintegración,³⁸ y utilizar la privación de libertad únicamente como último recurso y durante el periodo más breve posible,³⁹ teniendo en cuenta las necesidades propias de su edad.⁴⁰ Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en 1985 las denominadas «Reglas de Beijing», relativas a la administración de justicia de menores, en las que se refiere explícitamente la existencia de «diversas necesidades especiales de los menores» y se establecen medidas específicas para todo el proceso penal.⁴¹ En la regla 17, en la que se establecen los principios rectores de la sentencia y la resolución, queda plasmado con rotundidad que deben tenerse siempre presentes las necesidades y el bienestar del menor, que los menores no serán condenados en ninguna circunstancia a la pena de muerte o a penas de carácter corporal, y que las privaciones de libertad sólo se impondrán como último recurso en determinados casos (y por el menor tiempo posible).

Precisamente en relación con estas penas se ha referido la existencia de una relación directamente proporcional entre la privación de libertad durante la adolescencia y un mayor desarrollo de problemas físicos y psicológicos durante la vida adulta, apuntándose que, además, cuando dicha privación de libertad supera el año, surgen limitaciones de carácter funcional y se genera una mayor tendencia al desarrollo de síntomas de depresión y pensamientos suicidas.⁴²

Por todo ello, resulta evidente que la composición y el peso específico de cada uno de los fines de la pena ha de ser distinto cuando esta se aplica a menores. Tal y como señalara la Magistrada Asúa Batarrita en su voto particular a la STC (Pleno) 160/2012, de 20 de septiembre, «una traslación cuasiautomática (...) de los criterios generales a la justicia penal de menores corre el riesgo de desdibujar o directamente ignorar los principios y derechos específicos (...)» de los menores. La finalidad resocializadora debe, por tanto, ser «el criterio central que debe presidir todas las decisiones que afecten al menor».⁴³

³⁷ BOLDOVA PASAMAR, «La responsabilidad penal de los menores», en GRACIA MARTÍN (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 431 s.

³⁸ Art. 40.1 CDN.

³⁹ Art. 37.b CDN.

⁴⁰ Art. 37.c CDN.

⁴¹ «Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores», Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

⁴² Cfr. BARNERT/DUDOVITZ/NELSON *et al.*, «How does incarcerating young people affect their adult health outcomes?», *Pediatrics*, (139), 2017, p. 7.

⁴³ STC (Pleno) 160/2012, de 20 de septiembre, voto Particular de Dña. Adela Asúa Batarrita.

Tal y como ha quedado expuesto, la asunción de todas estas normas y pronunciamientos supondría ver satisfechas las exigencias derivadas de las dos vertientes del principio de humanidad de las penas. Así, en relación con la vertiente negativa, los menores no pueden ser sometidos a determinadas penas (pena de muerte, penas corporales, cadena perpetua no revisable), y, en relación con la vertiente positiva, se establece la obligación de que la finalidad resocializadora sea el fin prioritario de las medidas impuestas a los menores de edad.

¿Qué implica, por tanto, un pronunciamiento como el de *Jones v. Mississippi*? Una mayor facilidad para que los tribunales envíen a menores de edad a morir en prisión, obviando (mejor dicho, despreciando) completamente la finalidad resocializadora de la pena, que es la que dota a la reclusión de los menores de legitimidad. Estados Unidos no sólo no continúa el camino iniciado con los casos *Miller* y *Montgomery*, sino que, por el contrario, vira en sentido opuesto: en sentido opuesto a la abolición de esta pena para menores de edad, en sentido opuesto al consenso internacional, y, en todo caso, en contra de una interpretación coherente de la Octava Enmienda, que ya había comenzado a introducir salvaguardas categóricas más allá de los casos capitales. Lamentablemente, la actual conformación del SCOTUS no permite albergar esperanzas acerca de un nuevo viraje. No corren buenos tiempos para la humanidad de las penas; ni siquiera para humanizar la respuesta penal para los menores infractores.

El delito de agresión sexual en el ciberespacio: reflexiones sobre el problema de la proximidad virtual

Comentario a la STS 447/2021, de 25 de mayo

Beatriz Seabra de Brito*
Universidade Nova de Lisboa
beatrizbrito@cmvm.pt

-

1. Introducción

En la sentencia 447/2021, de 26 de mayo de 2021,¹ el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia 218/2019, de 9 de abril de 2019, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Valencia,² decidiendo revocar y anular parcialmente dicha sentencia en la parte en que absolvía al acusado del delito de agresión sexual previsto en el artículo 178 del Código Penal español (en adelante, “CP”). El Tribunal Supremo considera que los hechos probados contienen todos los elementos necesarios para condenar al acusado por el delito previsto en el artículo 178 CP, en relación con los números 1 y 3 del artículo 180 de la misma norma, por lo que decide revisar el procedimiento absolutorio con base en una valoración estrictamente jurídica. El problema jurídico-penal que aborda la sentencia es, en términos sencillos, saber si la conducta típica descrita en el delito de agresión sexual incluye, en sus contornos descriptivos, un escenario de realización *online*. Del ejercicio hermenéutico realizado por el Tribunal Supremo resultan dos premisas de especial interés para la revelación del sentido valorativo de la norma: *por un lado*, que la distancia física no desnaturaliza la conducta típica del delito de agresión sexual; *por otro*, que la *ciberintimidación* alcanza el nivel de intensidad necesario para la verificación de la intimidación como elemento del tipo objetivo del ilícito. La decisión del Tribunal permite entender que los riesgos inherentes al *ciberespacio* requieren un tratamiento valorativo diferenciado en la apreciación y atribución de la responsabilidad penal, en particular en lo que respecta a la ciberdelincuencia sexual.³

* Abogada en la Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios (Portugal), Investigadora en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, Investigadora visitante en la Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Ponente Javier Hernández García.

² Sólo nos importa en este comentario el fundamento de la sentencia en el que el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 849.1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 178 y 180 del Código Penal.

³ Sobre el concepto de *ciberespacio* y su comprensión como espacio delictivo propio, véase HUBER, *Cybercrime: Eine Einführung* Huber, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2019; BÜCHEL/HIRSCH, *Internetkriminalität: Phänomene-Ermittlungshilfen-Prävention*, CF Müller, 2014; PIAZEN, *Das Verabreden, Auffordern und Anleiten zur Begehung von Straftaten unter Nutzung der Kommunikationsmöglichkeiten des Internets*, Berlin Duncker & Humblot, 2014.

2. La sentencia del Tribunal Supremo

2.1. Los hechos probados

Resulta de los hechos probados, contenidos en la sentencia de primera instancia, que el acusado, “fingiendo ser una menor llamada E.R.M”, contactó, a través de la red social “Tuenti”, y además a través de la aplicación “Whatsapp”, con una menor de doce años, “manteniendo inicialmente conversaciones en tono amigable enviándole [l]a fotografía de una menor desnuda, haciéndole creer que se trataba de la mencionada menor con la que XXX pensaba había trabado amistad, solicitando a ésta hiciera lo mismo y, como quiera que XXXX se oponía a ello, el acusado comenzó a amedrentarla, diciéndole que era un delito poseer la expresada fotografía y que, de no acceder a su pretensión la denunciaría a ella y a sus padres”. El acusado pidió a la menor que le enviara fotografías y vídeos de contenido pornográfico, bajo la amenaza de que si no los enviaba, iba a “meter a sus padres en la cárcel y hacer llegar a todos los contactos que ella tenía en la red Tuenti los archivos que ya había enviado a aquel”. Resulta de los hechos probados que la víctima menor “remitió, desde su teléfono móvil y a través de la aplicación Whatsapp al teléfono móvil del acusado [d]iversas imágenes en formato 3jp en los que aparecía desnuda, mostrando el pecho, con las piernas abiertas exhibiendo sus genitales, de espaldas mostrando los glúteos y dejando a la vista el inicio del conducto anal, 7 adoptando diferentes poses, así como 1 vídeo en el que aparecía desnuda la mitad inferior del cuerpo y masturbándose”.

2.2. La interpretación penal y el carácter normativamente constitutivo del poder judicial

Uno de los méritos de la sentencia del Tribunal Supremo es que nos recuerda que la realidad de la aplicación de la ley penal desempeña un papel complementario a la descripción legal realizada por el legislador. La solución adecuada de los casos no admite la reducción del Derecho a una simple operación de ejecución de postulados escritos y el poder judicial tiene la facultad de concretar el *texto-norma*⁴ haciendo uso de los parámetros de racionalidad propios del discurso jurídico-penal.⁵ La decisión del Tribunal Supremo que aquí se comenta es una manifestación del carácter normativamente constitutivo del poder judicial.

⁴ En Portugal, sobre los conceptos de texto-norma y norma-texto, véase, entre otros, DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 136-138.

⁵ Cfr. sobre la relación entre la teoría de la interpretación de la ley y el modelo sistemático de la teoría del delito, como vías metodológicas distintas, ROBLES PLANAS, «Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, Teoría del Delito y Derecho penal económico», *ZIS*, (2), 2010. Junto a la interpretación de las normas penales, el modelo sistemático de imputación de responsabilidad, al que corresponde la teoría del hecho punible, es la otra vía metodológica de la dogmática penal. La actividad doctrinal del Derecho penal en relación con la producción legislativa es especialmente problemática, como señala Santiago Nino, porque puede suponer la “reformulación del sistema legislado”. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1989, pp. 41 ss. Según HASSEMER, la teoría del hecho punible sirve de enlace entre la ley y la realidad: HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., Beck, Múnich, pp. 202 ss. Ante todo, hay que señalar que la interpretación de las normas penales cumple, obviamente, la función propia de toda teoría de la interpretación, es decir, la de determinar el sentido de las palabras que componen un determinado enunciado lingüístico. Pero la actividad interpretativa en el Derecho penal va más allá de esta función, siendo realmente una de las formas metodológicas de aplicar la ley. Véase, para este tema, el imprescindible RICOEUR *Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação*, Almedina, 2018; también, PALMER, *Hermenéutica*, Almedina, 2018.

La cuestión planteada al Tribunal es, lisa y llanamente, una cuestión de interpretación de normas jurídico-penales, con la delicadeza y dificultad que el asunto requiere. El Tribunal entiende que se identifican en los hechos probados “*todos los elementos que permiten el pretendido juicio de subsunción como un delito, además, de agresión sexual del artículo 178 CP*” y se limita así, en la parte que nos importa, a valorar la dimensión normativa subyacente al juicio de tipicidad en cuanto al tipo incriminatorio de la agresión sexual.

El ejercicio hermenéutico que realiza el Tribunal es especialmente consecuente teniendo en cuenta el carácter indeterminado de la formulación textual.⁶ El Código Penal español, en su título VIII, tipifica el delito de agresión sexual (artículo 178) como el tipo “básico” de los delitos “*contra la libertad e indemnidad sexual*”, señalando únicamente que “[e]l que atentar contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.⁷ Como es evidente, el texto-norma deja casi todo sin decir: tiene una textura líquida, está integrado por conceptos normativos abiertos (v.g., violencia o intimidación) y está ausente toda referencia a modalidades de acción típica. Ni siquiera se configura, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos, un concepto de acción típica (v.g. el concepto de “*acto sexual relevante*”⁸) que permita delimitar el tipo objetivo de ilícito. La única pista que ofrece la formulación textual en cuanto a la delimitación de la conducta típica es, en rigor, redundante: el tipo objetivo del ilícito se concreta por referencia al bien jurídico protegido (*la libertad sexual de otra persona*), lo que resulta manifiestamente prolijo, teniendo en cuenta, por un lado, la función general del bien jurídico en la delimitación del ámbito de

⁶ Los tipos incriminatorios no son una abstracción lingüística independiente de lo concreto y es precisamente la tipicidad la que determina que la calificación de cierta conducta como delito trascienda los elementos descriptivos de la norma jurídico-penal, siendo dependiente de la coincidencia entre las condiciones ontológicas de lo concreto y la valoración normativa a la que el legislador atribuyó el valor de delito. La afirmación de WELZEL es especialmente impresionante cuando afirma que “*no es el método lo que determina el objeto del conocimiento, sino lo contrario*”. WELZEL, «Strafrecht und Philosophie», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 3, “*nicht hat der Gegenstand nach der Methode, sondern die Methodenach dem Gegenstand zu bestimmen*”. La categoría de tipicidad tiene la función de vincular la calificación de una conducta con la facticidad extrajurídica.

⁷ Para un tratamiento en profundidad sobre el tipo incriminatorio de la agresión sexual en la doctrina jurídico-penal española, véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; RAGUÉS I VALLÈS (coord.), SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6.ª ed, Barcelona, Atelier, 2019. También Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal Parte Especial*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 294 ss. Con mucho interés también, GARCÍA ALBERO/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 872 ss. Más recientemente, GONZÁLEZ GUERRA, *Delitos contra la libertad sexual. Delimitación de la intimidación o amenaza como medio coactivo*, Montevideo, B de F, 2015. LAMARCA PÉREZ, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. La parte especial del Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 165 ss. También, ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal, Parte Especial*, 5.ª ed. revisada y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 199 ss. Aunque menos reciente, MONGE FERNÁNDEZ, *Los delitos de agresiones sexuales violentas: Análisis de los arts. 178 y 170 del Código Penal conforme a la LO 15/2003 de 25 de noviembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 20 ss. GARCÍA VALDÉS, «Intimidación y violencia sin resistencia. Delimitación con los abusos sexuales», en MARISCAL DE GANTE (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Derecho Penal, parte especial, t. III. Madrid, Edisofer, 2008, pp. 2052-2180.

⁸ En Portugal, este es el “*concepto clave*” en cuanto a la determinación de los delitos contra la libertad y la autodeterminación sexuales. Tiene su origen en el Código Penal alemán de 1975, que en su artículo 184 definía las acciones sexuales como “aquellas que, en relación con el respectivo bien jurídico protegido, son relevantes de alguna manera”. DE FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, t. I, Coimbra Editora, 2012. En el mismo sentido, MOURAZ LOPES, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª ed., 2008, Coimbra Editora, p. 27 ss.

protección de la norma y, por otro, el título del Capítulo. A esto se añade una lista de medios típicos (*violencia o intimidación*) que compensa la apertura que permite el texto, pero que no resuelve la dificultad de determinar el contenido de la norma.

En consecuencia, la comprensión de la normatividad incriminadora y del universo de conductas punibles depende más de la interpretación del Tribunal que de los elementos descriptivos de la ley penal. Es evidente que el *texto-norma* es siempre el punto de partida y el límite de la tarea hermenéutica, pero en tal caso la ley es un referente de escasa medida. Por lo tanto, el juicio de tipicidad que realiza el Tribunal es relativamente “libre” e implica, en esencia, escudriñar (i) qué significa el bien jurídico “*libertad sexual de otra persona*”; (ii) cómo conciliar el carácter marcadamente interpersonal de la sexualidad con la realización de la conducta en el contexto de los hechos y (iii) cuál es el nivel de intensidad necesario para verificar la intimidación como medio típico de actuación (*in casu*, la intimidación) en el espacio de actuación *online*.⁹ En una palabra, la tarea de dar sentido al tipo incriminatorio de la agresión sexual tiene, en la sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario, un verdadero carácter de “continuación creadora de la ley”.¹⁰

2.3. El mérito sustantivo y el error metodológico de la sentencia

El Tribunal Supremo pone de manifiesto el sentido valorativo del tipo incriminatorio de la agresión sexual a través de dos conclusiones especialmente acertadas. *En primer lugar*, afirma que la distancia física no desnaturaliza la conducta del acusado a efectos de cumplir el tipo y, *por otro lado*, aclara que los actos intimidatorios cometidos en el contexto concreto del *cibespacio* alcanzan un nivel de gravedad que se refleja en el ejercicio de la subsunción a los medios típicos de ejecución de la conducta. Creemos que estos son los puntos fundamentales de la sentencia y precisamente por ello serán objeto de análisis en este comentario.

En cuanto al primer núcleo problemático, el Tribunal afirma, con absoluta claridad, que el tipo incriminatorio de la agresión sexual prohíbe la lesión del bien jurídico de la *libertad sexual* y que esta lesión no requiere que el autor “*sea quien la ejecute de forma física y directa*”.¹¹ El Tribunal Supremo tiene razón: *por un lado*, no hay nada en la redacción del artículo 178 que indique que la conducta deba llevarse a cabo directa y físicamente; *por otro lado*, la circunstancia de que la única delimitación del tipo objetivo del ilícito sea el bien jurídico *libertad sexual* hace que pueda tener un rango de significación tan amplio que difícilmente se pueda desautorizar esta interpretación.

El mérito de la decisión sustantiva del Tribunal Supremo es, a nuestro entender, evidente, y el ejercicio hermenéutico se realiza dentro de los límites otorgados por el lenguaje (*texto-norma*) y

⁹ HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymanns Verlag, 1968, pp. 160 ss; también PRIETS, «Zum analogieverbot im Strafrecht», en *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, pp. 155 ss.

¹⁰ La expresión “continuación creadora de la ley” pertenece al MIR PUIG y se refiere a la labor dogmática de la doctrina penal y no a la interpretación de las normas penales, aunque se ha decidido utilizarla en este contexto. MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», *Revista Jurídica de Cataluña*, (77-3), 1978, p. 656.

¹¹ STS 447/2021, p. 25 (según publicación oficial).

con apoyo doctrinal y jurisprudencial.¹² En esencia, al admitir la realización del delito de agresión sexual en un escenario de distancia física, el Tribunal Supremo libera a la *norma-texto* de un estrangulamiento del significado que no está ligado al *texto-norma* y, con ello, ofrece una vía de solución para los casos en los que la conducta se realiza *online*.

Esta opción interpretativa es controvertida por la siguiente razón fundamental: la tesis defendida transversalmente por la dogmática jurídico-penal en relación con los delitos sexuales sigue siendo que la naturaleza interpersonal, o *relacional*, de los delitos sexuales somete la conducta típica a una exigencia de *contacto corporal*, en algunos casos incluso *mutuo*, que por naturaleza presupone la proximidad física. Precisamente por ello, algunos sectores de la doctrina jurídica siguen excluyendo de los “tipos básicos” de los delitos sexuales los actos realizados por la víctima sobre su propio cuerpo y, en sentido estricto, todos aquellos en los que el autor no tiene contacto corporal con la víctima (v.g. desnudar a alguien con el único propósito de tomar fotografías). En relación con el tipo incriminatorio de la agresión sexual, MUÑOZ CONDE, v.g., afirma que “el término «atentado contra la libertad sexual» exige un contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo”.¹³ Es también a la luz de esta tesis que se ha afirmado la imposibilidad absoluta de realizar delitos sexuales en el espacio digital.¹⁴ Una tesis, además, que el Tribunal identifica y rechaza cuando se pronuncia sobre la premisa de que la *ciberviolencia sexual* es “menos intrusiva y aflictiva”. A pesar del mérito de la decisión, nos parece que el pasaje en el que el Tribunal se pronuncia sobre la conducta típica carece de un diálogo significativo con el referente concreto de la realidad en cuestión: el *ciberespacio*. Se identifica, así, un sutil lapso metodológico que no es irrelevante: la decisión relega el *ciberespacio* a un segundo plano en el ejercicio hermenéutico que realiza, no atribuyéndole autonomía de problema propio.¹⁵ Cuando el Tribunal dice que “lo que el tipo prescribe es que mediante violencia o intimidación se atente contra la libertad sexual de la víctima, lo que incluye, por tanto, en su contorno descriptivo, la agresión a distancia, también la *on line*”¹⁶ inserta la actuación *online* como una especie del género “actuación a distancia”, extendiendo a ella las conclusiones alcanzadas respecto al problema general.

Entendemos que el método proseguido impide el tratamiento de la agresión sexual *online* como una cuestión autónoma, tratándola a modo de un problema “menor”, aunque relevante, que es saber conciliar una realidad de actuación a *distancia física* con la delimitación de la conducta típica. Ante un problema “nuevo” (el delito de agresión sexual en un escenario de actuación

¹² Sobre las bases hermenéuticas actuales, véase, MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I, 9.ª ed., 2004, p. 35. También lo esencial de HASSEMER, «Juristische Methodenlehre und Richtliche Pragmatik», *Rechtstheorie*, (39), 2008, pp. 1-22. Con gran interés GARCÍA AMADO, «Filosofía hermenéutica y Derecho», *Azafea. Revista de Filosofía*, (5), 2003, pp. 191 ss.

¹³ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, pp. 198 ss.

¹⁴ GODSOE, «Redrawing the Boundaries of Relational Crime», *Alabama Law Review*, (69), 2017, p. 169, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 543, incluyendo por ejemplo el tipo legal de delito de agresión sexual. También en este sentido, ARZT, «Mord durch Unterlassen», en SCHÜNEMANN *et al.* (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 855 (p. 859). Naturalmente también, a través de la misma tesis, los delitos que se refieren a la integridad física del sujeto.

¹⁵ Una opción metodológica es siempre consecuente con la solución sustantiva obtenida. Es especialmente impresionante la firmeza de WELZEL cuando afirma que “no es el método lo que determina el objeto del conocimiento, sino lo contrario”. WELZEL, «Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1975, pp. 29-119 “[n]icht hat sich der Gegenstand nach der Methode, sondern die Methode nach dem Gegenstand zu bestimmen”.

¹⁶ STS 447/2021, p. 25.

online), el Tribunal se dedica a analizar un problema “viejo” (el delito de agresión sexual sin proximidad física), desperdiciando la oportunidad de particularizar el análisis de la criminalidad sexual en el contexto del *ciberspacio*. Intentaremos hacerlo.

3. La *proximidad virtual* como cuestión jurídico-penalmente relevante

El *ciberspacio* constituye un espacio privilegiado para actuar a distancia física.¹⁷ Lo que ocurre en este contexto es precisamente la elevación de la actuación sin proximidad física a la regla general del comportamiento humano y, para lo que nos ocupa, la condición dominante para la práctica de actos penalmente relevantes. Por ello, es evidente que el delito de agresión sexual cometido en el *ciberspacio* se integra, *lato sensu*, en una forma de actuación en la distancia física.¹⁸

Sin embargo, la *distancia física* se complementa, en el *ciberspacio*, con otra dimensión relacional que no existe fuera de él: la *proximidad virtual*. El espacio virtual demuestra que es posible estar cerca sin estarlo físicamente y los estudios fenomenológicos se traducen precisamente en la afirmación inequívoca de la *proximidad virtual* como elemento indispensable particular de este lugar relacional.¹⁹ Esta proximidad tiene como condición la *presencia online*, *presencia virtual* o *Telepräsenz* promovida por el espacio virtual, identificada “a varios niveles” en los estudios sobre la materia, entre los cuales se destaca, para lo que nos importa, la *presencia social virtual*, en la que el agente *percibe* una presencia real y efectiva de un sujeto “remoto” con el que comparte el mismo lugar virtual.²⁰ Esto se traduce esencialmente en una experiencia de proximidad que se proyecta en el espacio físico-real y de la que, no por casualidad, surge la observación de que los agentes del *ciberspacio* “typically feel that the space of the room they inhabit is extended by that of the remote partner with whom they interact”.²¹

El sentido y el alcance de la *proximidad virtual* en materia penal sólo pueden entenderse a la luz de las condiciones ontológicas del *ciberspacio*. A este respecto, es importante señalar que el *ciberspacio* no se sitúa al margen del universo físico, sino que constituye un “espacio de flujos”

¹⁷ La idea de “espacio” como condición relacional está también presente con la idea de “espacio” como forma de orden existencial. LEDRUT, *Le Forme et le Sens dans la Société*, Meridiens-Klincksieck, 1984.

¹⁸ La idea fundamental parece estar en la afirmación del potencial *ciberspacial* de proximidad, muy bien identificado por ASENDORF cuando afirma que “*der große Attraktor des Internets*” es “*die absolutgesetzte Idee der Verbindung noch über jeden konkreten Nutzen hinaus*”. ASENDORF, *Entgrenzung und Allgegenwart: die Moderne und das Problem der Distanz*, Fink Wilhelm GmbH, 2005.

¹⁹ LÖW/WEIDENHAUS, «Borders that relate: Conceptualizing boundaries in relational space», *Current Sociology*, (65-4), 2017, pp. 553-570.

²⁰ La *presencia online*, *virtual presence* o la *Telepräsenz* se han entendido como un fenómeno que implica compartir el tiempo y el *medium*, y que cumple fundamentalmente con el aquí y ahora que caracteriza a cualquier otra forma de presencia. HARDESTY/SHEREDOS, «Being together, worlds apart. A virtual-worldly phenomenology», *Human Studies*, (42-3), 2019, pp. 343-370; BODEN/MOLOTCH, «The compulsion to proximity», en FRIEDLAND/BODEN (eds.), *Nowhere: Space, time and modernity*, Berkeley, University of California Press 1994, pp. 257-286; BERGER, «Phenomenology of Online Spaces: Interpreting Late Modern Spatialities», *Hum. Stud.*, (43), 2020, pp. 603-626; SCHUTZ/LUCKMANN, *Structures of the life-world*, Heinemann, London, 1973.

²¹ Se trataba, en este caso, de la comunicación vía Skype. AGUILA, «Time and space on Skype: Families experience togetherness while apart», *Explorations in Media Ecology*, (10-3/4), 2013, pp. 303-312. Véase también, AHRENS, *Die Ausbildung hybrider Raumstrukturen am Beispiel technosozialer Zusatzräume, Medialität. Interdisziplinäre Studien zu neuen Kommunikationstechnologien*, Springer, 2003, pp. 173-190.

entre una dimensión virtual y otra física.²² Para lo que nos interesa, estos flujos se revelan, v.g., en la circunstancia de que todos los resultados de las conductas penalmente relevantes se localizan en el espacio físico, que no se elimina del análisis del evento: las consecuencias sobre la víctima se proyectan en el espacio físico y los hechos penalmente relevantes se localizan, antes de trasladarse al *ciberespacio*, en el espacio real en el que existen los sujetos (por ejemplo, en el lugar donde se sientan, en el ordenador o teléfono que utilizan, en el *router* que eligen). De esta circunstancia resulta, con mayor razón, que la *proximidad virtual* también se apoya en el espacio físico-real.

La identificación de esta dirección de sentido plantea problemas especiales al Derecho penal como rama del Derecho que, con especial agudeza, se ocupa del comportamiento humano y, por tanto, no puede ignorar sus variaciones. Por ser así, el tratamiento jurídico-penal del delito de agresión sexual cometido en un escenario *online* implica escudriñar cómo las consideraciones valorativas implicadas en las conductas practicadas en el *ciberespacio*, especialmente la *proximidad virtual*, inciden en la tarea de atribuir significado a tipos incriminatorios que no fueron pensados para esta realidad.

La proposición fundamental que pretendemos demostrar es, entonces, la siguiente: la *proximidad virtual* es jurídico-penalmente relevante y sería importante que hubiera sido considerada en el ejercicio hermenéutico realizado sobre la noción de agresión sexual. *En primer lugar*, porque este sentido de proximidad no es exclusivamente virtual, sino que también se proyecta en el espacio físico-real y, *en segundo lugar*, porque asume un contenido de valor equivalente al de la *proximidad física*.

La factualidad en juego en el caso resuelto por el Tribunal Supremo revela los efectos de la *proximidad virtual* en la materialización de la conducta típica. Resulta de los hechos probados que el agente, a través de reiterados y frecuentes contactos vía “Tuenti” y “Whatsapp”, se hizo *presente* en un universo relacional complementario al espacio físico-real de la víctima. Agente y víctima compartían un determinado lugar relacional común (el virtual). En resumen, estaban *próximos* en una cierta dimensión. También es un hecho probado que la víctima menor ha realizado tocamientos en su propio cuerpo sin la *presencia física* del agresor. Pero es cierto que los realizó en la *presencia virtual* del agente y, por cierto, que era imposible que en el contexto *online* las hubiera realizado en la presencia física del agente. Esto, que parece tautológico, es relevante: si los delitos sexuales en el *ciberespacio* tienen lugar, por naturaleza, sin proximidad física, será necesario considerar el significado que subyace al requisito de la proximidad física y entender si existe, en el *ciberespacio*, alguna dimensión valorativa que sea equivalente a ella. En nuestra opinión, sí la hay, y es precisamente la *proximidad virtual*.

Ahora bien, discutir si se debe atribuir relevancia a la *proximidad virtual* implica, por tanto, retomar las consideraciones fenomenológicas sobre el *ciberespacio* y, en particular, la

²² La expresión procede de CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, 2.ª ed. 2000, en la que el autor habla del “espacio de los flujos” como característica fundamental del espacio en el siglo XXI; FORTUNATI, «The Mobile Phone: Towards New Categories and Social Relations», *Info. Comm. & Society*, 2002; Vease también, GERGEN, «The Challenge of Absent Presence», en KATZ/AKHUS (eds.), *Perpetual Contact: Mobile Communication, Private Talk, Public Performance*, 2002; FRIESEN, «Telepresence and tele-absence. A phenomenology of the (in)visible alien online», *Phenomenology & Practice*, (8-1), 2019, pp. 17–31.

intersección entre el espacio virtual y el físico-real. Es evidente que la *proximidad* del agente, que es virtual, se apoyó en la actuación de la víctima en su espacio físico-real, no sólo en términos de intimidación (*i.e.*, como medio típico de ejecución) sino, propiamente, de integración de los hechos en la conducta típica. Esta relevancia se manifiesta, entre otras cosas, por la percepción de que el agente estaba *presente*, aunque no *face-to-face*, sino *face-to-medium*. Es decir, a través de la estructura física que asegura la interacción virtual (*in casu*, el teléfono móvil). Es cierto que el agente no estaba inmediatamente presente en el espacio físico-real de la víctima, pero es seguro que su presencia en este espacio estaba mediada, *i.e.*, a través del *medium* que soportaba la presencia virtual. La presencia virtual que se afirma en este contexto no parece implicar, ni desde el punto de vista valorativo ni en cuanto a los efectos sobre la víctima, variaciones significativas en un escenario en el que el agente estaría sentado en el dormitorio de la víctima y observaría, sin contacto corporal, los actos sexualmente relevantes.

Si lo entendemos correctamente, no hay, en sentido estricto, ninguna razón sustancialmente válida para distinguir la presencia virtual de la presencia física sin contacto corporal. Quizás incluso podamos decir lo contrario: la vocación de permanencia de la *presencia* virtual hace especialmente difícil la eliminación del agente del espacio relacional de la víctima y, por tanto, muy significativo el nivel de lesividad de la dinámica relacional con la víctima y, necesariamente, de la conducta cometida. En rigor, la presencia virtual del agente hace muy dudoso que pueda decirse que la menor estaba sola, o que de hecho se haga percibido sola: aunque no físicamente, el agente estaba cerca de la menor en el universo virtual que compartía y esta circunstancia no es irrelevante a efectos de valorar la ilicitud del hecho.

Lo que hizo el Tribunal Supremo fue, en una palabra, afirmar la irrelevancia de la *distancia física* en lugar de la relevancia de la *proximidad virtual*. Nos parece, sin embargo, que la piedra de toque para la solución de los casos de agresión sexual *online* - y de cualquier delito sexual cometido en este espacio - radique menos en saber si el delito de agresión sexual puede llevarse a cabo sin “*proximidad física*” y más en tener en cuenta la *proximidad virtual* en el recorte de la conducta típica del delito. Esto es así, obviamente, por razones relacionadas con la consideración de lo *concreto* en la operación de subsunción, pero también porque la *proximidad virtual* garantiza la coherencia con la tipicidad de los delitos sexuales: la *proximidad virtual* cumple con el contenido y la intención de la “lesividad” que subyace al criterio general de *proximidad* en la valoración de la ilicitud del hecho.

En resumen, la naturaleza relacional de los delitos sexuales no se ve, en el *ciberespacio*, comprometida por la ausencia de proximidad física, porque la *proximidad virtual* sigue siendo proximidad y como tal se afirma. Así, aunque el Tribunal Supremo no hubiera descartado la proximidad física como elemento necesario (aunque implícito) para la comprobación del tipo objetivo, en nuestra opinión, la conducta típica del delito de agresión sexual se cumpliría siempre.

4. Las condiciones ontológicas del *ciberespacio* en la comprobación de la “intimidación”

El Tribunal Supremo realiza, con gran mérito, un ejercicio de particularización del *ciberespacio* en el pasaje en el que se pronuncia sobre la “intimidación” como medio típico de ejecución de la conducta, lo que le permite llegar a conclusiones inobjetables. Tras identificar la intimidación

como un concreto “*modo o medio de sujeción de la víctima a la voluntad cosificadora del victimario*”, el Tribunal ofrece una respuesta afirmativa a la pregunta de si la realización de actos intimidatorios *online* reúne el nivel de intensidad necesario para verificar la intimidación como medio de ejecución típico.

En este sentido, el Tribunal Supremo afirma que “[e]l contexto de las ciberrelaciones, constituye un factor decisivo de fragilidad lo que favorece la eficacia de la intimidación desplegada y, con ella, la obtención del resultado buscado. Lo que intensifica notablemente el desvalor de la acción justificando sobradamente también la apreciación de la circunstancia agravatoria típica pretendida” y que las TIC “al facilitar el intercambio de imágenes y vídeos de los actos de cosificación sexual, puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico”. Y añade que se identifica “un marco de intimidación nutrido de amenazas explícitas, reales, graves y que, en términos situacionales, incorporan una tasa muy significativa de idoneidad para provocar el efecto sujeción buscado y abarcado directamente por el plan de autor”.²³

El Tribunal Supremo realiza sólidas consideraciones sobre la relevancia normativa de la “*ciberintimidación*”, en un ejercicio que permite corregir algunos equívocos de la doctrina en materia de ciberdelincuencia sexual, a saber, que “*el entorno digital ofrece mayores posibilidades situacionales de activar mecanismos efectivos de protección*”. Esta tesis es una ficción contradicha, de entrada, por las condiciones fenomenológicas del *ciberspacio*: las acciones cometidas en este espacio tienen, por naturaleza, un potencial de propagación sin equivalente en el espacio físico-real, que resulta precisamente de la condición de espacio universal, de uso generalizado e indiferente a las limitaciones de tiempo y espacio físico. Esto significa, en el límite, que un mismo contenido difundido en el *ciberspacio* puede ser reproducido de manera relativamente infinita, con efectos que no son posibles de anticipar y que, evidentemente, aumentan la intensidad específica de una intimidación materializada en la intención de “*hacer llegar a todos los contactos que ella tenía en la red Tuenti los archivos que ya había enviado aquel*”.

Ahora bien, es sabido que no basta para la integración del tipo objetivo de delito de agresión sexual que una conducta lesione el bien jurídico de la libertad sexual: es necesario que vaya precedida de *violencia o intimidación* inmediatamente dirigida a ese fin. Desde el encuadramiento sistemático es precisamente la elevación de la coacción a condición indispensable del tipo objetivo de delito (sin ella entrará en juego el tipo de abuso sexual). También está claro que la intimidación requiere un cierto nivel de *intensidad*²⁴ para cumplir con el significado valorativo de la norma, lo que explica el emparejamiento de la intimidación con la violencia, en términos de que la víctima pierde la “*alternativa distinta a la de estar sometida a la voluntad del victimario*”.

Pues bien, de lo anterior se desprende que la intimidación relevante a los efectos de la verificación de la conducta típica estaría, *in casu*, supeditada a la afirmación de que (i) la

²³ STS 447/2021, p. 23.

²⁴ Principalmente, es necesario que la intimidación alcance un determinado umbral de intensidad y no, como se exige en el Código Penal alemán, que asuma un determinado contenido. En el Código Penal alemán, § 177 Sexueller, titulado “*Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung*”, con especial referencia al apartado 5, en relación con (1) el uso de la violencia (*gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet*) y (2) la amenaza de un determinado contenido (*dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder*).

intimidación *online* es el medio de ejecución de la finalidad de la conducta y que (ii) la intensidad punitiva concreta de la intimidación *online* es equivalente a la de la violencia (física).

El Tribunal tiene mucha razón al afirmar que el elemento típico de la “intimidación” se ha verificado en su contexto *concreto*, es decir, mediante un ejercicio que inserta el *ciberespacio*, y, en particular, las características de las “*ciberrelaciones*”, como una circunstancia que favorece la eficacia de la intimidación y, por tanto, que es relevante en el juicio de subsunción. Esta particularización era decisiva para la comprensión de la fuerza dominante de la conducta del acusado y cumple con los criterios exigidos por la dogmática jurídico-penal en el cumplimiento de esta tarea, a saber: (i) la requerida relación medio/final entre el medio típico de ejecución y la violación del bien jurídico de la *libertad sexual* (ii) el *emparejamiento* de la intimidación con la violencia a los efectos de la realización del tipo delictivo.

5. Nota de conclusión

La sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario expone la complejidad de la relación entre el *ciberespacio* y los delitos que no fueron contruidos o pensados para esta realidad. En esencia, la cuestión que se plantea es si los contornos típicos del delito de agresión sexual (artículo 178) incluyen un escenario de actuación *online*, en el que la víctima menor de edad, como resultado de actos de intimidación *online*, realiza actos sexuales significativos sobre su propio cuerpo sin proximidad física ni contacto corporal por parte del agente. La cuestión que aborda la decisión, que es estrictamente jurídica, es por tanto la valoración de la dimensión normativa que subyace a la apreciación de la criminalidad del tipo incriminatorio de la agresión sexual.

Este es un tema nuevo y de gran alcance. *Por un lado*, implica la concreción del significado valorativo del tipo incriminatorio en un escenario de realización distinto de aquel para el que fue concebido; *por otro lado*, implica la comprensión de las coordenadas valorativas que subyacen a la dinámica del comportamiento en el espacio virtual. En contra de lo que parece afirmar el Tribunal Supremo, las condiciones ontológicas y relacionales del *ciberespacio* no importan sólo para la concreción de la intimidación como medio típico de ejecución. El valor de la realización *online* de la conducta asume, como *concreto* sometido a la valoración normativa, relevancia en relación con la totalidad del tipo objetivo del ilícito. También es muy relevante para determinar la conducta típica que corresponde a la violación de la “*libertad sexual de otra persona*”. Y es precisamente aquí donde el problema no se trata con claridad: lo que está en juego no es la realización del delito de agresión sexual *sin proximidad física*. Lo que está en cuestión es el delito de agresión sexual en un contexto *online* marcado por la *proximidad virtual*.

La conducta del acusado asumió, precisamente por la dimensión *online* que impregna los hechos, un sentido de daño diferente al que existiría si el escenario de actuación fuera exclusivamente físico-real. Aquí, además de esto, hay una dimensión de *proximidad virtual* que no debe considerarse jurídicamente irrelevante, esencialmente porque no es, en términos fácticos y teóricos, irrelevante. Este es el punto principal de este comentario, siendo cierto que en todo lo demás seguimos la decisión del Tribunal Supremo, señalando, en particular, su especial mérito en la valoración de la “*ciberintimidación*”.

En definitiva, un tratamiento jurídico-penal riguroso de la ciberdelincuencia implica atribuir relevancia a las condiciones ontológicas del *ciberespacio* y a las dinámicas de acción que le son

propias, ofreciéndoles un tratamiento particularizado como trozo de realidad sometido a la tarea de subsunción. El caso se resolvió con corrección sustantiva, pero se perdió la oportunidad de realizar un ejercicio hermenéutico integrando la *proximidad virtual* entre agente y víctima como circunstancia legal y penalmente relevante.

La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones

Comentario a la STS 412/2020, de 20 de julio

Lorena Ramírez Ludeña*
Universitat Pompeu Fabra
lorena.ramirez@upf.edu

-

1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo 412/2020, de 20 de julio,¹ declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 29-10-2018, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres. La Audiencia, por su parte, desestimaba el recurso a la sentencia de 20 de abril de 2018, del Juzgado de lo Penal número 1 de Cáceres, que condenaba por un delito de descubrimiento y revelación de secretos y por otro de coacciones. Pese a continuar siendo un elemento típico del delito de coacciones, la decisión del TS contiene escasas referencias a la violencia, lo que me llevará reflexionar acerca del principio de legalidad en conexión con ese requisito.

2. El contexto de la sentencia

2.1. Los hechos

En junio de 2016, como consecuencia de las tensiones derivadas de su ruptura matrimonial, el acusado (Conrado) accedió al iPhone de su exesposa Luisa, que estaba vinculado a una ID asociada a un correo electrónico que administraba Conrado. Esto le permitió conocer las claves de acceso a sus servicios, con el fin de tener acceso a la información almacenada por la mujer en su móvil y ejercer cierto control sobre ella; se descargó algunas fotos, que exhibió a terceros, y accedió a correos electrónicos. Finalmente, formateó y borró toda la información contenida en el teléfono. Solo meses más tarde la perjudicada pudo, con muchos esfuerzos, recuperar de su cuenta de iCloud la información.²

2.2. Las decisiones del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial

El Juzgado de lo Penal condenó a Conrado como autor penalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos (107.2 CP), en relación de concurso ideal, no medial, con

* Agradezco a Diego Papayannis, Victoria Kristan, Alberto Carrio, Alba Lojo, J.J. Moreso y J.M. Vilajosana sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

¹ Sala de lo Penal, Sección Pleno, ponente Andrés Palomo del Arco.

² Información extraída de la STS 412/2020, Antecedentes de hecho, Primero.

otro de coacciones (172.1 CP), en grado de consumación, y con la concurrencia del agravante de parentesco, a la pena de tres años y diez meses de prisión. Contra esa decisión se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cáceres, que confirmó la resolución anterior.³

3. La sentencia del TS

3.1. Descubrimiento y revelación de secretos

Por un lado, el recurrente cuestiona en su impugnación ante el TS la aplicación a su caso del artículo 197.2 del Código Penal español.⁴ Enfatiza que una lectura adecuada del artículo requiere que el archivo esté fuera de la esfera de custodia de su titular y que se refiera a una generalidad de personas. En cambio, señala que, en este caso, se trata centralmente de una fotografía que estaba almacenada en el dispositivo móvil de su exesposa, dentro de su esfera de custodia y fuera de la esfera de custodia de terceros; y que no se encontraba en un banco de datos, ya que el sistema de archivos del teléfono no contiene un conjunto organizado que se refiera a una generalidad de personas.⁵

De acuerdo con el TS, el artículo 197 CP, orientado a la protección del bien jurídico de la intimidad, “es calificado por la doctrina como auténtico galimatías jurídico con diabólica, atormentada e inacabable redacción”.⁶ Comprende diversos tipos básicos, además de varias figuras agravadas, “sin que sea posible predicar de un modo absoluto para todas ellas, unos mismos e inalterables requisitos típicos exigidos, pues los elementos objetivos y subjetivos previstos se presentan con múltiples variantes”.⁷ Pero lo anterior no impide que pueda afirmarse, conforme al TS, que la subsunción con respecto al artículo 197.2 CP es adecuada. Según el Tribunal, se trata de un caso en que se accede a archivos informáticos estructurados, que tienen un obvio contenido personal y reservado, con la doble intencionalidad de desvelar esos datos para disponer de un mecanismo de control sobre su esposa e impedir que pudiera disponer de ellos: “(...) se comete por un intraneus fáctico en relación a la ID que posibilita el acceso, aunque sin autorización alguna por parte de la usuaria titular de los ficheros, frente a la cual devenía indubitado extraneus, y donde resulta indiferente que los ficheros se encontrasen o no bajo custodia de la propia titular de los datos. La afectación a una generalidad de personas o encontrarse los ficheros fuera del ámbito de cuidado del titular de los datos no es requisito típico (...). Pero sucede además que el recurrente, donde accede a través de la cuenta de ID es a los servicios de Apple, servicios que atienden a una multitud de usuarios y donde los datos no están precisamente custodiados por cada uno de ellos”.⁸

³ STS 412/2020, Antecedentes de hecho, Segundo y Tercero.

⁴ El artículo 197.2 CP establece que las mismas penas del apartado 197.1 “se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Igualess penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

⁵ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Primero.

⁶ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Primero.

⁷ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Primero.

⁸ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Primero.

También se niega, por parte del recurrente, que el acceso y descarga de una fotografía realizada en un lugar público afecten a la intimidad, por no tratarse de un secreto. No obstante, de acuerdo con el TS, “(...) mantener al margen del conocimiento de terceros sus nuevas relaciones y especialmente en proceso de separación matrimonial o seguidamente al mismo, el alcance de esas relaciones a determinadas personas cercanas a su círculo matrimonial especialmente a su esposo, integra el concepto de secreto. Pero si no solo se accede a esa fotografía sino también a los correos electrónicos de índole personal, la objeción de recurrente carece de cualquier sentido”⁹.

3.2. Coacciones

En este caso, se argumenta por el recurrente que la coacción fue leve, ya que los datos borrados estaban también almacenados en la iCloud de Apple, de forma que el perjuicio máximo que se causó a la víctima fue no poder acceder a la información almacenada en su teléfono móvil hasta que recuperó la información de la nube. La entidad de la violencia empleada *vis in rebus*, se sostiene, fue mínima.

De acuerdo con el TS, el bien jurídico protegido en el delito de coacciones (igual que en el de amenazas) es la libertad pero, aquí, lo que se daña no es el proceso de formación sino la capacidad para actuar conforme a una voluntad libremente formada. La distinción entre coacciones graves y leves viene dada por circunstancias cuantitativas y cualitativas, “en especial la entidad de la violencia ejercida y la actividad que se impone mediante esa violencia, o aquella otra que, siendo legítima, se impide realizar”.¹⁰

El TS sostiene que, en este caso, la violencia ha sido *in rebus*, pero que el elemento determinante es la conducta que se impone o aquello que se impide hacer: cercenar el desarrollo de sus relaciones, al privarle del contenido del terminal móvil. Y ello es de especial gravedad porque carecía de posibilidad de recuperación, por ser el autor el titular de la cuenta que permitía acceder a la nube. Aunque luego lograra recuperarlos, fue un proceso difícil para la víctima que perduró varios meses. Como apunta el TS, “los derechos y actividad que con el borrado se origina no es la inutilización del dispositivo móvil, sino del contenido al que accedía a través del móvil, en funciones de llave de acceso a su domicilio virtual, donde tras el desarrollo de las telecomunicaciones, desenvolvemos una gran parte de nuestra vida social, familiar e incluso profesional”.¹¹ De hecho, afirma el Tribunal, se produce la “afectación a los dos derechos cuyo impedimento justifica una penalidad agravada en la tipicidad de las coacciones del art. 172.1 CP en sus párrafos segundo y tercero: intimidad y privacidad en cuanto derechos fundamentales, así como el disfrute de la vivienda, aunque ahora no se trate de delimitación física sino una pálida

⁹ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Segundo.

¹⁰ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Tercero. El artículo 172.1 del Código Penal establece lo siguiente: “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

¹¹ STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Tercero.

semblanza concretado en su domicilio virtual”.¹² Lo que conduce, sin dudas para el TS, a la calificación de las coacciones como graves.

4. La violencia en las coacciones

4.1. Introducción

Hemos visto que el TS confirma las decisiones previas, desestimando el recurso de casación, también por lo que respecta al delito de coacciones. La sentencia, expuesta sucintamente en el apartado anterior, solo dedica una de sus veinticinco páginas a analizar la cuestión de las coacciones, prestando especial atención a su gravedad. Y, aunque se refiere a la violencia en cuatro ocasiones a lo largo de esa página, no justifica su concurrencia, sino que solo afirma su existencia *in rebus*.

En este apartado analizaré primero, de manera breve, la evolución doctrinal y jurisprudencial por lo que respecta al requisito de la violencia en las coacciones. A continuación, me referiré al principio de legalidad y a su posible afectación derivada de la progresiva *espiritualización* de la violencia por parte de los tribunales, que parece culminarse en casos como este donde meramente se afirma la concurrencia de violencia, sin aportarse argumentos para entender que concurre. En relación con lo anterior, haré referencia al tenor literal, al fenómeno de la flexibilidad y a la distinción entre interpretación extensiva y analogía, cuestionando que resulten de utilidad para determinar cuándo se vulnera el principio de legalidad. A continuación, me referiré a diferentes tipos de lagunas y al rol de la motivación de las decisiones judiciales para sostener que sí se vulnera el principio en este caso. Finalmente, apuntaré una importante cuestión metodológica por lo que respecta a la incidencia del principio de legalidad.

4.2. Evolución doctrinal y jurisprudencial

A finales del s. XVIII y principios del XIX, como reflejo del espíritu ilustrado imperante, se empezó a percibir la libertad de obrar como un bien necesitado de protección penal.¹³ No obstante, la falta de relevancia externa de muchos de los atentados contra la libertad de obrar, junto al miedo a dar lugar a un delito casi ilimitado, llevó a restringir los ataques relevantes a aquellos en que el autor usaba un medio comisivo violento. Pero, con el transcurso del tiempo, el requisito de la violencia, que se entendía como empleo de fuerza física contra otro, fue visto por la doctrina y la jurisprudencia como un obstáculo para la protección eficaz de esa libertad. En este sentido, parece claro que la libertad puede verse seriamente afectada por numerosos medios comisivos que no suponen el uso de fuerza física, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido concepciones cada vez más amplias del requisito. En el caso español, suele afirmarse que hemos asistido a un proceso de *espiritualización* del concepto. Por ejemplo, se ha entendido que la violencia abarca la intimidación con un mal inmediato a la víctima, que suele distinguirse de las amenazas porque en estas últimas se intimida con un mal de causación futura;

¹² STS 412/2020, Fundamentos de Derecho, Tercero.

¹³ Seguiré en buena medida lo expuesto en RAGUÉS I VALLÉS, «Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del Derecho Penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, pp. 481-497, que hace referencia al análisis llevado a cabo por JAKOBS sobre el origen y desarrollo del delito de coacciones y del requisito de la violencia.

también se ha sostenido que hay violencia cuando hay uso de narcóticos o fuerza en las cosas; y no solo cuando hay fuerza intimidatoria sobre las cosas y fuerza propia sobre las cosas, sino toda sustracción ilícita del dominio del sujeto pasivo de determinados recursos o medios que le permiten realizar determinadas actividades o incluso la resistencia pasiva.¹⁴ Como sucede en el caso que nos ocupa, los tribunales han llegado a no detenerse a precisar siquiera qué concretos hechos probados resultan subsumibles en el requisito de la violencia. Entonces, se entiende que el tipo penal se realiza si se constata una limitación antijurídica de la libertad ajena, con independencia de los medios que se empleen. Como apunta RAGUÉS I VALLÉS, “para la jurisprudencia actualmente dominante el delito del art. 172 CP ha dejado de ser un delito de medios determinados para convertirse en un ilícito resultativo”.¹⁵

La extensión anterior, que supone considerar violento todo aquello que lesione el bien jurídico protegido por el delito de coacciones, es criticada por algunos autores, que promueven volver a un concepto más restringido, poniendo el énfasis en la afectación del principio de legalidad, al que me referiré en el próximo apartado.¹⁶

En cambio, el Tribunal Constitucional ha aceptado la amplia lectura anterior al resolver un recurso de amparo en un caso en que se había usado el concepto de modo *espiritualizado*.¹⁷ El Tribunal señala que esa lectura *espiritualizada* no se aparta del tenor literal del precepto ni se recurre a pautas interpretativas y valorativas extravagantes, por lo que el principio de legalidad no se ve afectado. Así, del mismo modo que ocurre con respecto a la vulneración del principio de legalidad por el legislador, el Tribunal adopta una visión permisiva con respecto a los jueces, entendiendo que se afecta el principio solo cuando la aplicación carezca de tal modo de

¹⁴ Analizando la evolución y la jurisprudencia relevante, véanse MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (30-2), 1997, pp. 269-306; SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho Penal*, 1999, especialmente pp. 57 ss. Como señala MIR PUIG (pp. 274 s.), la evolución paralela en doctrina y jurisprudencia, con la progresiva ampliación del ámbito de la violencia, pone de manifiesto “la continua aparición de nuevas formas, cada vez más refinadas, de negar la libertad ajena, producto del constante aumento de medios técnicos (...) de que el hombre dispone y que le permiten conseguir con mayores probabilidades de éxito y menor esfuerzo los mismos resultados que antes requerían el empleo de fuerza material”. Por su parte, SÁNCHEZ TOMÁS (p. 61) señala que “se puede afirmar que el concepto violencia ha resultado un concepto comodín donde ha ido encontrando encaje toda aquella conducta que, no pudiendo ser integrada en las amenazas, se mostraba como eficaz para la lesión del bien jurídico protegido”.

¹⁵ RAGUÉS I VALLÉS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, p. 486. Esta aplicación del delito de coacciones ha sido explícitamente sostenida por JAKOBS, quien defiende que lo relevante es que la conducta violenta suprime o limita la capacidad de organización de la persona coaccionada, lo que no se limita al cuerpo de la víctima, sino a todos los medios que permiten su desarrollo vital. De acuerdo con JAKOBS, esto ocurre cuando se suprimen o limitan derechos garantizados, es decir, aquellos que otros deben preocuparse de no perjudicar con su comportamiento. Entonces, si se afectan estos derechos, el medio comisivo no importa, siendo también violentos casos en que hay engaño, si existe un derecho garantizado a la verdad. Véase JAKOBS, «Coacciones por medio de violencia», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 439-459.

¹⁶ Por ejemplo, RAGUÉS I VALLÉS sostiene que la posición de JAKOBS se aleja de lo que el ciudadano medio calificaría como violento, y puede conllevar una afectación de la legalidad, que sería relevante en la propia visión funcional adoptada por JAKOBS, dado que afectarla podría resultar disfuncional porque la aplicación de la ley no se percibiría como imparcial. RAGUÉS I VALLÉS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, p. 491 ss.

¹⁷ STC de 137/1997, de 21 de julio.

razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios.¹⁸ ¿Tiene sentido afirmar que el TC se equivoca? Abordaré esta cuestión en los próximos apartados.

4.3. El principio de legalidad penal con carácter general

No resulta sencillo analizar la sentencia del TS tomando en consideración el principio de legalidad penal, en buena medida por la existencia de discrepancias con respecto a cuáles son sus exigencias y fundamentos. Ello se pone de manifiesto en el caso que nos ocupa, en el que, por ejemplo, MIR PUIG aboga por una comprensión amplia del concepto de violencia a partir de su lectura del principio de legalidad, que entiende que no se ve afectado.¹⁹

Conforme al principio de legalidad penal, la ley tiene que ser previa (prohibición de retroactividad), cierta (mandato de taxatividad), escrita (prohibición de derecho consuetudinario) y estricta (prohibición de analogía). Es habitual señalar que las dos primeras exigencias se dirigen centralmente al legislador, y las otras dos a los jueces. Pero esto es algo que no está exento de controversia, del mismo modo en que no lo está determinar la relación entre las diferentes exigencias y si estas recaen sobre la ley o sobre determinadas actuaciones. En lo que aquí interesa, se ha señalado que, para que el mandato de taxatividad tenga sentido, los tribunales no pueden tener plena libertad en la interpretación y aplicación del Derecho.²⁰ Y que la prohibición de analogía, vinculada también con la taxatividad, no debe entenderse en sentido técnico, sino que apunta a excluir toda aplicación del Derecho que va más allá del tenor literal posible de una norma legal de sanción.²¹

La justificación del principio de legalidad penal tampoco es pacífica.²² Con carácter general, se enfatiza el respeto de la dignidad de las personas, que tienen capacidad para decidir cómo actuar y organizar sus vidas autónomamente. En ocasiones, esto se ha relacionado con un *sentido*

¹⁸ STC 137/1997, Fundamento Jurídico 7. El Tribunal Constitucional español contrasta con el alemán, que en 1995 declaró contrarias al principio de legalidad las interpretaciones laxas del concepto. Para una exposición más detallada de la posición del TC español, analizándose múltiples decisiones relativas a otros delitos, en que invoca los elementos anteriores con el fin de determinar cuándo hay analogía (o, lo que considera igualmente proscrito por el principio de legalidad, interpretación extensiva *in malam partem*), véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, 2004, pp. 109 ss. Sobre la visión permisiva del TC hacia el legislador, véase FERRERES, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002, pp. 141 ss.

¹⁹ Así, MIR PUIG defiende que, para evitar lo que llama “lagunas injustificables”, la violencia debe entenderse como la expresión externa de un sentido de oposición a la libertad ajena, pero excluyendo los casos de engaño. Y justifica su lectura amplia con base en el significado del término en el idioma español, apelando al diccionario, y señalando que no desborda el sentido literal posible ni supone analogía contra reo. Además, atiende a la finalidad de la ley, que pretende proteger el bien jurídico de la libertad. Desde su punto de vista, una lectura más restringida tampoco parece poderse fundamentar apelando al carácter fragmentario del derecho penal, pues la fuerza física no es siempre el medio más peligroso para la libertad ajena. Véase MIR PUIG, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (30-2), 1997, p. 270.

²⁰ ORTIZ DE URBINA, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal», en MONTIEL (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp.173-205.

²¹ KUHLEN, «Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía», en MONTIEL (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 151-172.

²² Para un excelente análisis de los fundamentos del principio de legalidad, a los que me referiré a continuación, y las tensiones que pueden surgir, por ejemplo entre la claridad, la precisión y la concreción, véase NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, 2010, especialmente pp. 23 ss.

subjetivo de previsibilidad y la necesidad de que las normas sean claras para los ciudadanos, lo que ha sido criticado y matizado por partir de una visión poco plausible de los individuos que se motivan por la lectura de las normas. En conexión con lo anterior, con frecuencia se han apuntado consideraciones de tipo político-criminal, enfatizándose la relevancia de que las normas sean claras para favorecer la disuasión. Pero esta lectura también ha sido controvertida tras constatarse que no es cierto que satisfacer las exigencias del principio de legalidad suponga una mejora en términos disuasorios, sino que en ocasiones normas con niveles elevados de vaguedad generan precisamente una mayor disuasión.²³

Más asentada parece en la actualidad la justificación que apunta a que, conozcamos o no las normas por adelantado, el ejercicio del poder debe regirse por normas precisas establecidas previamente, lo que supone que el poder esté *limitado* y que estemos protegidos frente a la *arbitrariedad* en el ejercicio de ese poder. Esto, a su vez, se ha conectado por parte de algunos autores con ciertos efectos positivos ligados también a aspectos político-criminales, dada la confianza en el sistema que suscita la percepción social de lo anterior.

Por otro lado, en sistemas como el español el principio de legalidad se ha puesto en conexión con la *separación de poderes* y con el *principio democrático*, entendiéndose que nuestras vidas deben regirse por órganos con legitimidad y representatividad popular. Es obvio que aquí, de nuevo, se suscitan grandes discrepancias con respecto a nociones como la separación de poderes o la democracia, sobre las que volveré al final del trabajo.

Y, sin pretensión de exhaustividad, también suele destacarse la incidencia del principio de legalidad con respecto a un trato *imparcial* y a la *igualdad* en la ley, que se preserva si contamos con normas generales suficientemente taxativas y por adelantado, que se apliquen a todos los que están en las mismas situaciones, pese a que ello pueda conllevar problemas de sobre e infra inclusión, y suscitar desigualdades en términos materiales.

En los próximos apartados me referiré de nuevo a las exigencias del principio de legalidad penal y a su justificación, en conexión con el concepto de violencia, pero ya de entrada puede advertirse que su delimitación plantea dificultades y tensiones, y que parece conveniente entender la satisfacción de los requisitos y de los valores subyacentes como algo gradual. Sin comprometerme con una visión específica sobre el mejor modo de entenderlo, aquí me plantearé si cabe identificar límites que puedan conducirnos a afirmar que se ha vulnerado el principio. Con tal propósito, primero controvertiré algunas asunciones comunes; en segundo lugar, me referiré a cómo la decisión del TS, que torna irrelevante la exigencia de violencia con una escasa motivación, puede suponer una afectación del principio, pese a la permisibilidad del TC en este ámbito.

4.4. El principio de legalidad penal y la violencia en las coacciones

¿Vulnera la progresiva espiritualización de la violencia por parte de la jurisprudencia el principio de legalidad penal? Generalmente, suele entenderse que esta pregunta pone el foco de atención en la actuación del poder judicial y en si puede afirmarse que su lectura laxa del requisito conlleva extender en exceso el tenor literal por incluir nuevos casos, y supone hacer uso de la analogía,

²³ ORTIZ DE URBINA, en MONTIEL (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 176 s.

que no estaría permitida. Ahora bien, así planteadas las cosas, las apelaciones al tenor literal, a los nuevos casos y a la analogía no parecen ser de demasiada utilidad.

a. *El tenor literal*

No resulta sencillo determinar en qué consiste el tenor literal.²⁴ Se recurre a otras expresiones, como el significado propio de las palabras, el significado claro, inmediato o estricto; se habla de una interpretación no correctora, a veces se dice que restrictiva, a una interpretación *a contrario*, entre otras. Pero estas otras expresiones o no resultan de demasiada utilidad (¿cuál es el significado propio de una palabra?), o son incompletas (¿interpretación no correctora con respecto a qué?) a efectos de determinar cuál es la norma expresada por una disposición o cuál es el significado de un término que forma parte de un texto jurídico.

En todo caso, resulta plausible entender que, como actividad, la interpretación literal consiste en la búsqueda del significado literal que, una vez determinado, es su producto, y que nuestros usos lingüísticos son relevantes para determinarlo. Pero un primer inconveniente que hay que enfrentar entonces resulta de la existencia de usos diversos con respecto al mismo término. En este sentido, no es fácil identificar qué uso es relevante para conocer el significado literal de los términos. Esto es particularmente problemático en el ámbito jurídico, en que coexisten usos por parte de la comunidad y usos técnico-jurídicos, y en que se producen además redefiniciones en el derecho de términos de uso cotidiano, ya sea por parte del legislador –no siempre de manera consistente– o de la dogmática –en no pocas ocasiones con redefiniciones diversas por los distintos autores o por el mismo autor. Incluso si se asume que el uso ordinario es crucial, los problemas se reproducen: ¿hay que buscar el significado en el diccionario, cuando en el diccionario aparecen siempre diferentes acepciones, que a su vez pueden resultar problemáticas? ¿De qué modo daríamos cuenta, en definitiva, de la práctica lingüística? Y, si ha transcurrido un tiempo desde que se aprueba la normativa, ¿qué edición del diccionario o qué momento de la práctica sería relevante? Se hace entonces necesario analizar la incidencia del contexto, en sus múltiples manifestaciones.

De este modo, frente a la coexistencia de diversos usos que suscitan dudas, es habitual enfatizar que para identificar el significado literal de los términos hay que tener en cuenta la oración en la que aparecen las palabras: el significado literal es entonces el significado determinado por las reglas semánticas y sintácticas de la lengua. No obstante, tener en cuenta el contexto en el sentido anterior no resuelve muchos de los problemas que tienden a plantearse dentro y fuera del ámbito jurídico. Qué otros elementos contextuales son relevantes, cuándo lo son, y si son compatibles con el significado y la interpretación literal, son aspectos mucho más controvertidos. Por poner solo algunos ejemplos: ¿qué rol desempeñan otras oraciones? ¿Y las intenciones de quien profiere la oración en un determinado contexto? ¿Qué ocurre con el contexto extralingüístico? En el ámbito jurídico, la contraposición entre interpretación literal y contexto se ha puesto de manifiesto a partir del análisis de otros instrumentos interpretativos como la interpretación teleológica o la sistemática. Se entiende que constituyen mecanismos

²⁴ Para una versión extendida de los argumentos de este apartado, véase RAMÍREZ-LUDEÑA «The Meaning of “Literal Meaning”», *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 83-101. Resulta especialmente interesante que, aunque en el ámbito jurídico se asocie la interpretación literal con lo inmediato, lo no problemático, en filosofía del lenguaje con frecuencia se contraponga lo literal con lo que se comunica en contextos específicos, por lo que se ha llegado a cuestionar la accesibilidad de los hablantes al significado literal.

para modular el significado literal en casos que suscitan problemas por conducir a lecturas incompletas, poco precisas, inadecuadas, cuando no absurdas, de la normativa, discutiéndose la prioridad o el rol (si se entiende que lo tiene) de la interpretación literal en la interpretación y la aplicación del derecho.²⁵ Entonces, conferir un rol central a una noción tan controvertida como el tenor literal, añadiendo además expresiones como “el tenor literal *posible*”, no parece conducirnos demasiado lejos. ¿Cuál sería el tenor literal de “violencia”? ¿Y su tenor literal posible?

Pese a lo anterior, no es infrecuente en el ámbito jurídico considerar que el significado literal no es problemático. Creo que esto ocurre, en buena medida, porque se asume que el lenguaje es convencional-descriptivista y que, una vez que se introduce un término, su significado queda fijado de una vez y para siempre. A continuación, controvertiré ambos elementos.

De acuerdo con una visión intuitiva y extendida fuera y dentro del ámbito jurídico, asociamos colectivamente las palabras con descripciones y entonces referimos a los objetos que tienen las propiedades que han quedado recogidas en nuestras descripciones. Por ejemplo, *decidimos* o *aceptamos* que el término “violencia” tenga un significado concreto, y ello comporta dividir el mundo en dos, en función de si se satisfacen o no las propiedades relevantes. Los términos refieren a aquellos objetos que satisfacen las propiedades que hemos considerado relevantes y seremos competentes en el uso del término en la medida en que conozcamos las descripciones que integran el significado. Esta visión es intuitiva porque, por un lado, parece dar cuenta de cómo aprendemos y enseñamos a usar las palabras, sobre todo cuando estamos en presencia del objeto y, por otro lado, nos da una explicación clara de por qué los términos refieren a unos objetos, y no a otros. En el ámbito jurídico, resulta especialmente plausible entender que decidimos regular las distintas situaciones de un determinado modo, lo que supone que decidimos que ciertas situaciones con ciertas características lleven aparejadas unas concretas consecuencias jurídicas. Sin embargo, esa visión ha recibido numerosas críticas por parte de las nuevas teorías de la referencia, que han presentado un modelo alternativo al que me referiré brevemente a continuación.²⁶

Aunque enfatizan diferentes aspectos, puede sostenerse que los partidarios de las nuevas teorías de la referencia comparten una tesis negativa, que consiste en que los sujetos *no* necesitan, a efectos de referir, asociar los términos con un conjunto de descripciones definidas que identifican unívocamente y determinan el referente de los usos de las palabras. Así, no solo los individuos, sino también la comunidad en su conjunto, cuentan a menudo con descripciones pobres y/o equivocadas. No obstante, son capaces de referir. Esto no parece demasiado controvertido si pensamos en lo que ocurre en el caso de nombres propios como “Cleo”: hay individuos capaces de referir a Cleo pese a contar con descripciones como “la hija de Lorena”, que no permite seleccionar a un único individuo, y que nos podría conducir a un referente equivocado (por ejemplo, si hubo un cambio de bebés en el hospital al nacer). En este sentido, si bien es difícil negar que asociamos ciertas descripciones, connotaciones positivas y negativas, y otros elementos a los términos, estos no parecen explicar cómo y a qué referimos.

²⁵ En todo caso, es obvio que las apelaciones al propósito de la normativa (en ocasiones asociadas a las intenciones) o al contenido de otras partes de ella no están exentas de problemas y pueden conducir a soluciones diversas, lo que introduce nuevas dificultades.

²⁶ Sobre el carácter convencional-descriptivista del lenguaje del derecho y las nuevas teorías de la referencia en la versión que presentaré a continuación, véase RAMÍREZ-LUDEÑA, *Diferencias y deferencia*, 2015.

Pero, si no es a partir de descripciones, ¿cómo es que somos capaces de referir a objetos frecuentemente distantes en el tiempo y en el espacio? De acuerdo con esta visión alternativa, esto se explica por el hecho de que, en un primer momento, generalmente se produce un acto de ostensión en el que se establece que vamos a llamar con un determinado nombre a un determinado objeto. A partir de entonces, los sujetos aprenden a usar los términos porque forman parte de una cadena de comunicación, tomando prestado el término de otros sujetos, y estos de otros, hasta llegar a determinados sujetos que estuvieron presentes en el acto de ostensión inicial. De acuerdo con las nuevas teorías de la referencia, los sujetos refieren por su posición objetiva en la cadena de comunicación, sin que sean necesarias descripciones que seleccionen el objeto. Más complicado que el caso de nombres propios es explicar el encaje de los términos generales en este nuevo modelo. Siguiendo el ejemplo clásico de PUTNAM, imaginemos que el término “agua” fue introducido señalando ciertos ejemplares de la sustancia en un lago. Aquellos ejemplares iniciales cuentan como instancias paradigmáticas y, a partir de entonces, otros ejemplares son clasificados por su similitud con los casos paradigmáticos. Según los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, qué hace que un ejemplar sea agua y de qué depende la correcta aplicación del término “agua” puede no ser accesible a los sujetos. De hecho, tener la estructura molecular H_2O es lo que determina que algo sea o no agua y, por tanto, el dominio de aplicación del término “agua”, aunque el descubrimiento de la naturaleza del agua haya ocurrido tiempo después de que se usara el término. No obstante, ya antes éramos capaces de hablar del agua y se nos consideraba hablantes competentes, aunque no contábamos con información acerca de su estructura atómica.

Pese a las dificultades que podamos encontrar para extender los planteamientos anteriores a términos como “violencia”, lo que resulta claro es que la asunción del carácter convencional del lenguaje en los términos descriptivistas expresados anteriormente, que subyace a muchas apelaciones al tenor literal y que lleva a entenderlo como no problemático, debe ser abandonada.

b. La flexibilidad semántica

La asunción de que el significado queda fijado de una vez y para siempre puede también ser cuestionada si se advierte el carácter *flexible* de nuestro uso de numerosos términos. Parece poco discutible que el significado de una palabra (lo entendamos de forma convencionalista o conforme a las nuevas teorías de la referencia), en este caso del término “violencia”, determina su dominio de aplicación, es decir, a qué debe o no aplicarse. Pero lo anterior ha sido con frecuencia interpretado de un modo robusto. Se ha considerado que, cada vez que se introduce un término en el vocabulario de una lengua y se le otorga o adquiere un significado, su dominio de aplicación queda fijado. Es decir, que está determinado, para cualquier objeto pasado, presente o futuro, si es o no miembro de la extensión del término.²⁷ Esta lectura robusta puede cuestionarse a partir del siguiente experimento mental:²⁸ supongamos que Olympia es miembro de una comunidad que vive aislada en una isla en la que la clase de las aves y la clase de las cosas voladoras son coextensivas. En esa comunidad, usan el término “ave” para referirse a objetos de esas clases coextensivas, y tienen creencias como “solo las aves pueden volar” y “las aves son

²⁷ Esto no supone obviar que hay casos que plantean dudas, pero en general se entiende que, cuando se da una respuesta en los casos de vaguedad, se produce un cambio en el significado, algo que el reconocimiento de la flexibilidad nos lleva a cuestionar.

²⁸ Sobre este ejemplo, inspirado en el de Mark WILSON, véase MARTÍ/RAMÍREZ-LUDEÑA, «Tolerance, flexibility and the application of kind terms», *Synthese*, (198), 2021, pp. 2973–2986.

seres vivos”, que son verdaderas de las aves de la isla. Un día, Olympia observa por primera vez aviones en el cielo y los clasifica sin problemas como aves. Cuando después ve que un avión aterriza, se forma entonces la creencia de que no todas las aves son seres vivos. Asumamos que la práctica de aplicar “ave” a los aviones se termina instaurando en la comunidad. Pese a la falta de claridad inicial, derivada del hecho de que la comunidad asociaba diferentes creencias con el término, todos consideran que con “ave” siempre se han referido a cosas que vuelan, reconociendo que algunas de las creencias que anteriormente tenían sobre las aves (por ejemplo, que todas eran seres vivos) eran falsas. Supongamos, en cambio, que inicialmente Olympia hubiese visto aviones en tierra, sin advertir que podían volar. Podría entonces haberlos clasificado, también sin problemas, como no-aves. Y, si después los hubiese visto despegar, habría llegado a la conclusión de que no todas las cosas que vuelan son aves. Si asumimos que esa otra práctica se extiende en la comunidad, probablemente también pensarían que con “ave” siempre se habían referido a las aves, reconociendo que algunas de sus creencias previas (como que solo las aves podían volar) eran falsas. En ninguno de los dos escenarios los miembros de la comunidad se ven a sí mismos como habiendo cambiado el significado de “ave”, sino que entienden que su uso actual se deriva *naturalmente* de su uso anterior.

Ello muestra que no parece estar fijado desde el comienzo si los aviones están o no en la extensión de “ave”, lo que desafía la versión robusta del principio según el cual el significado determina la extensión. Ciertos hechos accidentales sobre cómo se encontraron con los aviones por primera vez tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias de la comunidad. Y parece equivocado hablar entonces de un cambio en el significado, ya que las dos opciones (incluir o excluir los aviones) son vistas como consistentes con el modo en que se usaba el término por la comunidad. Esto sugiere que la semántica de algunos términos es flexible en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la cuestión de si clasificar un objeto bajo la extensión del término, puede haber más de un curso de acción abierto que parezca compatible con el significado del término, más de un curso de acción que sea una continuación del uso anterior. Entonces, la cuestión de la flexibilidad se da cuando hay una práctica consistente y continua de aplicación de un término a un cierto dominio, y entonces surge la pregunta de si el término se aplica a un objeto o muestra que, de alguna manera, es similar a, y de alguna otra forma, diferente de, los miembros de la extensión. Si la semántica del término es flexible, la opción de incluir o excluir los nuevos objetos en la extensión es igualmente consistente con el uso anterior. Para un término inflexible, en cambio, los criterios son estrictos y no surgen dudas sobre la extensión. Que la semántica de un término sea o no flexible depende de muchos factores, incluyendo las intenciones e intereses de los hablantes, y lo que pueda estar en juego a efectos de mantener fija la extensión. Por otro lado, admitir flexibilidad semántica nos lleva a preguntarnos qué hace que la historia del uso de un término flexible vaya de una forma u otra. Muchos y variados factores pueden tener incidencia: consideraciones económicas, la presión social, cuestiones morales, o ciertas decisiones jurisprudenciales, entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, no tenemos por qué asumir que, dado que se han incluido nuevos supuestos en la extensión de “violencia”, derivados, por ejemplo, del uso de nuevas tecnologías, se está cambiando (o proponiendo un cambio en) el significado del término por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

c. *La analogía*

En cuanto a la analogía, supone que ampliamos el ámbito de aplicación del término a casos no incluidos, aunque semejantes. Sin embargo, hay que tener presente que tal caracterización ya parte de una interpretación específica de la disposición que, como hemos visto con anterioridad, no es pacífica. Por ejemplo, ¿qué ocurre si entendemos que el criterio sistemático es relevante a nivel interpretativo para dar cuenta del significado literal? Dado que en otras partes del código se distingue la violencia de la intimidación y de la fuerza en las cosas, puede decirse que los casos de conductas en principio coactivas pero con intimidación constituyen una laguna normativa y, por tanto, que incluirlos conlleva una extensión por analogía que excede los límites de la interpretación permitida. En cambio, si se apela a consideraciones relativas al uso ordinario de los términos o al bien jurídico protegido, puede llegarse a sostener que la extensión a casos de intimidación por la jurisprudencia forma parte del tenor literal posible, y que no se trata de un caso de analogía prohibida. En definitiva, podemos ver los casos como interpretación o creación de nuevo derecho en función del instrumento interpretativo que empleemos en primer lugar.²⁹

d. *La irrelevancia de la violencia y la ausencia de motivación*

Por todo lo anterior, aquellas caracterizaciones del principio de legalidad que ponen el énfasis en cuestiones como el tenor literal posible o la prohibición de la analogía parecen adoptar una visión idealizada sobre cómo opera el lenguaje, estableciendo distinciones tajantes que difícilmente pueden sostenerse. ¿Supone esto que no puede afirmarse que el TS ha vulnerado el principio de legalidad? Ya vimos que, de acuerdo con lo señalado por el TC, lo decisivo es si la decisión se sirve de pautas extravagantes y resulta manifiestamente irrazonable, lo que no parece ocurrir en este caso. No obstante, creo que sí que puede sostenerse la vulneración del principio de legalidad en la sentencia objeto de análisis ya que, como hemos visto, en la fundamentación del TS la violencia se torna en buena medida irrelevante. De este modo, entre los elementos del tipo legal figura la violencia, con respecto a la cual cabe distinguir una dimensión cualitativa (¿qué clases de medios pueden ser constitutivos de violencia?) y una cuantitativa (¿qué cantidad de violencia es relevante?).³⁰ Ninguno de los dos elementos es analizado por el Tribunal, que se limita a sostener que concurren las coacciones graves por afectarse derechos fundamentales, afirmando, sin argumentarlo, que hay violencia *in rebus*. Generalmente, se distinguen las lagunas normativas, en que se identifica un caso no regulado (a las que he hecho referencia en el apartado anterior), de las axiológicas, en que se invoca una propiedad que se considera relevante pero que el legislador no ha tenido en cuenta.³¹ Pues bien, aquí lo que ocurre es justamente lo contrario, ya que se considera que una propiedad tenida en cuenta por el legislador, como es la violencia, es en realidad irrelevante: la conducta será delictiva si se produce el resultado coactivo, haya o no haya violencia.

Convertir en irrelevante una propiedad que sí lo era, ampliando los casos en que se aplica el delito de coacciones, supone prescindir por completo de los instrumentos interpretativos vigentes en la comunidad jurídica con respecto al término “violencia”. Es decir, no es que lleve a cabo una interpretación -con la que podemos estar más o menos de acuerdo- de entre las que

²⁹ Sobre estas cuestiones, véase RAMÍREZ-LUDEÑA, *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 83-101.

³⁰ MIR PUIG, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (30-2), 1997, pp. 274 ss.

³¹ Sobre los diferentes tipos de lagunas, véase ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1975.

pueden admitirse en la comunidad jurídica, especialmente para los llamados “casos difíciles”, sino que no se lleva a cabo una interpretación del término en absoluto. Al actuar de este modo, el TS está haciendo que el mandato de taxatividad pierda todo sentido, porque en realidad puede decirse que las palabras del Código (sean más o menos precisas) se tornan irrelevantes. En este sentido, si prescindir por completo del significado del término no supone ir más allá de su tenor literal posible, no termina de verse cuándo puede darse tal circunstancia. Creo que la lectura anterior es necesaria si se quiere dar sentido al principio de legalidad penal, lo que parece desprenderse del modo en que está contemplado en la normativa y del rol que le confieren los operadores jurídicos. En cambio, una lectura que solo nos lleve a excluir casos extravagantes (¿en los que el juez lanza una moneda al aire, o invoca una novela para resolver el caso?) no supone preservar las exigencias ni los valores que subyacen al principio.

Otro elemento a tener en cuenta tiene que ver con la relación existente entre la motivación de las decisiones judiciales y el principio de legalidad. La ausencia de toda motivación con respecto a la extensión de la violencia en este caso, esto es, que no se explicita el razonamiento interpretativo llevado a cabo, priva de las funciones que satisface dicha motivación, tanto por lo que respecta a aquellos inmersos en el procedimiento como a la sociedad en general.³² Así, los sujetos inmersos en el procedimiento no pueden conocer las razones tras la decisión, por lo que difícilmente puede decirse que se basa en derecho preexistente, elaborado por el legislador. Pero, además, ello impide que puedan recurrir fácilmente, disputando los motivos considerados por los tribunales inferiores. Por otro lado, se priva al común de la población del conocimiento de la argumentación, lo que tiene incidencia en términos de confianza en el sistema. Finalmente, no hay que olvidar la función unificadora de los buenos argumentos: si una decisión está bien fundamentada, difícilmente se podrán dar decisiones discrepantes que planteen una solución diferente, por lo que también habrá una tendencia al trato igual y un incremento en la previsibilidad.

Si repasamos brevemente las funciones que suelen señalarse como relevantes con respecto al principio de legalidad, vemos que la actuación del TS plantea muchos problemas. Y ello, como ya señalé, sin necesidad de comprometernos con una concepción específica acerca del principio.

Por lo que respecta a la previsibilidad subjetiva, si adoptamos una lectura plausible según la cual los individuos pueden llegar a conocer las normas, por medios formales e informales, parecería que una extensión de este tipo afectaría dicha previsibilidad, porque no es común considerar que el hecho de borrar unas fotos y unos e-mails es constitutivo de violencia. Y considero que, aunque es cierto que existe una progresiva deriva jurisprudencial hacia la extensión del tipo de coacciones, esto no hace más previsible el caso que nos ocupa, puesto que lo que importa centralmente es que se aleja de lo que, desde los distintos instrumentos interpretativos, puede considerarse como violento. Es decir, se aleja de lo que debe hacer el juez conforme al derecho vigente, aunque puedan conocerse otros factores que lo lleven en otra dirección. En cuanto a los efectos político-criminales, podría señalarse que esta lectura amplia supone que los individuos teman verse afectados y, por lo tanto, limiten sus actuaciones violentas. No obstante, creo que el hecho de que toda conducta con efectos coactivos sea considerada violenta, tiene el efecto inverso: las formas más graves de violencia pueden llegar a ser asimiladas a formas más leves,

³² Sobre las funciones endógenas y exógenas de la motivación, véase TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, 2006.

llevando la problemática a una cuestión de proporcionalidad de la reacción violenta, con el peligro de trivializar completamente la exigencia y de que se promuevan las conductas más graves.

En cuanto a la limitación del poder y a impedir la arbitrariedad rigiéndonos por normas previas a los hechos delictivos, parece claro que la ausencia de argumentos y la ampliación del tipo, aumentando la capacidad de castigar sin que el legislador haya variado la normativa, ponen de manifiesto una afectación de esos fundamentos y hacen peligrar la confianza en el sistema. Difícilmente puede considerarse, si es posible tratar como irrelevantes propiedades que el legislador ha considerado relevantes, y sin fundamentación, que el juez está sujeto a la ley.

Del mismo modo, se están viendo afectados la separación de poderes y el principio democrático, ya que esta ampliación, hasta convertir en irrelevante un requisito, es llevada a cabo por un órgano sin una legitimidad democrática directa. No creo que el principio de separación de poderes implique una irreal separación radical entre el poder legislativo y el judicial, pero sí una distribución ordenada, que no se produce al convertir en irrelevante una propiedad que lo es: el TS no está aplicando derecho preexistente, sino creando una norma general para decidir el caso, en que la propiedad de la violencia es irrelevante. Y ello hace que pierda sentido no solo el modo en que está redactado el tipo, sino también otros tipos, y que haya problemas de delimitación con otros delitos. El legislador, en cambio, es un órgano con mayor legitimidad, que puede reflejar el pluralismo existente, tiene mayores recursos y más tiempo, y no se ve afectado por el caso concreto.

Finalmente, una lectura tan amplia generará problemas de sobre inclusión y un ingente margen de decisión, lo que puede generar problemas de imparcialidad y de desigualdad en la aplicación.

Podría señalarse que, precisamente por ser una decisión del pleno del TS, la sentencia será fácilmente accesible y tendrá un impacto en las decisiones posteriores, con lo que podrá preverse la interpretación del tipo para casos ulteriores. En todo caso, no hay que olvidar que la decisión supone todos los problemas anteriormente señalados con respecto a los primeros casos que se deciden, en que todavía no se ha consolidado una jurisprudencia en una sola dirección.³³ Por lo que respecta a los casos posteriores, una vez se haya producido esa consolidación, es importante advertir que hay que evaluar la sentencia del TS con respecto a su ausencia, en un contexto en que los tribunales inferiores están llevando a cabo estas interpretaciones amplias. Esto hace que en principio sea preferible, en términos de consolidar una lectura, que el Tribunal intervenga a que no lo haga. Pese a lo anterior, creo que la concreta actuación del TS, haciendo irrelevante el requisito y sin una argumentación detallada, supone en realidad una oportunidad perdida de delimitación. Los amplios márgenes de decisión derivados de centrar la cuestión en si se produce o no un resultado coactivo comportan que otros jueces puedan resolver de un modo diferente, no se impide que pueda haber giros jurisprudenciales también del TS y, además, pueden no

³³ Por ello, se proponen soluciones como el error de prohibición y que la decisión jurisprudencial novedosa tenga solo efectos prospectivos. Véase, por ejemplo, FERRERES, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002, pp. 186 ss.; RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2003, pp. 244 ss.

generarse incentivos para que sea el legislador quien, de modo claro y con efectos generales, se pronuncie.³⁴

Con frecuencia se sostienen visiones críticas con el TC y el TS, similares a la aquí expuesta, señalándose que se trata de articulaciones *de lege ferenda*. Aquí, sin embargo, no he querido centrarme en elaborar del mejor modo el principio de legalidad y hacer afirmaciones sobre cómo deberían ser las cosas. Lo que he enfatizado, en cambio, es que una lectura adecuada del principio, que dé sentido a su inserción legal y constitucional, y al rol que le confieren los operadores jurídicos, supone entender que el TS vulnera el principio en este caso. Y que el criterio para entender cuándo se produce una vulneración del principio, establecido por el TC, está entonces equivocado. Porque, si admitimos con HART que una cosa es que una decisión sea definitiva y otra cosa es que sea infalible, y entendemos que el derecho tiene que ver con reglas preexistentes y no es el juego del arbitrio del juzgador, los altos tribunales también pueden equivocarse.³⁵

³⁴ EZQUIAGA GANUZAS, «Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley», MALEM/OROZCO/VÁZQUEZ (comps.) *La función judicial*, 2003, pp. 39-55.

³⁵ HART, *The Concept of Law*, 1961.