

1.2024

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

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès\*

# InDret

¿Imputación objetiva como objeto del dolo? Reflexiones con motivo de la sentencia del BGH sobre el escándalo de los trasplantes de Göttingen (BGHSt 62, 224), por LuíS GRECO.

¿Comparar peras con manzanas? Sobre la naturaleza del recargo como sanción administrativa y sus efectos ante la doble desvaloración punitiva en el proceso penal de menores. Comentario a la STC 2/2023, de 6 de febrero, por David CARPIO BRIZ.

Creación de situaciones de pánico y resultados lesivos. Comentario a la STS 834/2023, de 15 de noviembre, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

Consumación e imputación subjetiva como doble límite a las amenazas proferidas a través de terceros. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 179/2023, de 14 de marzo, por Álvaro DE JUAN GARCÍA.

-

---

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

## ¿Imputación objetiva como objeto del dolo?

### *Reflexiones con motivo de la sentencia del BGH sobre el escándalo de los trasplantes en Göttingen (BGHSt 62, 223)\**

Prof. Dr. Luís Greco, LL.M.  
Humboldt Universität zu Berlin

El espectacular triunfo de la doctrina de la imputación objetiva –la cual logró imponerse en casi todas las exposiciones autorizadas de la Parte General del Derecho penal dentro de una generación de juristas–<sup>1</sup> debe a Jürgen WOLTER una contribución decisiva, no sólo a través de un sinnúmero de ensayos, sino también por motivo de su escrito de habilitación «Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem (*Imputación objetiva y personal de la conducta, el peligro y la lesión en un sistema funcional del delito*)» (1981)<sup>2</sup>. En su esperada decisión sobre el escándalo de los trasplantes en

\* Título original: Greco, «Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationsskandal (BGHSt 62, 223)», *GA*, (9), 2018, pp. 539-548. Traducción por Mauro Roccasalvo (mauro.roccasalvo@gmail.com), doctorando por la Universidad Pompeu Fabra y ex becario DAAD 2022. Sirva esta traducción como gesto de admiración al autor y en agradecimiento por las estancias que me ha permitido realizar en su Lehrstuhl de la Universität Humboldt zu Berlin. También así por sus sinceras observaciones a mi investigación doctoral.

<sup>1</sup> Esta historia de éxito (incluida la prehistoria) ha sido trazada por SCHROEDER, *FS-Androulakis*, 2003, pp. 651 ss. (también en EL MISMO, *Der Blitz als Mordinstrument*, 2009, pp. 39 ss.); HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 2004, *passim*; GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2017, pp. 63 ss. Sobre esta última obra, véase la reseña de SCHROEDER, *GA*, 2018, pp. 549 ss.; también GRECO, en ROXIN, *Funktionalismus e imputação objetiva no direito penal*, 2002, pp. 1 ss. (10 ss., 57 ss., 115 ss.).

<sup>2</sup> WOLTER, «Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung. Zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZStW*, (89), 1977, p. 649; EL MISMO, «Konkrete Erfolgsgefahr und konkreter Gefahrerfolg im Strafrecht», *JuS*, 1978, p. 748; EL MISMO, «Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt», *GA*, 1977, p. 257; EL MISMO, «Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte», *JuS*, 1978, p. 168; EL MISMO, «Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld. Zugleich ein Beitrag zum »Strafgrund der Vollendung«, *FS Lefferenz*, 1983, p. 545; EL MISMO, «Der »unmittelbare« Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», *GA*, 1984, p. 443; EL MISMO, «Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiver Strafbarkeitsbedingung», en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 103; EL MISMO, «Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs», *GA*, 1991, p. 531; EL MISMO, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem. Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt», en EL MISMO (ed.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, p. 269; EL MISMO, «Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum »Risikoprinzip« von Claus Roxin und zur Wesentlichkeit von Kausalabweichungen», en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 3; EL MISMO, «Objektiv zurechenbares Fehlverhalten und »vorhersehbarer Fehlgebrauch« Dritter im Kern- und Nebenstrafrecht», *FS Schroeder*, 2006, p. 431; EL MISMO, «Zum umgekehrten dolus generalis. Subjektive Zurechnung eines beendeten (tauglichen) Versuchs bei objektiver Zurechnung der Vollendung», *GA*, 2006, p. 406.

Göttingen, el *BGH* hizo caso omiso de una idea central de esta obra: que la relación causal y de realización del riesgo es una instancia de imputación «puramente objetiva» (por oposición a la «personal»), de modo que el dolo no tiene que referirse a ella. El 75º aniversario de Jürgen WOLTER nos ofrece, por tanto, una buena ocasión para recordar esta idea aparentemente olvidada. Tras una breve presentación de la jurisprudencia (infra I.), se distinguen dos versiones de la tesis del *BGH* (II.) y se someten a un examen crítico (III., IV.).

## 1. La imputación objetiva como objeto del dolo en BGHSt 62, 223 (el escándalo de los trasplantes en Göttingen) así como en la jurisprudencia precedente

Me limitaré a una descripción superficial y sencilla de unos hechos extremadamente complejos<sup>5</sup>. Mediante la manipulación de los valores de medición decisivos para la asignación de plazas, un médico consiguió que algunos de sus pacientes obtuvieran un mejor puesto en la lista de espera para recibir un riñón. El punto en cuestión era si aquel médico no debía ser acaso castigado por (al menos una tentativa de) homicidio respecto de los restantes pacientes que permaneciendo aún en lista de espera posiblemente fallecieron. De inicio el *BGH* rechaza la causalidad del comportamiento del médico para con los resultados: en vista de las múltiples complicaciones asociadas al trasplante de órganos, no sería seguro que los restantes pacientes hubiesen vivido más tiempo<sup>4</sup>. La relación entre el comportamiento defectuoso (que el *BGH* considera una omisión<sup>5</sup>) y el resultado no estaría presente, toda vez que no sería posible asumir con una probabilidad rayana a la certeza que el resultado no hubiese tenido lugar.

Ya este primer paso argumentativo, que excluye tanto la posibilidad de castigo por un delito de resultado imprudente como por un delito doloso consumado, puede sin dudas ser cuestionado<sup>6</sup>. Pero ello solo será objeto de nuestro interés de modo marginal, a fin de no nublar la vista sobre lo esencial, a saber, el siguiente paso de la argumentación: dado que las complicaciones mencionadas eran conocidas por el médico, el *BGH* considera que «estas circunstancias deben ser incluidas al analizar la resolución al hecho en el marco de la comprobación de la tentativa»<sup>7</sup>. La consecuencia de este segundo paso es que, a falta de resolución al hecho, es decir, del elemento cognitivo del dolo, ya ni siquiera es posible un castigo por tentativa.

En verdad, con esta tesis el *BGH* no ha «abierto nuevos horizontes»<sup>8</sup>, sino adoptado una perspectiva ya defendida en la literatura especializada sobre el escándalo de Göttingen<sup>9</sup> y que tiene un conocido precedente: el denominado «caso del lanzamiento desde la ventana»<sup>10</sup>, al que

---

<sup>5</sup> Compárese la (por mucho no tan) breve exposición de los hechos en BGHSt 62, 223 (224 ss., nm. 3 ss.).

<sup>4</sup> BGHSt 62, 223 (239 ss., nm. 47 ss.). Mi exposición hace caso omiso de la circunstancia de que el *BGH* aborda ya esta cuestión en el marco de su análisis sobre la resolución a cometer el hecho.

<sup>5</sup> BGHSt 62, 223 (241 s., nm. 53).

<sup>6</sup> Cf. especialmente más adelante en n. 70.

<sup>7</sup> BGHSt 62, 223 (242, nm. 55).

<sup>8</sup> Así, no obstante, ROSENAU/H. LORENZ, *JR*, 2018, p. 180.

<sup>9</sup> BÜLTE, *StV*, 2013, p. 753; KUDLICH, *NJW*, 2013, pp. 918 s.; JÄGER, en KUDLICH/JÄGER/MONTIEL (ed.), *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts*, 2017, pp. 11, 26 s.; así también, LG Göttingen, 6 Ks 4/13, citado según *Juris*, nm. 2158 ss.

<sup>10</sup> BGH *JZ*, 1973, p. 173.

expresamente remite<sup>11</sup>. Este caso de los años 70 tuvo como objeto una situación trágica: durante el incendio de una vivienda, por miedo a que resultaran heridos o murieran en la caída, un padre no pudo decidirse a arrojar por la ventana a sus hijos que se encontraban en el ático. Los niños murieron quemados. A pesar de afirmar la causalidad, el *BGH* negó el dolo eventual del padre, pues no habría tenido por seguro que el resultado de muerte hubiese sido evitado incluso en caso de haber actuado. «También en este supuesto el autor de la omisión debe ser consciente de que la acción que se espera de él, con una probabilidad rayana a la certeza, evitará el resultado jurídico-penal».

Sin embargo, lo que llama la atención en *BGHSt 62, 223* no es tanto la referencia a la sentencia del lanzamiento desde la ventana, sino que el *BGH*, en primer lugar, omita tratar el rechazo casi unánime que esta decisión ha generado<sup>12</sup> y, en segundo lugar, no cite las respectivas sentencias contrarias que dejan aquel caso como un intrascendente supuesto excepcional<sup>13</sup>. En relación a esto último, nombraré tres<sup>14</sup>.

La primera decisión no abordada es el conocido *caso Wittig*, en *BGHSt 32, 367*. Un médico encontró inconsciente a su paciente, una viuda de 76 años, que en plena posesión de sus facultades mentales decidió despedirse de su penosa vida; causa de ello fue la ingesta de una sobredosis de morfina con la intención de suicidarse. El médico respetó la voluntad de su paciente y no emprendió tentativa alguna de salvamento. En vista de que aquél no estaba seguro de si las medidas de auxilio podrían haber evitado el resultado de muerte, el *BGH* consideró solo un castigo por tentativa (370).

En segundo lugar, cabe recordar la sentencia *BGH StV 1985, 229*<sup>15</sup>: un marido abandonó el apartamento luego de haber maltratado a su mujer poniendo en peligro su vida; la mujer falleció. Dado que, a la vista de la gravedad de las lesiones, no estaba claro si los esfuerzos de salvamento habrían sido exitosos, el *BGH* consideró sólo posible una sanción por tentativa. No se observa indicio alguno de que esto pudiera ser diferente si el marido reconociese la actualidad de la situación.

Por otra parte, el Senado hace caso omiso de la sentencia *BGH NStZ 2000, 414*<sup>16</sup>: en un primer momento y en legítima defensa, mediante estocadas con un cuchillo el autor había herido con peligro para la vida a quien sería la posterior víctima, sometiéndola a su control; tras ello, le asestó cuatro estocadas más en las piernas. No habiendo buscado ayuda médica, la víctima murió desangrada. Debido a las insuficientes comprobaciones del tribunal de juicio, el *BGH* construyó aquí su argumentación con base en escenarios hipotéticos: suponiendo que las estocadas en las

---

<sup>11</sup> *BGHSt 62, 223* (242, nm. 55); la sentencia *BGH NStZ, 2007*, p. 469 («probablemente también») co-citada de forma precautoria, no resulta de utilidad para el dolo.

<sup>12</sup> ENGLÄNDER, *JuS*, 2001, p. 961; HERZBERG, *MDR*, 1971, p. 883; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1993, § 29/82, n. 168; SPENDEL, *JZ*, 1973, p. 142; ULSENHEIMER, *JuS*, 1972, p. 253 (aunque en los resultados negando el elemento volitivo del dolo).

<sup>13</sup> Justificada crítica a la práctica de citado del Senado en HOVEN, *NStZ*, 2017, p. 708; RISSING-VAN SAAN/VERREL, *NStZ*, 2017, p. 65.

<sup>14</sup> Recordando otras decisiones, HOVEN, *NStZ*, 2017, p. 708; KUDLICH/HOVEN, *FS Rogall*, 2018, pp. 211 ss.

<sup>15</sup> Con comentario de SCHÜNEMANN, *BGH StV*, 1985, p. 229.

<sup>16</sup> Al respecto, ENGLÄNDER, *JuS*, 2001, p. 958 (quien acertadamente señala la contradicción con el caso del lanzamiento desde la ventana, p. 960).

piernas fuesen peligrosas para la vida, habría de considerarse la punibilidad de un homicidio por omisión. En el caso, el *BGH* no imputa el resultado de muerte al autor, porque no resultaba claro si una atención médica inmediata hubiese llevado a la evitación del resultado. Sin embargo, no duda de la punibilidad por tentativa: «sólo una acción de salvamento previsible con certeza como infructuosa hace decaer el deber de actuar». También en el delito de omisión, la tentativa inidónea resulta punible<sup>17</sup>.

Quizá haya una razón, o más exactamente un motivo, para la ausencia de estas últimas decisiones en la sentencia sobre la donación de órganos. Pues el viejo caso del lanzamiento desde la ventana y el nuevo caso de Göttingen se encuentran unidos por una cierta tragedia: en ambos, la voluntad del autor estaba dirigida a que un determinado mal no acaeciera; algo que claramente no sucede en el caso de las estocadas en las piernas y -más aún- en el del marido maltratador. En el caso Wittig, se halló una «solución» en la decisión a conciencia del médico<sup>18</sup>. La cuestión, sin embargo, es si esta indulgencia, comprensible a la vista de lo trágico de los casos, no fue acaso lo que entorpeció la «fría» consecuencia dogmática. Antes de que ello pueda ser aclarado, resultan necesarias algunas precisiones.

## 2. Precisiones

Vista con mayor detenimiento, la tesis que subyace a la reciente sentencia -así como al caso del lanzamiento desde la ventana- puede ser defendida en tres diferentes versiones. La primera es *general*: el dolo (es decir, la resolución al hecho) debe referirse a la denominada relación de realización del peligro o de contrariedad a deber, y esto rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos. La segunda es una versión limitada: *sólo en los delitos omisivos* debe referirse el dolo a tal relación. Esta interpretación se ve respaldada, por un lado, porque en el caso del (no ejecutado) lanzamiento desde la ventana se trata clara e indiscutiblemente de una omisión y, por el otro, porque en el caso de los trasplantes el *BGH* también asume una omisión<sup>19</sup>, aunque esto ciertamente podría discutirse<sup>20</sup>. En tercer lugar, cabría asignar a la tesis otro ámbito de aplicación restringido, a saber, el de la *interrupción de cursos causales salvadores*. No fue así en el caso del lanzamiento desde la ventana, pero sí en el de los trasplantes<sup>21</sup>. Dado que la segunda y tercera versión de la tesis tienen por objeto una constelación de supuestos en que el análisis de la causalidad y la imputación siguen las mismas reglas<sup>22</sup>, ambas serán examinadas de forma conjunta.

Es importante también subrayar que las dos o tres interpretaciones a analizar son *independientes* de la cuestión del *concreto contenido de la relación de contrariedad a deber*. Como es sabido, se discute si, siguiendo a la jurisprudencia, ha de exigirse una conducta conforme a cuidado que hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana a la certeza (la denominada teoría de

---

<sup>17</sup> *BGH NStZ*, 2000, p. 415.

<sup>18</sup> *BGHSt* 32, 367 (380 s.); entretanto, con una mejor solución, *LG Hamburg NStZ*, 2018, p. 281; al respecto también *ROXIN, GA*, (9), 2018, p. 494 ss.; véase a su vez *LG Berlin NStZ-RR*, 2018, p. 246.

<sup>19</sup> Cf. *supra* n. 5.

<sup>20</sup> De modo convincente contra su clasificación como una omisión, *AST, HRRS*, 2017, p. 504 s..

<sup>21</sup> *ROSENAU, FS Schünemann*, 2014, pp. 694 s.; *AST, HRRS*, 2017, pp. 502 ss.

<sup>22</sup> Véase también *BGHSt* 62, 223 (242, nm. 53), donde el *BGH* podría incluso haber dejado abierta la cuestión de la delimitación entre acción y omisión.

la evitabilidad), o por el contrario basta con una conducta conforme a cuidado que reduzca el riesgo (la denominada teoría del incremento del riesgo)<sup>23</sup>. Es cierto que los representantes de la teoría del incremento del riesgo han repetidamente objetado que la opinión contraria tendría la (inaceptable) consecuencia de erigir la evitabilidad del resultado como objeto del dolo<sup>24</sup>. Sin embargo, esto no es correcto<sup>25</sup>: en términos teóricos, también como representante de la teoría del incremento del riesgo podría exigirse un dolo referido al aumento del riesgo, el cual constituiría aquí la totalidad del contenido de la relación de contrariedad a deber. Aunque suscribo sin reservas la firme toma de posición del homenajeadado en favor de la teoría del incremento del riesgo<sup>26</sup>, aquí solo se discuten las dos (o tres) afirmaciones mencionadas, que se sitúan en un plano lógico diferente.

### 3. ¿La relación de contrariedad a deber como objeto genérico del dolo?

1. La primera interpretación concebible de la tesis que subyace a la sentencia del escándalo de los trasplantes (y a la del lanzamiento desde la ventana) es, como se explicara en el apartado II, una interpretación general, según la cual no cabe distinguir entre delitos comisivos y omisivos. En consecuencia, en todos los delitos (de resultado de lesión) cabría exigir que la relación de contrariedad a deber quede abarcada por el dolo. ¿Qué puede decirse de esta tesis?

2. ¡No demasiado! *Prima facie* parece tener cierta plausibilidad: si, conforme la definición habitual, el dolo supone el conocimiento (y la voluntad) de realización del tipo objetivo, y la relación de contrariedad a deber pertenece al tipo objetivo, resulta entonces imperioso hacer extensivo el dolo a tal relación. Incluso podría concederse que conclusión consagra aquello mandado por ley: según el § 16 I 1 StGB, actúa sin dolo quien «desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal». Pero esta apariencia resulta engañosa, tal como en detalle y ante todo han expuesto el homenajeadado (ya en 1981)<sup>27</sup> y FRISCH (en 1983)<sup>28</sup>, aunque con moderada resonancia<sup>29</sup>. Ello es así por varias -yo diría que, de hecho, cinco- razones<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> Exponiendo el debate con más referencias, véase ROXIN, *Strafrecht AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 nm. 88 ss.

<sup>24</sup> STRATENWERTH, *FS Gallas*, 1973, p. 239); EL MISMO, *Strafrecht AT*, 4ª ed., 2000, § 13 nm. 55 (expresamente corregido desde la 5ª ed. en coautoría con KUHLEN, entre otras cosas con referencia a BGH *NStZ*, 2000, p. 414); BRAMMSEN, *MDR*, 1989, p. 125.

<sup>25</sup> PUPPE, *ZStW*, (95), 1983, p. 303; SCHÜNEMANN, *StV*, 1985, 232; ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, § 31 nm. 48.

<sup>26</sup> Cf. ya WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 32 ss., 334 ss., así como sus numerosas contribuciones citadas *supra* en n. 2; en cuanto a mi propia posición, GRECO, *ZIS*, 2011, pp. 675 ss.

<sup>27</sup> WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 48 ss.; EL MISMO, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 110; EL MISMO, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 9.

<sup>28</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 65 ss., 68 s., 94 ss., 115 ss.

<sup>29</sup> RUDOLPHI, *SK-StGB*, 7ª ed., 2002, § 16 nm. 38; FREUND, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 2009, § 7 nm. 41; HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, § 16 nm. 15.

<sup>30</sup> Es cierto que, ante todo, estos autores se esforzaron por demostrar que el dolo no habría de referirse al resultado. Sin embargo, parte de esta premisa fue también que el dolo ya no puede abarcar todo aquello que pertenece al denominado «desvalor de resultado», esto es, aquello no perteneciente a la creación no permitida de un peligro (en el sentido de ROXIN y WOLTER) o al comportamiento conforme al tipo (en el sentido de FRISCH). Y claramente la relación de contrariedad a deber no es un problema de creación del peligro, o sea, de comportamiento conforme al tipo, sino de realización del peligro, es decir, del desvalor del resultado.

a) Si bien a mayor detalle no resulta del todo convincente, un primer argumento al que recurre WOLTER permite allanar el camino hacia la primera de nuestras cinco razones. Al remitir a la tentativa, WOLTER<sup>31</sup> nos recuerda que su punibilidad se mantiene aun cuando el dolo desaparezca después del acto, pero antes de la consumación. Esto queda especialmente claro en los casos de desistimiento malogrado. Sin embargo, el argumento sólo demuestra que el dolo debe concurrir al momento de la conducta (y hasta el acabamiento de la tentativa<sup>32</sup>), pero nada dice sobre el contenido del dolo en sí mismo.

b) El argumento tiene, no obstante, un doble alcance. Por un lado, como se ha mencionado, contiene un indicio acerca del momento del dolo (simultáneo al comportamiento conforme al tipo) y, por lo tanto, también una primera y adecuada razón por la que el dolo no puede extenderse al resultado y, en consecuencia, tanto menos a la relación causal y de contrariedad a deber. En realidad, se trata de una *obviedad de carácter temporal*: el resultado se sitúa en el futuro, el dolo en el presente; por tanto, el objeto del dolo nunca puede ser el resultado, sino, en el mejor de los casos, su posibilidad. Con otras palabras: un peligro, más exactamente aún, la peligrosidad del propio comportamiento<sup>33</sup>. «Nadie exige el conocimiento del autor `de que ha ocurrido un determinado resultado»<sup>34</sup>.

Esta obviedad también puede expresarse de otro modo. Dicha en el lenguaje de la teoría del injusto: la imputación del resultado se juzga desde una perspectiva *ex post*, la creación del riesgo y el dolo desde una perspectiva *ex ante*<sup>35</sup>; de manera que un dolo referido al resultado y a la relación causal, así como a la relación de imputación, es algo imposible. Y la misma idea se formula en el lenguaje de la teoría de las normas cuando se expresa que la imputación del resultado es una categoría de la norma de sanción, mientras que el dolo, por el contrario, es una categoría de la norma de conducta<sup>36</sup>.

c) A su vez, el argumento de la tentativa acabada ofrecido por WOLTER dirige la mirada hacia la ratio del castigo doloso; de este modo, puede *desarrollarse como un argumento funcional-teleológico*<sup>37</sup>. Si se ve la ratio del castigo doloso en el dominio conferido por el conocimiento<sup>38</sup>, es obvio que, como máximo, tal dominio solo puede extenderse tanto como el autor tenga el hecho en sus manos, es decir, hasta la tentativa acabada. Un dominio no puede referirse al futuro. Sin embargo, cabe admitir que este argumento, debido a sus controvertidas bases<sup>39</sup>, tiene una fuerza

<sup>31</sup> WOLTER, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 110; EL MISMO, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 10.

<sup>32</sup> WOLTER, *ZStW*, (89), 1977, p. 653.

<sup>33</sup> Que el dolo no se refiere al resultado, sino a un resultado futuro, o sea, posible, lo admite incluso un crítico como KÜPER, *GA*, 1987, p. 503, quien sólo discute la relevancia de esta afirmación. Que ella es relevante, queda demostrado en BGHSt 62, 223.

<sup>34</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 57.

<sup>35</sup> WOLTER, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 10; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 76 ss.

<sup>36</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 59 ss.

<sup>37</sup> Este argumento lo desarrolla detalladamente FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 94 ss.

<sup>38</sup> SCHÜNEMANN, *FS Hirsch*, 1999, p. 363 (371); GRECO, en SILVA DIAS *et ales* (ed.), *Liber Amicorum de Jose de Sousa e Brito, Coimbra*, 2009, p. 885 (891 s.).

<sup>39</sup> Detalladamente acerca de esta discusión sobre la ratio del castigo doloso, STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 406 ss.

persuasiva más limitada en comparación con los restantes tres argumentos que llegan a presuponer menos.

d) El tercero es un argumento a fortiori (*Erst-recht-Schluss*), que remite a la *figura de la desviación del curso causal* y nos recuerda que su mera existencia provee una prueba de que el dolo no puede abarcar todos los elementos del tipo objetivo<sup>40</sup>. Independientemente de la cuestión ulterior de si en realidad no se trata acaso de un exclusivo problema de imputación objetiva<sup>41</sup>, la razón principal por la que existe esta figura es que sería inadecuado someter los errores sobre el curso causal a las mismas reglas que rigen para otros errores sobre el «tipo legal» en el sentido del § 16 I 1 StGB. El autor también es responsable de la muerte de su víctima apuñalada si ésta finalmente fallece en el hospital a causa de las heridas infligidas, y ello con independencia de que acaso se plantease tal hospitalización. No se le permite invocar error de tipo alguno. Aquí es donde interviene nuestro argumento a fortiori: si ni siquiera el curso causal real debe ser alcanzado por el dolo, entonces, a fortiori, carece de sentido querer formular para el objeto del dolo una mera hipótesis sobre el curso de las cosas en caso de obrarse conforme a Derecho.

Podría replicarse que objeto del dolo es el curso causal real, sólo que en una dimensión limitada: como suele decirse, «en sus contornos esenciales»<sup>42</sup>. Pero el curso causal en sus contornos esenciales no es otra cosa que un peligro específico; en consecuencia, es de aplicación lo anteriormente expuesto en el apartado b).

e) En cuarto lugar, cabe recordar el *concepto de dolo*. Al margen de toda disputa sobre su contenido, existe un núcleo seguro cuya legitimidad, por lo visto, nadie discute<sup>43</sup>: a saber, que para el elemento cognitivo del dolo basta con una *representación de la posibilidad*<sup>44</sup>. Sin embargo, si se hiciera de la relación de contrariedad a deber el objeto del dolo, ello no supondría otra cosa que una revisión de la tesis misma. Para el elemento cognitivo ya no bastaría con una representación de la posibilidad, sino que se exigiría además que el autor sepa que, mediante una conducta conforme a Derecho, el resultado no ocurrirá con una probabilidad rayana a la certeza, es decir, que se reduce el riesgo de su ocurrencia<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Véase así ya, SCHROTH, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, pp. 94 ss.

<sup>41</sup> WOLTER, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 15.

<sup>42</sup> Al respecto, especialmente BGHSt 7, 325 (329); tomo la expresión de WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 47ª ed., 2017, nm. 374.

<sup>43</sup> Ni siquiera por aquellos que ponen en tela de juicio la necesidad de un elemento cognitivo (en particular, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 56 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 406 ss.), dado a este respecto incluso se conforman con menos.

<sup>44</sup> BGH NStZ-RR, 2007, p. 43 (44); NStZ, 2007, p. 640 y también BGH NStZ, 2017, p. 705, todos con el giro de que el elemento cognitivo del dolo eventual no solo se presenta cuando el autor «inevitablemente» cuenta con la ocurrencia del resultado, sino ya cuando reconoce el resultado «(solo) como posible y no del todo remoto». En sentido crítico con la sentencia del lanzamiento desde la ventana, HERZBERG, *MDR*, 1971, p. 883; ULSSENHEIMER, *JuS* 1972, pp. 253 ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1993, § 29/82, n. 168; ENGLÄNDER, *JuS*, 2001, p. 961; para aquellos que lo traen a colación con motivo de la problemática de los trasplantes, véase infra n. 68.

<sup>45</sup> Podría pensarse que esto último equivaldría a una revisión del concepto de dolo en el sentido de la teoría de la probabilidad. Sin embargo, ello sería incorrecto porque el incremento del riesgo en el sentido de la teoría del incremento del riesgo se determina ex post, mientras que el riesgo objeto del dolo en la teoría de la probabilidad correctamente entendida ha de determinarse desde la perspectiva ex ante.



f) El quinto y último argumento se refiere a la *fuerza persuasiva* que *intuitivamente* tienen las propias conclusiones. Si se tomase seriamente como presupuesto el conocimiento del autor de que con un quehacer conforme a Derecho el resultado no habría ocurrido con una probabilidad rayana a la certeza, se suprimiría así por completo el dolo eventual en un importante grupo de casos: a saber, cuando ya desde un principio el bien jurídico se encontraba en peligro. Así sucedió no sólo en los casos del lanzamiento desde la ventana y de los trasplantes, sino también en los tres casos no citados por el *BGH*, en los que decidió de forma diferente y correcta. Tan pronto como el caso carece de cualquier tipo de tragedia, inmediatamente se reconoce que la conclusión -impunidad- no puede ser correcta. O sobre la base de otro ejemplo construido por *Herzberg*<sup>46</sup>: «Quien, aun `por si acaso`, dispara otra bala a la cabeza de aquel que aparentemente ya ha muerto, actúa con dolo homicida aun cuando sólo tenga por posible que el comportamiento mandado (no disparar) le perdonase vida a quien allí yace»<sup>47</sup>. Salta inmediatamente a la vista que la conclusión opuesta resulta errónea<sup>48</sup>.

3. Lo que aún se requiere es una *salvaguarda frente a contra-argumentos de carácter obvio*. Tres en particular.

a) Por un lado, podría pensarse que el *tenor literal* del § 16 I StGB prohíbe reducir el dolo a determinados elementos del tipo<sup>49</sup>. Frente a ello, ni siquiera cabe invocar un «entendimiento material insuperable» respecto del cual tampoco el legislador podría desentenderse<sup>50</sup>. Basta con indicar que la expresión «tipo legal» procede de una época en que la distinción entre injusto de acción e injusto de resultado apenas se había formulado, de modo que el camino para comprender la obviedad de carácter temporal mencionada en 2. b) aún no se encontraba abierto<sup>51</sup>. Hoy en día, nada prohíbe interpretar esta palabra de forma diferente que en la teoría general del tipo, especialmente porque en la Parte General, dirigida al aplicador del Derecho, el límite de la literalidad resulta más generoso que en la Parte Especial<sup>52</sup>.

b) Según el punto de vista aquí defendido, el injusto objetivo se extiende más allá del dolo. Ahora bien, ¿supone este abandono de la congruencia entre injusto y culpabilidad<sup>53</sup> un *menoscabo al principio de culpabilidad*? ¿No convertiría esto al *resultado* en una *condición objetiva de punibilidad*?<sup>54</sup>. La salida fácil, hacer de la necesidad virtud y desterrar del injusto todo el ámbito

<sup>46</sup> Más ejemplos en HOVEN, *NStZ*, 2017, p. 707; KUDLICH/HOVEN, *FS Rogall*, pp. 214 ss.

<sup>47</sup> HERZBERG, *MDR*, 1971, p. 883.

<sup>48</sup> Un rechazo generalizado de la fuerza expresiva de las intuiciones (según STUCKENBERG, *ZIS*, 2017, p. 446) atestigua, por un lado, una insuficiente familiaridad con los estándares de la argumentación práctica, que abiertamente se discuten en disciplinas conexas, especialmente bajo la palabra clave del equilibrio reflexivo (fundamental, RAWLS, *A Theory of Justice, Revised Edition*, 1999, p. 18; al respecto también, GRECO, *ZIS*, 2016, p. 416 [418]); por otro lado, un deductivismo autosuficiente que cree poder renunciar a un control de conclusiones, sin que ello aplique a sus propias premisas.

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, BLOCK, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, 2008, p. 240.

<sup>50</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 63, luego enunciado de forma algo más moderada (p. 64): simplemente se trata de poner de relieve aquello que la ley «solo puede expresar de modo razonable».

<sup>51</sup> Véanse también los comentarios de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 64, n. 44

<sup>52</sup> Cf. ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, 5ª ed., 2019, § 5 nm. 29b, 41.

<sup>53</sup> Así WOLTER, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 110.

<sup>54</sup> BLOCK, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, 2008, p. 240.

de la imputación del resultado<sup>55</sup>, queda descartada por diversas razones<sup>56</sup>. Una réplica convincente consiste en poner simplemente de resalto que el resultado, si bien no debe estar directamente comprendido por el dolo, indirectamente -a saber, como posibilidad, es decir, como peligro- sigue teniendo una importancia inalterada e inalterable. El desvalor de acción se construye primordialmente en relación con el posible desvalor de resultado<sup>57</sup>.

c) También resulta obvio objetar que el punto de vista aquí defendido llevaría a *poner a un mismo nivel aquella diferencia entre dolo de peligro y dolo de lesión*<sup>58</sup>. Esta objeción es igualmente débil: que el dolo de lesión no tenga por objeto la lesión misma no impide encontrar en otra parte, principalmente en su objeto, es decir, en la conducta peligrosa, características diferenciales capaces de justificar su distinción del mero dolo de peligro. Ellas podrían residir, por ejemplo, en la intensidad del peligro<sup>59</sup> -una idea por la que ya he mostrado mi simpatía<sup>60</sup>- o incluso en un elemento volitivo.

4. Conclusión provisional: la tesis de que la relación de contrariedad a deber es el objeto del dolo es insostenible por al menos cinco razones. El objeto del dolo sólo pueden ser aquellas circunstancias que fundamentan el injusto del comportamiento.

#### **4. ¿La relación de contrariedad a deber como objeto del dolo sólo en caso de interrupción de cursos salvadores o de omisiones?**

En vista de las dificultades recientemente descritas, podría ser apropiado adoptar una posición de repliegue y limitar el alcance de la tesis a determinados ámbitos de aplicación: en concreto, a los delitos omisivos o a la interrupción de cursos causales salvadores. En la literatura que reseña el caso de los trasplantes, esto supuso ocasionalmente una simple toma de posición en favor de una de estas dos constelaciones<sup>61</sup>. Tal movimiento de repliegue tampoco resulta convincente.

Por un lado, las cinco reflexiones desarrolladas supra en III. 2. b) a f) conservan todo su peso incluso ante la tesis limitada. Dado que presentan un alcance general, no se advierte razón alguna por la que no puedan aplicarse a un caso especial.

Por el otro -como argumento adicional- parece de lo más extraño que el concepto de dolo tenga en las omisiones o en la interrupción de cursos causales salvadores un contenido diferente que en los delitos comisivos. Más aún si se tiene en cuenta lo precaria que puede ser la demarcación

<sup>55</sup> A este respecto, como es sabido, principalmente ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, en especial p. 143.

<sup>56</sup> Por todos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 110 ss.

<sup>57</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 75.

<sup>58</sup> BLOCK, *Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand*, 2008, pp. 239 s.; contra esto ya FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 297 ss., cuya anticipación a esta objeción Block no aborda.

<sup>59</sup> Así, como es sabido, PUPPE, *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, § 15 nm. 86.

<sup>60</sup> GRECO, en SILVA DIAS ET ALES (ed.), *Liber Amicorum de Jose de Sousa e Brito*, Coimbra, 2009, pp. 902 s.

<sup>61</sup> En este sentido, HOVEN, *NStZ*, 2017, p. 707; ROSENAU/H. LORENZ, *JR*, 2018, p. 180, quienes mediante esta interpretación coinciden con el BGH; AST, *HRRS*, 2017, p. 501.

entre hacer y omitir<sup>62</sup>. La jurisprudencia no sólo se guía por el criterio (emocionalmente orientado) del aspecto central del reproche<sup>63</sup>; es igualmente revelador que, en el caso de los trasplantes, a pesar de la caracterización como una omisión, el *BGH* no haya querido prescindir de una salvaguarda mediante la referencia a la interrupción de cursos salvadores<sup>64</sup>. Rara vez se observa que también muchas constelaciones normales de casos podrían ser descritas como una interrupción de cursos salvadores<sup>65</sup>: así, el disparo en el corazón puede verse como una interrupción de un curso salvador, a saber, un corazón que funciona y que salva al cuerpo de la falta de oxígeno.

## 5. Resumen

«La relación de riesgo entre acción y resultado, incluida la ocurrencia del resultado, es dominio del injusto objetivo»<sup>66</sup>. «El dolo del autor o la cognoscibilidad subjetiva en la imprudencia inconsciente sólo, y a lo sumo, ha de referirse al comportamiento creador del riesgo.»<sup>67</sup>. Hubiese sido deseable que el *BGH* se mostrara abierto a estas ideas de Jürgen WOLTER. La absolución del médico acusado de manipular la posición en la lista de espera recurriendo a la negación de la resolución al hecho no resulta dogmáticamente sostenible. La conciencia de la posibilidad de ocurrencia del resultado se encontraba presente; el elemento cognitivo del dolo no requiere más<sup>68</sup>. En concreto, la relación de realización del peligro no es objeto del dolo<sup>69</sup>; ni en general ni únicamente en los casos especiales de omisión o interrupción de un curso salvador. Si, como el *BGH*, se acepta que el tipo objetivo del homicidio no se encuentra satisfecho -contra lo cual habría razones de peso que no pueden detallarse aquí, pero que no han escapado a la doctrina en su crítica al caso del lanzamiento desde la ventana<sup>70</sup>-, entonces el médico tendría que haber sido castigado al menos por homicidio tentado<sup>71</sup>. El hecho de que no pudiese llegarse a ello es prueba ejemplar del papel racionalizador de la dogmática<sup>72</sup> a la hora de proporcionar una directriz fiable para la resolución de casos cuya tragedia implícita enturbia la vista de forma casi inevitable. De

<sup>62</sup> Sobre esta discusión, de forma comprensiva, véase ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, § 31, nm. 69 ss., quien se ve obligado a postular varias constelaciones del denominado «omitir mediante el hacer» (nm. 99 ss.).

<sup>63</sup> Últimamente, *BGHSt* 59, 292 (296, nm. 59) con mayores referencias.

<sup>64</sup> Véase *supra* n. 5.

<sup>65</sup> Cf. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1993, § 7 nm. 23.

<sup>66</sup> WOLTER, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 110.

<sup>67</sup> WOLTER, en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 110; EL MISMO, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, p. 9.

<sup>68</sup> Asimismo, en sus opiniones sobre el caso de los trasplantes, VERREL, *MedR*, 2014, p. 464 (467); HAAS, *HRRS*, 2016, p. 384 (395 s.); AST, *HRRS*, 2017, pp. 501 s.; HOVEN, *NStZ*, 2017, p. 707; RISSING-VAN SAAN/VERREL, *NStZ*, 2017, p. 65; KUDLICH/HOVEN, *FS Rogall*, pp. 214 ss.; véase también *supra* n. 44.

<sup>69</sup> Correctamente, AST, *HRRS*, 2017, p. 502.

<sup>70</sup> De forma acertada, HERZBERG, *MDR*, 1971, p. 882; SPENDEL, *JZ*, 1973, p. 140, quienes recuerdan que la muerte realmente ocurrida fue un «resultado en su forma concreta» diferente a la muerte que podría haberse producido por el lanzamiento desde la ventana; así también (detalladamente) GRECO, *ZIS*, 2011, p. 680. Quizás pueda desarrollarse aquí una argumentación similar: aunque no es seguro que los pacientes ignorados siguieran hoy con vida, el trasplante habría al menos pospuesto el momento de acaecimiento de la muerte, con lo que su evitación sería causal del resultado de muerte realmente acaecido. Eventualmente la imputación objetiva parece poco clara, porque es dudoso que un aplazamiento del momento de la muerte esté cubierto por el fin de protección de la norma (para más detalles, véase ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, 5ª ed., 2019, § 11 nm. 34a, 87 a).

<sup>71</sup> Al respecto, también OLG Braunschweig, *NStZ*, 2013, p. 595.

<sup>72</sup> Cf. ROXIN, *Strafrecht AT I*, 4ª ed., 2006, § 7 nm. 38 ss., siguiendo a GIMBERNAT, *ZStW*, (82), 1970, pp. 405 ss.

modo comparable al caso del lanzamiento desde la ventana, sólo cabe esperar que el desacierto dogmático permanezca como una excepción aislada, que vuelva a servir de precedente (¡como muy pronto!) dentro de unos 50 años.

## ¿Comparar peras con manzanas?

### *Sobre la naturaleza del recargo como sanción administrativa y sus efectos ante la doble desvaloración punitiva en el proceso penal de menores. Comentario a la STC 2/2023, de 6 de febrero*

David I. Carpio Briz  
Universitat de Barcelona  
dcarpio@ub.edu

#### **1. Introducción a la técnica del descuento entre sanciones administrativas y penales: de la STC 2/2003 a la STC 2/2023**

La ya crónica afección de nuestro ordenamiento por el proceso de *expansión*<sup>1</sup> y *administrativización* del derecho penal, junto al de penalización del derecho administrativo<sup>2</sup>, ocasiona la concurrencia de solapamientos punitivos y de duplicidades sancionatorias entre ambas ramas del derecho en que se disgrega el *ius puniendi* del Estado Constitucional. De este modo, ante la falta de mecanismos adecuados de coordinación entre las agencias punitivas o ante la inexistencia de un proceso punitivo unificado, se producen situaciones donde las administraciones instruyen primero y sancionan después a determinados sujetos por hechos que posteriormente *descubren* que tienen visos de constituir también un ilícito penal, con la consiguiente apertura *a posteriori* de un proceso penal y el riesgo de acabar con una ulterior condena. Igualmente, en ocasiones, ocurre que las administraciones investigan los mismos hechos paralelamente con el proceso penal, sin que aquélla paralice su procedimiento incumpliendo el deber de suspenderlo hasta la conclusión de la causa criminal.

Tales patologías procedimentales del *ius puniendi* pueden desencadenar situaciones de doble desvaloración y de doble sanción, normalmente, primero administrativa y después penal. Precisamente para hacer frente a estas situaciones se alza la garantía de *non bis in idem* que, como es sabido, viene siendo desarrollada por la jurisprudencia constitucional como derecho fundamental –a pesar de su falta de previsión expresa en la Constitución Española de 1978 (en

---

<sup>1</sup> Los fundamentos sociales del Estado constitucional otorgaron una amplia legitimidad al Estado para intervenir en las esferas supraindividuales, lo que junto a la proliferación de un entramado de circuitos punitivos, fueron aprovechando a la paulatina expansión del *ius puniendi* para hacer frente tanto a situaciones de inseguridad como a diversas demandas punitivistas que, por unas u otras causas, aparecieron desde finales de los años sesenta en las sociedades occidentales. Críticamente, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2011, *passim*.

<sup>2</sup> DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, pp. 132 ss.

adelante, CE)<sup>3</sup>– principalmente en su denominada vertiente sustantiva o material acomodada en el marco normativo del art. 25 CE con la finalidad de proteger la proporcionalidad del castigo. Representa, por consiguiente, una garantía de limitación del *ius puniendi* tendente a prohibir que un ciudadano sufra reiterados castigos «(...) en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento»<sup>4</sup>. Test de la triple identidad al que debe someterse las diversas sanciones concurrentes para comprobar la posible transgresión de la prohibición constitucional. En consecuencia, si dada la concurrencia de varias sanciones que convergen bajo la triada de identidades descrita, la lógica de la vigencia del derecho fundamental provocaría, *prima facie*, la nulidad de la segunda sanción, aunque como veremos no sea así por la doctrina jurisprudencial en vigor. Por otro lado, existe una vertiente procesal del *non bis in idem* formalmente reconocida en el art. 24 CE y destinada a garantizar el valor de la seguridad jurídica por la que se prohibirían repetidas exposiciones punitivas de un mismo sujeto, por un mismo hecho, lo que en el *comon law* se conoce como *double jeopardy*<sup>5</sup>, y que si bien ha sido formalmente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional, éste le ha dado un limitadísimo alcance desde la STC (Pleno) 2/2023, de 16 de enero (BOE núm. 61, de 13 de marzo de 2023), donde se impuso una interpretación material de la vertiente sustantiva de la garantía de *bis in idem* basada en la salvaguarda de la protección de la proporcionalidad del castigo a través de la técnica del descuento entre sanciones administrativas y penales.

Efectivamente, hace ahora veinte años, tal resolución constituyó un verdadero *overruling case* de la doctrina del TC respecto a la garantía de *non bis in idem*<sup>6</sup>. La prevalencia sustantiva tuvo su cénit argumentativo en el reconocimiento constitucional de la *técnica del descuento* en la multa penal del montante abonado inicialmente en la sanción administrativa como mecanismo salvífico mediante el que quedaría enjuagada la desproporción punitiva derivada de la acumulación de una multa administrativa y otra penal. De este modo, gracias a la técnica de la compensación, también denominada del descuento, principio de cuenta o toma en consideración

---

<sup>3</sup> Si bien el ap. 3 del art. 9 del Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional sí contenía la garantía de *non bis in idem*. Precisamente lo hacía para hacer frente a los desmanes que durante siglo y medio se produjeron en España en orden a sancionar y posteriormente juzgar unos mismos hechos. Así, el anteproyecto establecía: «Se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, de seguridad jurídica, de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los poderes públicos». Esta previsión decayó por razones cuya explicación excede de los objetivos de este trabajo. Vid. BOIX REIG, «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Semana de Derecho penal en memoria del Profesor Julián Pereda*, 1983, pp. 52-76; NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, 1993, p. 416-418, críticamente; RUIZ ROBLEDO, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, 2003, p. 282; DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 1998, pp. 364, 385; ampliamente, GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*» *Material y Concurso de Leyes penales*, 1995, pp. 55-56.

<sup>4</sup> STC 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). FJ Cuarto.

<sup>5</sup> Para un recorrido histórico sobre esta garantía, *vid.* THOMAS III, *Double jeopardy. The History, The Law*, 1998.

<sup>6</sup> Al modificar el criterio de la STC 177/1999, de 11 de octubre (BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1981) que impedía el proceso penal posterior a una sanción administrativa. En contra del criterio de esta sentencia PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 2002 y favorablemente al giro operado por la STC 2/2003, entre otros, CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal (comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)», *Actualidad Penal*, (8), 2000, pp. 21 ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Ne bis in idem material y procesal. Especial referencia al cambio de jurisprudencia constitucional en España», *Revista de Derecho Universidad Centroamericana*, (9), 2004, pp. 11 ss; PÉREZ MANZANO, «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer bis in idem al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero.», *La Ley*, (3), 2003.

(*Anrechnungsprinzip*)<sup>7</sup>, no cabe anular el proceso y la condena penal posterior a una previa sanción administrativa a un mismo sujeto, por unos mismos hechos y con idéntica finalidad, en la medida que se descuenta la sanción administrativa abonada inicialmente en la multa penal impuesta mediante un proceso posterior, pues de este modo no se produce la desproporción punitiva que constituye el valor jurídico atrincherado en la vertiente material del *non bis in idem*.

En diversos trabajos he venido manifestando mi disconformidad con aquella sentencia del Pleno y con dicha técnica del descuento que hoy constituye el mecanismo mediante el cual nuestros tribunales penales proceden ante duplicidades punitivas, administrativas y penales<sup>8</sup>. A mi modo de ver se trata de una solución insatisfactoria en términos procesales y de seguridad jurídica, aunque el legislador español llegó incluso a incorporarla como garantía material de la proporcionalidad del reproche penal cuando se imponga por un mismo hecho una sanción a la persona física y a la jurídica (inicialmente previsto en el art. 31 bis. 2 CP introducido por la LO 5/2010 y reubicado en ap. 1 del art. 31 ter CP mediante la reforma operada por la LO 1/2015). Además dicha medida, basada en una concepción particular de la equidad presenta, como poco, tres problemas: A) resulta impracticable cuando la sanción administrativa de multa sea, en abstracto, superior a la cantidad de la multa penal; cuestión dable a tenor de la falta de racionalidad del legislador; B), este mecanismo puede llegar a contaminar el juicio de determinación de la pena efectuado por el juzgador para que en el plano aplicativo no suceda la consecuencia mencionada en la comparación abstracta de posibles marcos punitivos. Es decir, el juez de lo penal tenderá a cuantificar la cantidad económica resultante de la multa penal, como mínimo, por encima del valor de la sanción administrativa abonada; y C) técnica resulta de compleja aplicación cuando lo que se intente compensar sean consecuencias punitivas de distinta naturaleza, pecuniarias y no pecuniarias, o lo que es lo mismo, siguiendo el modismo que sirve de título a este trabajo, cuando se procure comparar peras con manzanas.

Precisamente a este último problema señalado, y otras interesantes cuestiones derivadas del mismo, tuvo que hacer frente la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, STC 2/2023, de 6 de febrero, de la que fue ponente la Magistrada Montalbán Huertas, que otorgó el amparo al recurrente por violación de la garantía de *bis in idem* material, si bien cuenta con el voto particular suscrito por los Magistrados Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño.

---

<sup>7</sup> Aunque esta forma de proceder cuenta con antecedentes anteriores a la STC 2/2003 y en la jurisprudencia del TJCE, cabe considerar de manera razonable que el TC se inspira en el § 86.2 OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten de 1968 o Ley de Contravenciones, abreviada como OWiG en sus siglas en alemán).

<sup>8</sup> Principalmente en mi tesis doctoral defendida en 2011 «Non bis in idem. Un derecho fundamental del ius puniendi español frente a la superposición de sanciones administrativas y penales» y que a lo largo de este año será remitida a imprenta con las actualizaciones oportunas. También *vid.*, CARPIO BRIZ, «Europeización y reconstrucción del non bis in idem», *Revista General de Derecho Penal*, (14), 2010; EL MISMO, «Non bis in idem», en ORTIZ DE URBINA (coord.) *Memento Práctico Penal Económico y Empresa 2016-2017*, 2016, pp. 319-330. Más recientemente, EL MISMO, «El Canon Convencional sobre la prohibición de doble persecución y su repercusión en el sistema punitivo español», *Justicia: revista de derecho procesal*, (1), 2019, pp. 379-442.

## 2. Los hechos y la aplicación taumatúrgica de la compensación del recargo administrativo como sanción efectuada por los órganos de la jurisdicción penal

La resolución trae causa del recurso de amparo presentado por la representación de un menor alicantino debido a la posible violación del derecho fundamental al *non bis in idem* en su vertiente material y procesal. En concreto, el demandante de amparo se coló en dos ocasiones en el tranvía gestionado por la empresa pública de Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana dependiente del Gobierno autonómico (en adelante FGV); por lo que fue identificado y requerido por los agentes de intervención de la compañía al abono de los importes de los dos billetes (1,45€ por billete) a lo que éste se negó, motivo por el que se le expidió sendas denuncias por cada uno de los boletos impagados. En cada impreso se informaba de que: «La persona indicada ha sido sorprendida viajando en FGV sin exhibir el título de transporte válido conforme a lo establecido en las normas de viaje, por lo que deberá abonar la cantidad de 100,00 euros en los plazos y condiciones [detalladas] al dorso, con independencia de las sanciones que legal o judicialmente se establezcan ...». Asimismo, la empresa formuló denuncia contra el pasajero ante la Fiscalía de menores por un delito de estafa y, en consecuencia, se procedió a la incoación de un procedimiento en el Juzgado de Menores núm. 1 de Alicante. Este órgano ofreció acciones penales a la compañía que inicialmente reclamó el importe de los billetes y el suplemento por impago tanto al menor como a su madre. Sin embargo, posteriormente, FGV informó al juzgado que tras la apertura del proceso penal el menor había procedido al pago de dichas cantidades, por lo que solicitó el archivo de la causa. Pues bien, tanto el juzgador como la Fiscalía consideraron que los 100 € de recargo por billete impagado constituía una forma de sanción y a pesar de que el menor acabó satisfaciendo los mencionados importes a la empresa pública de transportes, el Juzgado de menores condenó a dicho sujeto por un delito leve continuado de estafa a la medida de cinco meses de libertad vigilada.

Para justificar tal condena el *a quo*, partiendo de la prioridad de la jurisdicción penal sobre las sanciones administrativas, procedió a aplicar la técnica del descuento de un modo singular, estableciendo un mecanismo de *ficta compensatio*, al contrapesar el abono efectuado por el menor en la Responsabilidad Civil derivada de delito (en adelante RC) de la que FGV ya había desistido. De este modo, a tenor de lo que sostiene el Juzgado de Menores la sanción administrativa abonada no paralizaría el procedimiento penal y permitía la imposición de la medida de libertad vigilada. En consecuencia, el fallo de dicha sentencia, además de establecer la responsabilidad del menor por un delito leve continuado de estafa y proceder a la imposición de la mencionada medida, expresó que lo hace «Sin declaración de responsabilidad civil.» Así, el recargo, que inicialmente se consideró por el propio juzgador como una forma de *ius puniendi*, pasa a conjugarse en términos indemnizatorios con la finalidad de proceder a la taumatúrgica compensación con la RC, que carece de tal consideración punitiva<sup>9</sup>, con lo que el juzgador pretendería evitar incurrir en *bis in idem*.

Esta resolución motivó la interposición del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial basado, esencialmente, en tres alegaciones: A) por no concurrir el engaño típico del delito de

---

<sup>9</sup> Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2015, pp. 48 ss., «Ello no obsta ... a que pueda resultar oportuno contemplar la responsabilidad civil desde el prisma de los intereses de la Política Criminal, como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito».



estafa; B) por la existencia de un error de prohibición; y C) finalmente, lo que es de mayor interés para este trabajo, se ponía de manifiesto la violación del *non bis in idem*. El *ad quem*, consciente de la *sui generis* articulación de la compensación efectuada por el juzgado, sin embargo, no rectifica su fallo y deja de un modo un tanto indeterminado el juicio de compensación. Lo hace con cita en su propia doctrina a través de este escueto pasaje: «partiendo de la preeminencia que tiene la jurisdicción penal sobre la administrativa, esa previa sanción administrativa no es un obstáculo para el seguimiento de la causa penal por el mismo hecho y para poder dictar la correspondiente sentencia, si es que procede, aunque esto no ha de impedir que la sanción administrativa en su momento impuesta deba ser tomada en consideración al imponer la sanción penal, en caso de que así corresponda, *de tal manera que se reste o deduzca aquella sanción administrativa de la condena penal que se imponga*» (cursiva propia). La Audiencia Provincial no deja claro si admite la toma en consideración de la sanción administrativa en la RC o bien se inclina porque el juzgador haya tenido en cuenta de algún modo, aunque ignoto, el pago de la sanción en otro aspecto de la determinación de la consecuencia penal impuesta. En todo caso, es palmario el déficit de argumentación de la Audiencia que en poco o nada ayuda a garantizar la seguridad en los procesos de aplicación del derecho, corrigiendo sus déficits, y con ello procurando lograr la convicción del recurrente.

### 3. La posición de la STC 2/2023 ante la *facta compensatio* y la tesis de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

La fiscalía ante el Tribunal Constitucional aporta algo de luz a la exigua motivación de los órganos jurisdiccionales penales ya reseñada, pero lo hace con argumentos *ex novo*, aunque de cierta consistencia, todo ello con el fin de salvaguardar las resoluciones impugnadas construyendo una suerte de proporcionalidad entre ambas consecuencias punitivas (sanción administrativa y libertad vigilada) en su conjunto. Considera la fiscal que el juzgado de menores no incurrió en exasperación punitiva al reducir la medida de 6 meses de libertad vigilada, inicialmente solicitada por la fiscalía de menores, a tan sólo 5; para lo cual tuvo en cuenta –compensó– el abono de la sanción administrativa efectuada por el menor. A mi entender debe reconocerse la habilidad argumentativa de tales alegaciones en su intento de unificar ambas consecuencias bajo la premisa, no explicitada, del sistema de culpabilidad satisfaciendo así el principio de plena desvaloración del injusto que se encuentra detrás del empeño de los órganos de la jurisdicción penal de no suspender la aplicación del Derecho penal por la imposición de una previa sanción administrativa. Para un sector de la doctrina la prohibición de *bis in idem* debe conjugarse con la necesidad de desvalorar íntegramente el hecho, según prescribiría la teoría concursal de la dogmática penal<sup>10</sup>, que desde la STC 2/2000 (Pleno), de 16 de enero (BOE núm. 43, de 19 de marzo de 2003) se descontextualizó para su traslación a la aplicación de esta garantía fundamental. Motivo por el cual se buscan atajos argumentativos como el de la nivelación entre sanciones, inicialmente de consideración pecuniaria y cuando esto no resulta posible se acude a retorcimientos más intensos de la compensación, ora en la RC, ora en la individualización de una pena o, como es el caso que nos ocupa, de una medida. Todo lo cual conduce a la tiranía de la inseguridad, abriendo aún más si cabe el arbitrio judicial ante el vaporoso campo de la dosimetría penal con su consiguiente mutación en prestidigitación computacional.

---

<sup>10</sup> ESCUCHURI AISA, *Teoría del Concurso de Leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2004, pp. 144 ss.

Por ello, compartimos la posición del TC al considerar que no cabe equilibrar la sanción administrativa con la RC, pues no habría nada a resarcir porque ya se había satisfecho con el pago de los billetes, ni tal operación sería compatible con la técnica del descuento que exige compensaciones entre sanciones punitivas para no ocasionar la desproporción aflictiva garantizada por la vertiente material de aquel derecho fundamental. Asimismo, frente a la tesis sobre la posibilidad de moderar los efectos de la sanción pecuniaria en la individualización de la medida de seguridad como medio para evitar situaciones de *bis in idem* material, nuevamente debemos celebrar la posición de la mayoría de la Sala Segunda del TC en aras de una mayor seguridad jurídica. Considera el TC que la determinación de la medida y de su marco temporal no responden a la finalidad de prevenir la doble sanción, sino a las exigencias de individualización y su explicación establecidas en el ap. 3 *in fine* del art. 7 LORPM. En consecuencia, concluye el Tribunal «no hubo compensación en la fijación de la duración de la medida. Se trata de dos cosas distintas: una es el descuento que garantiza el derecho a no sufrir una doble condena por los mismos hechos; y otra la rebaja de un mes en la duración de la medida, derivada de la obligación de individualización». Por tanto, la adecuación de la medida a los intereses del menor y la propia finalidad de esta consecuencia no guarda relación con el principio de cuenta tendente a evitar dos condenas a un mismo sujeto, por un mismo hecho, con idéntica finalidad.

#### 4. La consideración del recargo como *sanción punitiva*

Según acabo de exponer la sentencia recurrida, al nivelar el pago del recargo con la RC, no atiende suficientemente a la adecuada articulación del *non bis in idem* como una garantía del *ius puniendi* del Estado Constitucional que opera entre sanciones y procesos punitivos. Por lo tanto su aplicación requiere, como cuestión previa, analizar si la reiteración de sanciones y procesos forman parte del poder de castigar del Estado. En nuestro caso, significativamente, el análisis se debería centrar en determinar si el recargo por impago del billete de transporte es una sanción. Cuestión, inicialmente, indiscutida por las partes actuantes ante el orden jurisdiccional penal, que no dudaron en considerarla una forma de castigo. Precisamente, fue en sede constitucional donde se plantea la controversia sobre su naturaleza, y lo hacen con particular relevancia los Magistrados discrepantes, quienes centran su oposición sobre la negación de la condición de sanción al recargo por no presentar finalidad «represiva, retributiva o de castigo»<sup>11</sup>. Para ambos Magistrados tal recargo no constituye una sanción punitiva porque básicamente sirve a fines indemnizatorios o resarcitorios, aunque no niegan que el mismo posea ciertos efectos disuasorios. Igualmente añaden para negar su condición sancionatoria la de haber sido impuesta por una empresa carente de la condición de administración pública y sin potestad punitiva alguna.

En primer lugar llama la atención la omisión de los denominados *Criterios Engel* por parte de los Magistrados del TC (tanto de los discrepantes como de la mayoría) para evaluar de un modo más sistemático la condición punitiva del recargo, a diferencia de como acertadamente propone la Fiscalía ante el TC, que reconoce su naturaleza sancionatoria bajo dichos parámetros interpretativos. Como es sabido la jurisprudencia del TEDH elaboró estos criterios como guías para determinar lo que sea materialmente «penal» a efectos convencionales con el fin de poder aplicar adecuadamente las garantías penales contenidas en el CEDH y entre éstas se encuentra

---

<sup>11</sup> STC 239/1988, de 14 de diciembre (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989).

el *non bis in idem* previsto en el art. 4 del protocolo 7 al CEDH<sup>12</sup>: «1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado *penalmente* por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado» (cursiva mía).

El TEDH ha venido efectuando una interpretación material y amplia de lo que es materia «penal» para evitar que los Estados eludan las garantías punitivas convencionales alterando la denominación de la sanción como no penal, amén de para poder integrar distintas realidades jurídicas comparadas, bajo la más amplia idea de penal. En tal sentido, el TEDH considera que el texto del art. 4 ha de interpretarse sistemáticamente, esto es, a la luz del conjunto del articulado, según los principios generales aplicables a las expresiones «acusación en materia penal» – *criminal charge*– y «pena» –*penalty*– que figuran en los arts. 6 y 7 del CEDH.

De este modo, los *Criterios Engel*<sup>13</sup>, al igual que sucede con los *Criterios Kennedy* elaborados por el TS de los Estados Unidos<sup>14</sup>, sirven adecuadamente para orientar el examen constitucional sobre la condición aflictiva de las consecuencias previstas por los legisladores para determinadas infracciones normativas. En concreto, los tres Criterios examinan: A) la calificación jurídica que la infracción recibe en la legislación interna; B) el sentido material de la naturaleza de la infracción; y C) el grado de severidad de la sanción en la que incurre el interesado. Según la jurisprudencia del TEDH los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos. Por consiguiente, cabe que la infracción pueda ser considerada como penal en atención a su propia naturaleza criminal. También es posible que ésta se entienda ínsita en la esfera de los reproches y consecuencias penales debido a la naturaleza de su consecuencia y al grado de aflicción al que somete al autor responsable. En cualquier caso, nada impide la adopción de un punto de vista acumulativo si el análisis separado de cada criterio no permite llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de materia penal<sup>15</sup>.

En atención a estos tres criterios cabe afirmar que, en relación con el recargo, poco nos aporta la calificación jurídica de la infracción en la legislación interna (criterio A). Para el escrutinio material sobre la posible naturaleza punitiva del recargo, resultan de mayor interés las restantes guías interpretativas, B y C. En primer lugar, (B) se debe examinar la propia naturaleza de la infracción, considerada ésta sobre una triple variable: 1) los sujetos activos de la infracción, 2) el bien jurídico protegido por la norma y 3) la finalidad de la consecuencia. Así, según estas tres orientaciones:

---

<sup>12</sup> Ampliamente, CARPIO BRIZ, *Justicia: revista de derecho procesal*, (1), 2019, pp. 410 ss.

<sup>13</sup> STEDH de 8 de junio de 1976, *Engel y otros c. Países Bajos*, §82, criterios establecidos –a raíz de las sanciones disciplinarias impuestas a militares en el ejercicio de su servicio– para determinar, más allá de su consideración formal, si éstas albergaban una esencia penal según el sentido autónomo del CEDH.

<sup>14</sup> Establecidos inicialmente en *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963) incluyen factores atinentes a si la sanción: (A) «implica una incapacidad o restricción»; (B) «se ha considerado históricamente como un castigo»; (C) «entra en juego sólo si se descubre que hay intencionalidad»; (D) en su aplicación, «promoverá los objetivos tradicionales del castigo - retribución y disuasión»; (E) se aplica a un comportamiento que ya es un delito; (F) puede conectarse racionalmente con un propósito alternativo; y (G) «parece excesiva en relación con el propósito». Vid., sobre la relación entre ambos tipos de criterios (Engel y Kennedy) y sus funciones, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, 2021, pp. 32 ss, y n. 94.

<sup>15</sup> Igualmente, en la STEDH de 16 de junio de 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, §43.

1) Sobre los sujetos activos: Prima la condición punitiva o penal de la infracción, a efectos convencionales, según sea más amplio el círculo de sujetos activos configurados por la conducta típica. De tal modo que tienen más visos de constituir un supuesto de infracción punitiva cuando ésta refiere en sede de autoría al común de los ciudadanos y no a un conjunto específico caracterizado por poseer un estatus específico; lo que es propio del derecho disciplinario, con las consiguientes limitaciones aplicativas del *non bis in idem* en el caso de situaciones de sujeción especial y en las que no puede entrar por lo limitado del espacio de este trabajo<sup>16</sup>.

2) Sobre los bienes jurídicos protegidos: Presume el TEDH que algunos intereses, como por ejemplo la dignidad humana o el orden público, constituyen la esfera típica de protección del derecho punitivo. En este caso, evitar la estafa de polizonaje en un transporte público, salvaguarda no sólo el patrimonio frente al engaño, interés tradicionalmente protegido por el derecho penal, sino la ordenación y preservación del transporte público como interés supraindividual frente al fraude, aunque éste sea operado bajo gestión privada por una empresa, que recordemos es dependiente de la Administración Pública y opera en régimen de monopolio. Además, debe añadirse en consonancia con la jurisprudencia del TEDH que, en este nivel de análisis teleológico-epistemológico, el carácter menor del peligro no excluye por sí mismo la calificación punitiva del interés protegido.

3) Las finalidades de la sanción: Son prototípicas del Derecho punitivo las finalidades represivas y preventivas o, en terminología del TEDH, «los objetivos de represión y disuasión de la infracción...»<sup>17</sup>. Por lo tanto, deben excluirse de la esfera punitiva todas aquellas obligaciones que expresamente tengan una finalidad compensatoria o indemnizatoria. Precisamente, éste es uno de los aspectos donde incide el voto particular de la STC 2/2023, que si bien asume ciertos efectos disuasorios del recargo, considera que prevalece su función resarcitoria. En tal sentido, si bien podemos afirmar que las indemnizaciones por RC, donde parecen ubicar los dos magistrados disidentes al recargo, pueden llegar a formar parte de una estrategia político-criminal, no por ello vamos a sostener la naturaleza punitiva de la RC<sup>18</sup>. La cuestión determinante aquí consiste en interrogarse sobre cuál es realmente la RC y en consecuencia qué finalidad tiene

---

<sup>16</sup> En España, la aplicabilidad de la garantía al ámbito disciplinario ha ido beneficiándose de un proceso de ampliación, a pesar de que el TC en sus inicios (desde la STC 2/1981, de 30 de enero [BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981], FJ Cuarto) excepcionaba sin mayor miramiento la regla a los casos en que se diera formalmente una relación de sujeción especial que justificaba, de por sí, el ejercicio del *ius puniendi* penal y, a su vez, el disciplinario. Sobre las relaciones de sujeción especial y el *non bis in idem*, ver SSTC 94/1986, de 8 de julio [BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986], FJ Cuarto; 2/1987, de 21 de enero [BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1987]; 42/1987, de 7 de abril [BOE núm. 107, de 5 de febrero de 1987], 61/1990, de 29 de marzo [BOE núm. 107, de 4 de mayo de 1987]; 234/1991, de 10 de diciembre [BOE núm. 3, de 3 de enero de 1992], FJ Segundo; 270/1994, de 17 de octubre [BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 1994]; 188/1986, de 7 de julio [BOE núm. 186, de 5 de agosto de 2005], FJ Segundo). En este último se aprecia la doctrina consolidada del TC: «la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (...). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección».

<sup>17</sup> STEDH de 10 de febrero de 2009, *Serguei Zolotoukhine c. Rusia*, §55

<sup>18</sup> *Vid.*, n. 9.

el recargo. Desde un punto de vista meramente económico la RC estaría integrada por el precio de los dos billetes que no es sino el perjuicio patrimonial irrogado a FGV. Entonces, qué función tiene el recargo, procurar persuadir al pago del billete adeudado o sancionar al sujeto por la infracción cometida al acceder al servicio público de transportes sin el título adecuado y con ello disuadirle de futuros comportamientos semejantes. Para responder a tal cuestión, no basta sólo con examinar la consideración que el legislador haga del recargo, aunque en este caso deje claro que el mismo representa «... una medida disuasoria para hacer frente al fraude...»; sino que además es preciso establecer a su vez una relación, como acertadamente hace el TC, con el último *Criterio Engel*, la severidad de la sanción.

C) El grado de severidad de la medida punitiva se determina en función de la posible sanción estimada en su máximo grado de rigor posible y no conforme al castigo efectivamente impuesto. En el caso *Ruotsalainen c. Finlandia*, por ejemplo, se estimó que la multa tributaria de carácter proporcional impuesta al Sr. Ruotsalainen, establecida a partir del triple de la cuota tributaria defraudada, constituía por su naturaleza aflictiva un reproche penal de conformidad al CEDH<sup>19</sup>. En tal sentido parece adecuado, para determinar bajo este parámetro la condición punitiva del recargo de 100 €, el ejercicio que realizaron los tribunales de Alicante, y que hace suyo el TC, de evaluar el grado de aflicción del mismo en atención al incremento en 68, 96 veces el importe ordinario del billete (1,45€), de lo que resulta una cantidad que sobrepasa el mero resarcimiento, manifestando una evidente finalidad retributiva y preventiva. Más aún si los comparamos con las penas de multa impuestas habitualmente en el foro por estafas o hurtos leves a personas de escasa o nula capacidad económica que carezcan de antecedentes. A tal efecto puede resultar de interés comparativo, por su analogía y proximidad, la SAP Alicante 395/2021, de 24 de noviembre (ECLI:ES:APA:2021:3296) que recoge la sentencia y fallo del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alicante que ante una estafa de polizonaje condena a la acusada, mayor de edad, por un delito leve de estafa a la pena de 30 días de multa a razón de una cuota diaria de 6 € (180 € en total), debiendo indemnizar a FGV a la cantidad de 1,45€.

Por consiguiente, cabe concluir a tenor de estos criterios y tal y como planteó la Fiscalía que el recargo de 100 € «se dirige a la totalidad de los ciudadanos, se refiere a la protección de un bien jurídicamente relevante (patrimonio) y tiene por objeto no solamente la represión, sino también una prevención general. Por lo que, pese a su levedad y sencillez, podría integrar el supuesto para considerar que se ha producido una previa sanción para la apreciación del principio *non bis in idem*».

## 5. Algunas reflexiones finales

La sentencia analizada presenta algunos aspectos muy positivos. Particularmente destacamos la consecuencia de haber limitado la arbitrariedad a la que de por sí, ya predispone la denominada técnica del descuento o compensación entre sanciones, al no admitir, al menos en este caso, su empleo entre sanciones pecuniarias y sanciones y medidas que no lo son. No obstante, considero erróneo que la doctrina jurisprudencial de nuestro tribunal persista en la admisibilidad de la misma como salvaguarda de la proporcionalidad del castigo junto a las exigencias de plena desvaloración del injusto. Frente a esta interpretación que permite la reiteración de la exposición de los ciudadanos al aparato punitivo del Estado y fomenta la incertidumbre, creo más

---

<sup>19</sup> STEDH de 16 de junio de 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, §46.

conveniente por razones históricas y de sistemática constitucional, anular la segunda sanción e impedir el proceso posterior siempre que se identifiquen las identidades que componen la condición de aplicación de este derecho fundamental. Pues, la sencillez de las soluciones privilegia la seguridad jurídica.

Precisamente, al hilo del empeño de los juzgados y tribunales de vincularse al principio de plena desvaloración conforme a dicha técnica, que como hemos visto se torna en muchos casos en exasperación, no puedo dejar de exponer una breve reflexión. Resulta sorprendente, no sólo en estrictos términos de proporcionalidad e individualización de la pena, la imposición por parte del Juzgado de Menores núm. 1 de Alicante de una medida de libertad vigilada en lugar de otras medidas menos incisivas con el derecho a la libertad del menor, como pueda ser la realización de trabajos en beneficio de la comunidad o de tareas socioeducativas que probablemente podrían cumplir mejor el fin educativo previsto por la LORPM. Esto último llama especialmente la atención si se tienen también en cuenta otros principios que inspiran el proceso penal de menores como el principio de oportunidad, que permite al Ministerio Fiscal de conformidad con el art. 19 LORPM desistir del expediente «atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe»<sup>20</sup>.

Por último, no puedo concluir este trabajo sin expresar cierta satisfacción por el giro en la comprensión del recargo efectuada por el TC como una sanción, en los términos analizados aquí, reconduciendo así algunas resoluciones anteriores que negaban su sentido sancionatorio por carecer de finalidades represivas, retributivas o de castigo. No podemos obviar que el verdadero problema en esta materia no se encuentra en recargos como el aquí analizado, sino en los que tienen carácter tributario, de donde precisamente dimana su comprensión resarcitoria y no punitiva (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre [BOE núm. 11, de 13 de marzo de 1989]; 76/1990, de 26 de abril [BOE núm. 129, de 30 de marzo de 1990]; 164/1995, de 13 de noviembre [BOE núm. 298, de 14 de marzo de 1995]). No huelga recordar la STEDH de 24 de febrero de 1994, *Bendenoun c. Francia*, donde ya se abrió una brecha para considerar los recargos tributarios como sanciones penales a efectos del CEDH debido a su carácter general y sus fines represivos. Tendencia confirmada por la STEDH de 16 de junio de 2009, *Ruotsalainen c. Finlandia*, ya aludida. Sin embargo, soy consciente de los vaivenes jurisprudenciales y de los pesares que muchas jurisdicciones constitucionales nacionales y supranacionales presentan para reconocer ampliamente en el marco de las potestades punitivas tributarias la vertiente procesal o la naturaleza punitiva del recargo como sanción en relación a la vigencia del *non bis in idem*. Es una cuestión realmente controvertida, en la que intervienen argumentos no sólo jurídicos, y que merecerá un estudio detenido imposible de acometer aquí y un análisis jurisprudencial caso por caso, bajo los criterios interpretativos aquí expuestos.

---

<sup>20</sup> Ver ampliamente, CUETO SANTA EUGENIA, *El desistimiento en la justicia juvenil y su fundamento educativo*, 2023, *passim*.

## Creación de situaciones de pánico y resultados lesivos

### *Comentario a la STS 834/2023, de 15 de noviembre*

Oriol Martínez Sanromà  
martinsanro@gmail.com

-

### 1. Introducción

La sentencia objeto del comentario constituye una interesante muestra del tratamiento jurisprudencial de un tema que, por muy antediluviano que se presente, nunca perderá su interés. Así pues, en la resolución se plantea la posibilidad de imputar las lesiones padecidas por una joven a quienes, a través de sus gritos apocalípticos, provocaron una estampida en un vagón del metro de Valencia. Lo clásico siempre vuelve. Y ya que algunos están empeñados en resucitar instituciones todavía más pretéritas como el *versare in re illicita*, puede ser de utilidad revisar esta cuestión. A estos efectos, se exponen al inicio los argumentos esgrimidos por el Tribunal para imputar las lesiones a los acusados (2). Seguidamente, se presenta el problema dogmático general relativo a la denominada imputación objetiva en el ámbito del delito de lesiones (3). En este apartado, considerando correctos los argumentos empleados en la sentencia, se propone un esquema de resolución un poco más desarrollado, suscitando alguna cuestión adicional. El comentario se cierra con unas reflexiones finales (4)<sup>1</sup>.

### 2. Sentencia del Tribunal Supremo 834/2023, de 15 de noviembre<sup>2</sup>

#### 2.1. El supuesto de hecho

La resolución que nos ocupa resuelve el recurso de casación presentado contra la STSJ Comunidad Valenciana, Sala Civil y Penal, 299/2021, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TSJCV:2021:299). La resolución estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la víctima, M, contra la sentencia absolutoria (SAP Valencia (Sección 1ª) 170/2021, de 22 de marzo [ECLI:ES:APV:2021:277]). La estimación parcial del recurso dio lugar a la revocación de esta última sentencia y a la condena de los acusados como autores de un delito de lesiones por imprudencia menos grave. Resumo a continuación los hechos

---

<sup>1</sup> La sentencia plantea, muy por encima, la cuestión relativa a la diferencia entre imprudencia grave, menos grave y leve. Sin embargo, a efectos de aligerar el presente comentario, no entraré a analizar estos temas.

<sup>2</sup> Ponente Dª. Susana Polo García.

probados que dieron pie a esta condena: el 4 de agosto de 2018, los señores *A, B, C, D, E, F, G, H* y *J* entraron en un vagón del metro de Valencia portando un carro de la compra con libros y cuadernillos de temática religiosa, mochilas y maletas. Uno de los acusados, *F*, iba vestido con una túnica con caracteres árabes, y otro, *H*, blandía una gran cruz roja. Una vez dentro, los acusados empezaron a proferir palabras en alemán a través de un megáfono que, traducidas simultáneamente al castellano por uno de los recurrentes, decían: «tenemos un mensaje para vosotros: este metro está lleno de pecado, de drogas, (...) de alcohol. La palabra de Dios dice...». Mientras se efectuaban estas proclamas, uno de los acusados empezó a repartir trípticos a algunos viajeros en los que se podía leer, p.ej., «¿adónde irías si murieras hoy mismo?». Un joven pasajero que no pudo ser identificado, después de leer el contenido de uno de estos trípticos, se levantó y le dijo a uno de los exaltados: «de algo hay que morir, coño». La situación generó pánico entre los pasajeros, quienes se levantaron asustados y se dirigieron de prisa hacia la puerta del convoy, pensándose que se trataba de un atentado. El joven pasajero que había hablado con los acusados se volvió a levantar y exclamó «madre mía, que es broma, que es broma». Sin embargo, los acusados continuaron gritando sus proclamas, diciendo «Jesucristo os ama, no tengáis miedo, solo miedo al pecado» o «los españoles sois unos perros, sólo fumáis marihuana». Todo esto provocó una estampida en la que una chica, *M*, como fruto de las pisadas de los viajeros que intentaban huir del lugar, sufrió una serie de lesiones que requirieron, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento posterior y diferenciado.

## 2.2. Los argumentos de la sentencia

La principal alegación planteada por los recurrentes es que «a la luz de los hechos probados, no existió ni infracción del deber de cuidado, ni en modo alguno se creó una situación de peligro *ex ante* con la entidad necesaria para considerar, que previsiblemente, desembocaría en el resultado producido». Ante esta tesis, el Tribunal opone una serie de argumentos basados en la teoría la imputación objetiva. Así pues, tras un interesante repaso de esta construcción dogmática y su proyección en los delitos imprudentes (FJ Primero - 1.3), la sentencia da por válidas las tesis esgrimidas por el tribunal *a quo* (FJ Primero - 1.4). Al hilo de estas ideas, el Tribunal da su visión sobre el asunto (FJ Primero - 1.5), indicando que la actuación de los jóvenes «implica una conducta arriesgada o peligrosa para el bien jurídico, integridad física de las personas viajeras del metro, que además era previsible para los acusados». Para apoyar esta afirmación, la sentencia se refiere a «la multitud de personas que había en el vagón de metro», «el lugar donde tuvieron lugar los hechos», que los acusados iban vestidos con una indumentaria particular (remarcando que uno de ellos vestía una túnica árabe), efectuaban proclamas extrañas por megáfono y repartían panfletos con mensajes apocalípticos. De esta forma, «los acusados tuvieron que prever, necesariamente, que con su acción se provocaría ese riesgo». Frente a la situación creada, además, los jóvenes «adoptaron una actitud posterior en la que no impidieron la avalancha ni intentaron quitar el miedo a los viajeros», pues continuaron con sus proclamas religiosas. Todo ello permitiría imputarles objetivamente el resultado de lesiones sufrido por *M*.

## 3. Un esquema de resolución

La respuesta me parece acertada, así como los argumentos que la sostienen. Sea como fuere, presento a continuación un modelo de solución más desarrollado que se fija en algunos aspectos no planteados en la sentencia. De esta forma, en primer lugar, se esboza la importancia de la denominada teoría de la imputación objetiva en el ámbito del delito de lesiones, enfatizando la



necesidad de contemplarla más adecuadamente como una teoría de la tipicidad (3.1). Después de esta presentación, se exponen de forma esquemática los pasos que deben seguirse para desaprobado una conducta en atención a un posible resultado futuro, como mínimo, en un contexto estructuralmente paralelo al del caso planteado (3.2). Finalmente, se proyecta este esquema de resolución a los hechos probados antedichos para comprobar si, desde la perspectiva del tipo penal de lesiones, está prohibida la conducta consistente en entrar disfrazado y en grupo en un metro lleno de gente exclamando proclamas apocalípticas a través de un megáfono (3.3). La respuesta se fortalece con una mención a un tema que, seguramente por cuestiones procesales, no fue suscitado por la resolución, a saber, la relevancia del *topos* del «ejercicio de un derecho» en la delimitación de los márgenes de esta prohibición. A todo esto, se añaden también dos asuntos tratados someramente en la sentencia: la relevancia de la conducta del joven pasajero no identificado y la de las propias «víctimas».

### 3.1. Lesiones y conducta típicamente desaprobada. Una visión panorámica

Un vistazo general a la regulación penal del delito de lesiones permite atribuir al legislador español una empeñada inclinación «resultativista». En efecto, los tipos instituidos por los arts. 147 ss. del Código Penal (en adelante, CP) clasifican las distintas tipologías de lesiones en atención al resultado producido. Como es sabido, este «catálogo» tiene en cuenta el grado de afectación física o psíquica ocasionada, la parte anatómica o fisiológica afectada y la forma de la que depende su sanación. En este sentido, partiendo como referencia del tipo básico ex art. 147.1 CP, se extiende una medición lineal de carácter cuantitativo, tanto por arriba (arts. 149 y 150) como por abajo (arts. 147.2 y 3 CP). En cuestiones subjetivas, la regulación se cierra con una indicación sobre qué tipologías lesivas pueden realizarse por imprudencia grave (art. 152.1 CP) y menos grave (art. 152.2 CP). No añadiré mayores consideraciones a esta ordenación, cuya confusa presentación, aderezada con una jurisprudencia más que oscilante, ya ha sido desbrozada en otros lugares. No obstante, el afán por el resultado de nuestro legislador no debe empañar años de constante defensa de una idea por todos conocida: en términos de imputación de responsabilidad, la causalidad no es suficiente. En efecto, la posibilidad de señalar el comportamiento de un sujeto como una condición de una explicación correlativa de sucesos<sup>3</sup> no implica que este deba responder por todos estos acontecimientos. La orientación de la responsabilidad al ideal del «merecimiento» conlleva la exigencia de atribuir el ilícito al sujeto como una «obra suya» y no como un suceso a compensar por imposición de unas rígidas «reglas del juego».

Todas estas notas consabidas pueden proyectarse en una expresión que a todo jurista le debe sonar familiar: la imputación objetiva del resultado. Ofrecer una definición al concepto se antoja, no obstante, una tarea compleja. En efecto, la mayor parte de las veces, la doctrina no presenta a esta *por lo que es*, sino *por lo que hace*. ¿Y qué es lo que hace? A este respecto, GIMBERNAT ORDEIG indica lo siguiente: «[l]o que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla -desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto»<sup>4</sup>. De ello se deriva una máxima igual de familiar. En palabras de TORÍO LÓPEZ: «la conexión causal entre la acción y el resultado no fundamenta todavía la responsabilidad por el

<sup>3</sup> PUPPE, *El Derecho penal como ciencia*, 2014, pp. 147 ss.

<sup>4</sup> GIMBERNAT ORDEIG, «¿Qué es la imputación objetiva?», *EPyC*, (10), 1985-1986, p. 175.

hecho. Esta requiere además la imputación objetiva, es decir, que *la acción haya creado un peligro, jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en el resultado típico*»<sup>5</sup>. Una definición prácticamente idéntica nos ofrece la sentencia. Pero observada de esta última manera, la imputación objetiva parece una etiqueta para denominar a un conjunto de tópicos jurídicos que añaden consideraciones adicionales a la estricta relación de causalidad<sup>6</sup>. Se dice, entonces, que un resultado típico solo será objetivamente imputable a la conducta de un sujeto, aunque lo haya causado, si... y a continuación se enumeran una retahíla de conceptos: riesgo no permitido, inadecuación social, autorresponsabilidad de la víctima, relación de riesgo, ámbito de prohibición de la norma, interrupción del nexo causal o de imputación, etc.

En realidad, las preocupaciones que subyacen a estas expresiones se dirigen a desarrollar una teoría de la tipicidad. Así pues, en el marco del juicio de subsunción de la conducta al tipo penal, se requiere de herramientas que permitan enriquecer el análisis y lo lleven más allá de un simple «juego de coincidencias» entre un molde (el tipo) y el material que se quiere verter en él (el comportamiento a enjuiciar). Haciendo uso de un método teleológico, donde «el criterio rector de la elaboración conceptual es el *telos* perseguido»<sup>7</sup>, se trata de captar la materia prohibida por el tipo que corresponda a través de un análisis enriquecido con consideraciones normativas. Ciertamente, ningún tipo penal, por sí solo, presenta las improntas necesarias para efectuar una subsunción automática. «Matar a otro» es una matriz tan amplia que en ella cabrían una multitud de conductas. Los criterios de la denominada imputación objetiva detallan el molde de tipicidad, desarrollándolo en atención, no solo a su propio fin<sup>8</sup> (p.ej., proteger la vida humana independiente -art. 138 CP-, mantener indemne la integridad física y psíquica de las personas - art. 147 CP- o su libertad sexual -art. 178 CP-), sino también al contexto socio-normativo en el que este se desenvuelve. Porque no hay que olvidar que un tipo penal (una prohibición penal) constituye la culminación de un proceso de concreción de unos márgenes de libertad previamente delimitados por la Constitución, las otras ramas del Derecho, los usos sociales, las reglas de la técnica y demás convenciones que ordenan la vida en sociedad. En fin, todos y cada uno de estos criterios «de imputación objetiva», como advierte FRISCH, «guardan relación (...) con la pregunta de si concurre una *acción* típica»<sup>9</sup>. Por lo tanto, en realidad, lo fundamental no es imputar resultados o atribuirlos a acciones causales, sino analizar si la conducta llevada a cabo por el sujeto está prohibida o permitida<sup>10</sup>.

Estas impresiones pueden reorientarse al delito de lesiones de la siguiente manera. En tanto que tipo penal de resultado, la norma de conducta que de él se infiere se dirige a su destinatario para que este se abstenga de realizar una acción que pueda menoscabar la integridad física o psíquica de otra persona. Aunque se refiera a un estado de cosas futuro (la lesión), la prohibición no tiene por objeto este resultado, sino «un conjunto de acciones relacionadas de alguna manera con el

<sup>5</sup> TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, (39-1), 1986, p. 33 (con cursivas en el original).

<sup>6</sup> De este parecer, PUPPE, «El sistema de imputación objetiva», *InDret*, (1), 2021, pp. 591 s.

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales», en SANTANA VEGA/FERNÁNDEZ BAUTISTA/CARPIO BRIZ/CASTELLVÍ MONSERRAT (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J Queralt Jiménez*, 2021, p. 370.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho Penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (coords.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, 2006, p. 378.

<sup>9</sup> FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015, p. 108.

<sup>10</sup> ROBLES PLANAS, estudio preliminar a la obra de FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 20.

estado de cosas formalmente prohibido»<sup>11</sup>. Donde indica «causare a otro una lesión» (art. 147.1 CP) debe leerse «prohibido realizar una conducta penalmente desaprobada que implique el riesgo de lesionar a otro». En términos más coloquiales: «haz lo tuyo, pero respeta la integridad física de los demás». Sin embargo, un mensaje de estas características se presenta demasiado impreciso. Si asumimos (o imaginamos) como premisa metodológica que las normas se dirigen imperativamente a sus destinatarios para establecer una especie de relación dialógica con ellos<sup>12</sup>, nada nos sorprendería si este destinatario concreto respondiera con un «muy bien, pero, ¿qué debo hacer exactamente?» En la ordenación de su vida diaria, el destinatario de la norma requiere de un mensaje nítido que le indique cuál es su margen de actuación en atención a la concreta parcela que está ocupando en el mundo en ese instante. Así pues, la directiva «respeta la integridad física» no puede tomar la misma forma cuando esta se dirige al camionero que transporta mercancía peligrosa por una autopista que cuando su destinatario es un operario que está trabajando en la reforma de la fachada de un edificio en medio de una ciudad. El haz de prohibiciones que despierta la norma debe enriquecerse en atención a la posición social y normativa del destinatario. Pues esta prohibición no se proyecta «a la nada», sino a la específica realidad en la que se desenvuelve este preciso ciudadano. En el siguiente apartado indicaré cómo enriquecer este juicio de desaprobación en vista de la situación que ocupaban los acusados en el metro.

### 3.2. El juicio de desaprobación

La respuesta a la pregunta «¿qué debo hacer exactamente?» que nos puede plantear cualquier destinatario de una norma inferida de un tipo de delito de resultado debe dar protagonismo a un término específico: el riesgo. Lo que prohíbe la norma, en primera instancia, es que generes un riesgo desde la perspectiva del resultado indeseado. Efectivamente, los resultados lesivos no surgen por arte de magia, sino por la existencia de determinadas causas. Pero las causas de un resultado pueden ser muchas, por lo que es necesario que la conducta prospectivamente causal genere un riesgo entendido como «probabilidad de que resulte lesionado un interés ajeno»<sup>13</sup>. No obstante, entre una probabilidad 0 (es imposible que ocurra el evento) y 1 (el evento ocurrirá de forma segura) existe un amplísimo abanico gradual. Y las conductas con implicaciones sociales se suelen mover en este espectro: la probabilidad de que una madre dé a luz a una asesina nunca será 0, como tampoco será 1 la probabilidad de desencadenar un resultado fatal disparando a alguien en la cabeza. Si aderezamos esta consideración con una concepción imperativa de la norma y la contextualizamos en un ordenamiento jurídico que tiende a la optimización de las esferas de libertad de sus ciudadanos (art. 1.1 CE), podemos concluir que la norma solo puede prohibir una conducta cuando el riesgo que esta implica sea «elevado»<sup>14</sup>. Pero «elevado» es lo mismo que decir «manzana». Concretemos un poco: si la norma se dirige a un ciudadano para comunicarle cómo debe actuar en la posición social que ocupa, es razonable pensar que la prohibición se refiere a aquella conducta que toda persona en esa misma posición (la «persona baremo»<sup>15</sup>) se abstendría de realizar en caso de advertir el riesgo que conlleva. Por lo tanto, de lo

<sup>11</sup> DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, 2021, p. 72.

<sup>12</sup> Por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 3ª ed., 2021, pp. 574 ss.

<sup>13</sup> PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual: Una dogmática comparada*, 2022, p. 114.

<sup>14</sup> La sentencia utiliza la expresión «suficientemente importante y grave» (FJ Primero 1.3).

<sup>15</sup> PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022, p. 117.

que se trata es de comparar el comportamiento enjuiciado con la «reacción estándar» que hubiera tenido esta «persona baremo» en esa situación. Y para evitar sesgos retrospectivos<sup>16</sup>, la «persona baremo» no puede ser el intérprete con los conocimientos óptimos en un escenario *ex post*. En su contra, es necesario que este intérprete haga el esfuerzo de abstraerse de su entorno actual y se sitúe en un momento *ex ante*, de tal forma que «el conocimiento desde el que se formula el juicio de peligro tendrá que ser, como máximo, el más perfecto *en el momento de la conducta*»<sup>17</sup>.

En este punto, debo efectuar una consideración sobre la posibilidad de discriminar, dentro del juicio de desaprobación, una dimensión cuantitativa contrapuesta a una de cualitativa. Si esto fuera posible, en la primera dimensión se emplearían términos de raigambre aparentemente fáctica como «probabilidad», «peligro» o «causalidad», mientras que en la segunda se introducirían elementos valorativos como «libertad» o «competencia». Pero en el momento en que exigimos *ab initio* la necesidad de que el riesgo sea «elevado», «suficiente» o «importante» ya estamos introduciendo valoraciones socio-jurídicas en la ecuación. Así pues, limitar la prohibición de crear un riesgo a que este se presente «elevado», con independencia de lo que ello signifique, no es para nada neutral: se trata de una restricción normativa que parte de la idea de que no puede prohibirse todo si no quiere restringirse de forma insoportable la libertad. Más allá de este propósito, lo cierto es que casi ninguna constatación es ajena a lo valorativo. Siempre observamos el mundo desde una determinada perspectiva, por lo que nada está «a salvo» de nuestra visión sobre cómo *suceden* y *deben suceder* las cosas. Ejemplo: parir implica un riesgo de homicidio, por mínimo que sea, pues el hijo o la hija puede ser un psicópata; sin embargo, no consideramos que parir constituya un riesgo de esta clase, no solo por su nimiedad, sino por lo que ello implicaría socialmente en una comunidad que todavía no parece haber asumido las tesis antinatalistas. Solo en caso de que surja la impresión de que una persona prudente, en la misma situación del autor, se abstendría de realizar la acción que este ha realizado, cabría plantearse si el riesgo está permitido o es socialmente adecuado. El riesgo estará *permitido* cuando esté implícita o explícitamente autorizado por sectores del ordenamiento jurídico previos al Derecho penal con base en las razones de política legislativa que corresponda al sector afectado. Por su lado, el riesgo será *socialmente adecuado* cuando se tolere, pese a su importancia o prominencia, en un ámbito social no regulado por el Derecho positivo, por lo que construido sobre la base de valoraciones surgidas de la reiteración en tanto que costumbre con *opinio iuris sive necessitatis*<sup>18</sup>.

En situaciones más o menos normales, no regidas por normas jurídicas o sociales concretas<sup>19</sup>, el juicio de desaprobación se sostendrá por aquellas leyes causales accesibles a la «persona baremo» que permitan señalar que la conducta en duda aumenta el riesgo. Entiéndase «ley causal» en un sentido amplio: enunciados sobre una regularidad de fenómenos que podemos extraer del *explanans* de una explicación sobre cómo acaecen determinados eventos (p.ej., «un cuerpo con masa cae por la gravedad», «un disparo en la cabeza suele desencadenar la muerte de una persona» o «darle un bofetón a alguien suele provocar hematomas»). Con estos enunciados podemos formular pautas de conducta *ex ante* que tienen en cuenta el riesgo que implica un

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, «A toro pasado, ...cuidado con los sesgos cognitivos», *InDret*, (3), 2021, pp. ss.

<sup>17</sup> PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022, p. 115 (con cursivas en el original).

<sup>18</sup> Con esta bipartición, asumo la distinción planteada por SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, pp. 22 s.

<sup>19</sup> Que son las que subyacen a las instituciones del riesgo permitido y la adecuación social, respectivamente. Sobre esto, KNAUER, «Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht - Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft», *ZStW*, (126-4), 2014, p. 859.

comportamiento *X* en atención a un resultado *Y*: «si lanzo un cuerpo con masa, caerá», «si disparo a este señor en la cabeza, lo más seguro es que muera» o «si le doy un bofetón a este niño, lo más seguro es que le provoque un hematoma». Por lo general, nuestros conocimientos cotidianos sobre cómo suelen suceder las cosas (si se quiere, conocimientos causales) serán suficientes para extraer estas pautas. En situaciones más o menos habituales (andar por la calle, comer en un restaurante, tomar algo en un bar), todo el mundo con una socialización mínimamente normal (la «persona baremo») tendrá «acceso» a estas, digamos, «normas sobre el riesgo». Con estipular un deber general de abstenerse de realizar aquella conducta que, según una de estas reglas causales, implique un riesgo elevado, será suficiente para ordenar de forma compatible las distintas esferas de libertad. Un riesgo por debajo de este umbral de tolerabilidad no deberá captar la atención del tipo penal como fruto de un primer filtro valorativo (la exigencia de «importancia» o «suficiencia» del riesgo).

El problema surge en ámbitos más especializados, donde las leyes causales que regulan los acontecimientos son mucho más complejas y, en ocasiones, inaccesibles a un «público normal». En estos casos, la experiencia cotidiana deberá dar paso a la experticia de la mano leyes causales más técnicas. Y a mayor experticia, mayor impacto de las regulaciones sectoriales sobre la permisión y prohibición de los riesgos. En efecto, en los medios más tecnificados es donde mayor protagonismo alcanzará la institución del riesgo permitido. O lo que es lo mismo: el impacto de la configuración previa de las interrelaciones de esferas de libertad, en tanto que pre-organización jurídica de posiciones que el Derecho penal, por mucha autonomía que persiga, no puede soslayar como paso ineludible para conseguir un Ordenamiento jurídico coherente y pleno. Esta comprensión tiene una relevancia capital en el ámbito de los delitos económicos, configurados sobre un abuso de la técnica de la ley penal en blanco y caracterizados por responder a la lógica estructural de los *mala quia prohibita*<sup>20</sup>. El impacto de las regulaciones sectoriales será mucho mayor en este contexto que en situaciones, digamos, «normales» o «cotidianas». Por lo tanto, la regla general de abstenerse de realizar acciones que impliquen un riesgo suficiente deberá complementarse con la valoración concreta que merezcan estas pautas de conducta por parte de la legislación administrativa y mercantil. Esta última, a veces, permitirá este tipo de conductas porque la utilidad global de estas superará los perjuicios que de ellas pudieran derivarse<sup>21</sup>; en ocasiones, se remitirá a los usos sociales a los efectos de perfilar la conducta prohibida, en una especie de reenvío a una suerte de «adecuación social» sectorial<sup>22</sup>; y, en algunos casos, directamente, cerrará el espacio a la valoración y al control judicial<sup>23</sup>. Puede, incluso, que esta regulación jurídica pre-penal prohíba conductas pese a desconocerse la «ley causal» aplicable al caso. Así opera, p.ej., el principio de precaución: un instrumento regulador con el que los Estados europeos pueden condicionar, e incluso prohibir, actividades de las que puede predicarse un riesgo larvado aunque no determinado con la suficiente certeza científica.

---

<sup>20</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Lo teórico y lo experimental en la teoría del delito», en el MISMO/MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2012, p. 38.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Zur Weiterentwicklung der Lehre von “erlaubten Risiko”», *GA*, 2021, p. 299.

<sup>22</sup> Esto ocurría, p.ej., con el art. 54.6 Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, referente a los principios de conducta, ya derogada: «Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal».

<sup>23</sup> Es lo que ocurre con el art. 226 LSC, precepto que incorpora a España la denominada *Business Judgment Rule*. Sobre esto, por todos, COCA VILA, «La *Business Judgment Rules* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», *La Ley*, (9371), 2019, pp. 1 ss.

El mecanismo indicado permitiría desaprobado una conducta pese a no advertirse de forma fehaciente el riesgo implícito a la misma.

Afortunadamente, las reglas de conducta que «informan» el modo de comportarse en un metro no suelen implicar este nivel de refinamiento. Con identificar determinadas leyes causales universalmente conocidas y establecer conforme a ellas un deber de abstención de realizar aquellas conductas que impliquen un riesgo de resultado, será suficiente para regular correctamente el buen desarrollo de las interacciones sociales en un sistema de ferrocarril metropolitano. Por lo tanto, es momento ahora para responder, en la línea de los argumentos vertidos por la sentencia, a la pregunta *qué debo hacer en un metro para respetar la integridad física y psíquica de sus pasajeros*.

### 3.3. Proyección al caso

#### a. *¿Riesgo de lesiones?*

¿Y qué debo hacer? Entre otras cosas, según la sentencia, abstenerse de entrar en grupo en un convoy repleto de gente, con indumentaria estrafalaria y gritando consignas apocalípticas. Y no debes hacerlo desde la perspectiva del tipo penal del delito de lesiones. Es decir, la prohibición que proyecta la norma de conducta desprendida de este delito concreta su mensaje en la específica posición que ocupaban los acusados, a quienes «les dice», básicamente, «no lo hagáis, porque vuestro comportamiento implica un riesgo penalmente desaprobado». ¿Por qué? En opinión del Tribunal, porque una conducta de estas características conlleva la posibilidad real de que se produzca una estampida. Efectivamente, las probabilidades de generar, a través de una conducta parecida a la de los acusados, una situación de pánico que implique una puesta en peligro de la integridad física de las personas son altas. En esta situación, cualquier persona prudente puede extraer la siguiente «ley causal»: si empiezo a gritar en una lengua extranjera, vistiendo ropajes extraños y repartiendo folletos con mensajes sobre la muerte, existe una probabilidad nada desechable de que genere una situación de confusión desde la que, fácilmente, se desencadene una reacción instintiva de pánico que, dada las características físicas del lugar (estrechez del convoy, número limitado de accesos y salidas, fisonomía del andén y proximidad a las vías), pueda producir lesiones físicas a los afectados debido a las posibles caídas, pisotones y empujones. En tanto que el riesgo no es nada descartable y no hay capacidad de controlarlo una vez estallado el pánico debido al carácter masivo de la situación (en términos gráficos, es un «sálvese quien pueda»), es fácil pensar que cualquier persona mínimamente prudente (la «persona baremo») se abstendría de realizar una acción de estas características. Prohibirla no impide el correcto desarrollo funcional de un metro, al contrario, lo facilita y lo asegura.

Esta conclusión puede entenderse mejor haciendo referencia a la situación que vivía la sociedad europea en agosto de 2018. En efecto, desde el ataque al semanario satírico Charlie Hebdo en 2015, una de las principales preocupaciones que concernían a Europa era, precisamente, la del terrorismo de corte islamista. En esa época, términos como «lobo solitario», ISIS o Dáesh copaban constantemente los titulares de prensa. España mantenía un nivel 4 reforzado de alerta antiterrorista desde mayo de 2015 y la insistencia en el tema era tan constante que existía la percepción de que, en cualquier momento y en cualquier lugar, podía ocurrir un ataque. Y ocurría. Solo en mayo y marzo del mismo año en el que los acusados entraron en el metro, se habían ejecutado sendos ataques terroristas en Bélgica y Francia, y todavía no había pasado un

año de los fatales atentados de Barcelona y Cambrils. Si este clima enrarecido lo contextualizamos en un metro repleto de gente a hora punta, la posibilidad de escalada es más que real. Consiguientemente, parece equilibrado restringir de esta forma la libertad en aras de afianzar un contexto de seguridad en un lugar de frecuencia masiva de personas, garantizando con ello el correcto desarrollo de las distintas esferas de interés existentes. No obstante, frente a esta restricción, alguien podría oponer lo siguiente: ¿acaso no existe el derecho de manifestar la propia opinión al público? ¿Qué mejor sitio para desarrollar mi libertad de expresión que un metro repleto de gente? Esta pregunta me permite proseguir en el análisis con el siguiente apartado.

b. *Especial referencia al ejercicio de un derecho*

El contenido del mensaje y la forma utilizada para comunicarlo permiten relacionar el caso con una cuestión que, en lo que alcanzo, no fue planteada por los recurrentes: la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE; también, arts. 20 y 21 CE), cuyo desarrollo implica el derecho de toda persona a «reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos» (art. 2.1.d) LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa). Desde la perspectiva del Derecho penal, este punto abre la posibilidad de plantear la subsunción del comportamiento enjuiciado en la causa eximente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.1.7.º)<sup>24</sup>. En términos dogmáticos, la eventualidad indicada conlleva asimismo preguntarse por el papel que ocupa en este juicio de desaprobación una salvedad legal que toda la manualística concuerda en señalar como una «causa de justificación»<sup>25</sup>. Tratar este problema supone, sin embargo, entrar en terreno pantanoso: diferencia entre tipicidad y antijuridicidad, naturaleza de las causas de justificación, similitudes y desemejanzas entre normas permisivas y normas justificantes... una multitud de temas cuyo análisis desbordaría por completo las pretensiones de este texto. Pero creo que puedo sugerir algunas notas sobre la cuestión sin necesidad de adentrarme (hasta el fondo) en estos puntos. Con vistas a este objetivo, replanteo el problema de la siguiente manera: si la norma de conducta inferida del delito de lesiones comunica a su destinatario qué debe hacer en una determinada situación, ¿qué papel desempeña en esta ecuación la existencia de un derecho fundamental que podría llegar a permitir esta misma conducta en caso de que su ejercicio fuera compatible con los derechos de los demás ciudadanos?

Tal y como he indicado, la doctrina parece ofrecernos una respuesta automática: este derecho, sea cual sea su fuente, justifica una conducta típica<sup>26</sup>. Así pues, ejercer un derecho en el sentido del art. 20.1.7.º CP constituiría algo análogo a defenderse legítimamente (art. 20.1.4.º CP) y actuar en estado de necesidad (20.1.5.º CP). Otros autores, no obstante, consideran incompatible hablar de «tipicidad» cuando la conducta a la que se refieren forma parte del núcleo del ejercicio de un derecho fundamental<sup>27</sup>. Por lo tanto, la pregunta tendría *a priori* dos posibles respuestas: el ejercicio de un derecho, o bien se refiere a la (a)tipicidad de la conducta, o bien se trata de una cuestión relativa a su antijuridicidad. Sin embargo, las referencias a la norma y a su función directivo-comunicativa con las que he aderezado el texto convierten en superflua la clásica

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ PERALES, «La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal», *ADPCP*, (75-1), 2022, p. 757

<sup>25</sup> Por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 487 ss.

<sup>26</sup> Recientemente, p.ej., LUZÓN PEÑA, «Ejercicio legítimo de derecho. Cuestiones generales», en DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (eds.), *Libro homenaje al profesor Luís Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, t. I, 2021, p. 369.

<sup>27</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2019, p. 186.

distinción entre «tipicidad» y «antijuridicidad». Por lógica, una conducta amparada por una causa de justificación no es antinormativa (no se opone a la norma penal)<sup>28</sup>. Así pues, como resume FERNÁNDEZ PERALES, «[l]a norma de conducta (...) no prohíbe conductas justificadas» pues «únicamente de la síntesis de las valoraciones referidas puede surgir la norma»<sup>29</sup>. Ello es plausible con la idea señalada *ad supra* sobre la necesidad de concretar el contenido de la norma penal en atención a la concreta parcela que ocupa su destinatario<sup>30</sup>. Sea como fuere, la inclusión del concepto «antinormatividad»<sup>31</sup> en toda esta maraña no implica dejar de hablar de causas de justificación: el juicio de desaprobación, enriquecido con todas las consideraciones normativas que permiten señalar la conducta como permitida o prohibida, puede seguir escalonándose en distintos niveles. En cada uno de estos, esta desaprobación podrá ser objeto de un análisis particular en atención a distintos problemas estructurales. En efecto, la categoría de la antinormatividad como proyección de un injusto total expresivo no impide efectuar distinciones internas, aunque todas ellas intenten responder por la pregunta general de si la conducta puede o no desaprobarse<sup>32</sup>.

Dicho esto, considero que la cuestión de si el comportamiento implica un riesgo generalmente desaprobado no es estructuralmente idéntica a preguntarse si esta conducta, en la situación concreta, está justificada. Y ello, aunque ambas cuestiones constituyan dos manifestaciones de un juicio de desaprobación total. El vocablo «justificar» parece suscitar un carácter extraordinario que encaja muy bien con la fisonomía de la legítima defensa y el estado de necesidad. Sin embargo, se hace extraño pensar que una conducta que constituye la proyección del ejercicio de un derecho, y más si este tiene rango constitucional, esté justificada pese a poder subsumirse *a priori* en un tipo penal concreto. Así pues, si aceptamos que hay riesgos permitidos por normas sectoriales, cuyo efecto dogmático es la imposibilidad de su subsunción típica, misma conclusión puede extraerse *a fortiori* cuando esta permisión se refiere el núcleo de un derecho de rango constitucional<sup>33</sup>. El carácter extraordinario de la justificación, en tanto que análisis sobre la «responsabilidad preferente del propio afectado», solo entrará en escena, como nivel adicional de este juicio total de desaprobación, una vez constatada, en su caso, la «desaprobación social-general» del comportamiento<sup>34</sup>. Es decir, la pregunta por la justificación surgirá después de analizar si «la conducta se mueve dentro de los espacios de permisión o tolerabilidad social» para escudriñar si esta constituye o no una «afectación negativa de los bienes jurídicos de los demás» admitida «en beneficio de la libertad propia y ajena»<sup>35</sup>. En este primer juicio de desaprobación social-general es donde tendrá que tenerse en consideración el *topos* del ejercicio de un derecho. Así pues, una conducta que forma parte del núcleo básico de un derecho fundamental no cumple

<sup>28</sup> ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 89, 105.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ PERALES, *ADPCP*, (75-1), 2022, p. 765.

<sup>30</sup> Como indica RENZIOWSKI, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en BYRD/JOERDEN (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics. Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, 2005, p. 646: «El hecho de que la acción esté "absolutamente permitida" solo surge de la puesta en común de todas las normas de conducta del ordenamiento jurídico, también de las normas sobre causas de justificación».

<sup>31</sup> Sobre este concepto, véase ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, pp. 9 ss.

<sup>32</sup> Lo admite el propio ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 81, hablando de consideraciones «normativas sobre la legitimación de la restricción de la libertad que pueden agruparse en tres subniveles de concreción de la norma a la situación del sujeto».

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ PERALES, *ADPCP*, (75-1), 2022, p. 760.

<sup>34</sup> ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 81, 103.

<sup>35</sup> ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 103 s.



con el primer nivel del juicio de desaprobación (si se quiere, «está permitida» o «no está típicamente desaprobada»), por lo que no es necesario sacar a colación las cuestiones estructurales y analíticas que subyacen a las causas de justificación en aplicación del art. 20.1.7.º CP<sup>56</sup> (si se quiere, preguntarse si la conducta «está o no justificada, pese a ser típica»)<sup>57</sup>.

Dicho esto, ¿está amparada por el art. 16 CE la conducta de los acusados? La respuesta simple es que no. Pero desarrollémosla un poco: el propio art. 3 de la LO 7/1980 antes citada asume que el «ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática». Según reiterada jurisprudencia constitucional, la «violencia» constituye, precisamente, el exceso paradigmático en el ejercicio de un derecho fundamental como el señalado (por todas, STC 133/2021, de 24 de junio [BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021]). Pues, aunque determinadas injerencias de baja intensidad en los derechos de los demás puedan quedar abarcadas por el umbral de tolerancia inmanente al ejercicio de un derecho como el del art. 16 CE<sup>58</sup>, distinta conclusión puede extraerse cuando el riesgo que de este se deriva es de lesiones, poniendo en peligro con ello la integridad física y psíquica de los demás ciudadanos afectados. Consiguientemente, los acusados no podrían haberse amparado en un derecho de rango constitucional para superar la desaprobación social-general de su conducta (que no justificarla), pues su conducta constituyó una extralimitación (si se prefiere, un exceso) del margen de maniobra concedido por un derecho de estas características. Los únicos riesgos que podrían quedar *a priori* amparados (a falta de un desarrollo argumental que no puedo efectuar aquí) serían aquellos vinculados a posibles resultados lesivos de bienes jurídicos de menor importancia que la integridad física o, sobra decirlo, la vida.

### c. *La conducta del joven pasajero no identificado*

La sentencia analiza por encima la conducta del joven pasajero que, como hemos visto en los hechos probados, se levantó de su asiento y empezó a gritar «de algo hay que morir, coño». Precisamente, fue a razón de este comportamiento que la Audiencia Provincial de Valencia, en

<sup>56</sup> Precepto que, desde esta perspectiva, podría considerarse «superfluo». Sobre esto, LUZÓN PEÑA, en DE VICENTE MARTÍNEZ/GÓMEZ INIESTA/MARTÍN LÓPEZ/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/NIETO MARTÍN (eds.), *Libro homenaje al profesor Luís Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, t. I, 2021, pp. 356 ss.

<sup>57</sup> Otra cosa es plantearse si una conducta que se extralimita en el ejercicio de un derecho fundamental puede llegar a estar justificada. Esta sugerente idea la plantea PAREDES CASTAÑÓN, «Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso «Autrem el Parlament», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coord.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1233 ss. En el texto, el autor considera que una conducta ejercida dentro de los límites de un Derecho fundamental constituiría un comportamiento atípico, mientras que, en caso de que se excediera en este ejercicio, podría suscitarse su posible justificación, «[p]ues, al fin y al cabo, no debería tener la misma consideración una conducta penalmente típica cualquiera y otra que, en cambio, formó parte del proceso de ejercicio de un derecho fundamental» «aun excesivo (y, por consiguiente, ilegal)»; proponiendo al efecto reparar en el mecanismo legal de las eximentes incompletas a través del art. 21.1.º CP en relación con el 20.1.7.º CP.

<sup>58</sup> Parecido, STC 190/2020, de 26 de enero junio (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2020). Ello permite considerar que la tolerancia con determinados riesgos derivados del ejercicio de un derecho fundamental es más compatible con respecto a los tipos penales que protegen la libertad de obrar y el patrimonio. Sobre los primeros, véase MARTÍNEZ SANROMÀ, «El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 *quater* CP», *La Ley*, (10272), 2023, pp. 1 ss., con especial atención al delito de acoso antiabortista y su compatibilidad con el reconocimiento al derecho de manifestación y reunión en atención a la prohibición de generar «molestias».

la primera sentencia absolutoria (SAP Valencia (Sección 1ª) 170/2021, de 22 de marzo [ECLI:ES:APV:2021:277]), consideró que «se produjo un exceso fuera de los propósitos compartidos del grupo; y en ese exceso confluyeron varios factores, en los cuales la conducta de los acusados es uno de ellos, pero en modo alguno el único». Así pues, según la resolución referida, el comportamiento de este joven constituyó uno de los factores que concurrieron en el desencadenamiento de la reacción de los viajeros, al «incrementar el temor de los usuarios del vagón». Este factor de riesgo escapaba, se indica en la resolución, de la esfera de control de los acusados. En lo que alcanzo, y a la vista de una de las respuestas ofrecidas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en la resolución confirmada por el Tribunal Supremo<sup>39</sup>, el argumento que subyace a estas consideraciones es el siguiente: este joven, al exclamar estas palabras, fue el verdadero detonante de la reacción instintiva de los pasajeros. En términos dogmáticos, se diría que el joven «interrumpió» el nexo de imputación entre la conducta de los acusados y las lesiones sufridas por la víctima a causa de la estampida producida.

Sin embargo, si la propia Audiencia Provincial acepta que la conducta del joven fue uno de los factores que confluyeron en la provocación de la estampida, en ningún caso se puede hablar de una interrupción entre el comportamiento *ex ante* peligroso de los acusados y las lesiones sufridas por *M*. El joven «incrementó el temor», es decir, contribuyó con su exclamación a la generación del clima de riesgo que, en toda su dimensión, provocó la reacción de los viajeros. De forma gráfica: para echar leña al fuego se necesita, obviamente, fuego. Y en el caso que nos ocupa, el «fuego» (la situación de peligro) fue creado por los acusados. Por lo tanto, en realidad, el joven se incorporó con su conducta a un hecho delictivo ya iniciado, ensamblando su actuar con el de los demás y contribuyendo con ello a la generación y mantenimiento de dicho riesgo. Consiguientemente, de haberse podido identificar al chico, su comportamiento se podría haber valorado como una forma de intervención (imprudente) en un contexto estructuralmente análogo al de una «coautoría sucesiva»<sup>40</sup>. A mi parecer, su actuación no podría valorarse como una especie de riesgo *ex novo* desencadenador de un curso de imputación distinto; su actuar, por el contrario, se engarzó con un riesgo ya existente.

d. *La conducta de «las víctimas»*

Muy en la línea del anterior problema, considero oportuno analizar la relevancia penal que se le puede atribuir al propio comportamiento de los viajeros del metro. Los recurrentes, frente a la referencia por parte del tribunal *a quo* a los diversos atentados de corte islamista que habían sucedido en Europa en los últimos años para justificar la peligrosidad del comportamiento de los acusados, plantearon que estos últimos eran en realidad cristianos evangelistas, «no pudiendo prever los mismos en modo alguno con arreglo a una correcta diligencia o a un adecuado ejercicio del deber de cuidado y más portando escenografía claramente católica (biblia, cruz...) y haciendo referencia expresa a Jesucristo, que pudieran ser confundidos por islamistas radicales». Aunque no de forma explícita, este argumento suscita una cuestión adicional, a saber, la posible autorresponsabilidad de las «víctimas» (entiéndase, de los pasajeros que, con su reacción, iniciaron la estampida).

---

<sup>39</sup> En concreto, el TSJ indica: «la conducta del joven desconocido pudo incrementar la reacción, no resulta del relato fáctico que tenga entidad para interferir de forma absoluta en el nexo causal que era ya *ex ante*».

<sup>40</sup> Aportación al hecho delictivo que el joven parece que intentó retirar al exclamar, acto seguido, que todo era una broma.

Así pues, en el análisis sobre la desaprobación social-general que merece una conducta, puede efectuarse un «reparto de cargas» en el siguiente sentido: en aras de coordinar las distintas esferas de libertad que interactúan socialmente, todos (posibles «autores» y posibles «víctimas») tenemos el deber de comportarnos de forma razonable para sortear posibles riesgos. En este «equilibrio de competencias», pueden plantearse aquellos casos en los que un sujeto «a través de su comportamiento motiva a la víctima a realizar (...) acciones arriesgadas»<sup>41</sup>. Como indica FRISCH, «[e]l pretender tomar como pretexto (...) esta posibilidad para prohibir (...) traería consigo una limitación insoportable de la libertad de actuación»<sup>42</sup>. En efecto, el simple hecho de que, con mi conducta, aumente las probabilidades de que un tercero, autónomamente, se ponga en peligro, constituye una razón demasiado drástica para prohibir dicho comportamiento. Este argumento, además, da la espalda a una realidad normativa fundamental: las «víctimas» no son objetos inertes receptores de peligros, sino que constituyen agentes autónomos a los que les incumbe igualmente el deber de comportarse de forma razonable. Si decido cruzar las vías del tren sin hacer uso del paso subterráneo y dos personas me siguen y son arrollados por una locomotora, no se me puede «prohibir» (a efectos de un homicidio) mi conducta pese a la existencia de un riesgo muy real de que otros decidan seguirme y ponerse en peligro. Por mucho que mi comportamiento les motive a colocarse en una situación de riesgo, a ellos les incumbe el deber de elegir el camino menos peligroso para cruzar las vías. En este último ejemplo puede entreverse el límite a esta regla general: la restricción de conductas que motivan a otros a ponerse en peligro puede evitarse considerando «que la otra persona esté en disposición de decidir de manera razonable»<sup>43</sup>. Esto constituye una «garantía normativa suficiente para que ciertas acciones, pese a la ínsita apertura a la posibilidad de abuso por parte de otros sujetos, no sean calificadas como creaciones de riesgo desaprobadas»<sup>44</sup>.

Con esto dicho, puede ofrecerse una respuesta a la posibilidad de entender que fueron los pasajeros del tren, y no los acusados, quienes generaron el riesgo desaprobado a través de una reacción desmedida. Como he indicado, el límite a esta especie de «prohibición de regreso» se encuentra en la capacidad de la víctima de tomar una «decisión razonable». Pues bien, difícilmente puede aceptarse que las circunstancias que rodearon la «resolución» de los pasajeros de salir huyendo del tren puedan propiciar un contexto de normalidad motivacional. La potencialidad de una toma de decisión racional, más allá de la «magia» del concepto, depende de un entorno en el que el «agente decisor» pueda sopesar mínimamente las razones a favor y en contra de los posibles cursos de acción. En principio, presumimos que cualquier persona en una situación normal puede llevar a cabo este cometido. Sin embargo, tanto aspectos personales (p.ej., la ingesta de alcohol) como contextuales (p.ej., un edificio en llamas) pueden mermar esta «garantía normativa» de racionalidad. Precisamente esto es lo que ocurre en el caso analizado. Efectivamente, en un contexto de confusión y alboroto, las posibilidades de interpretar adecuadamente lo que está sucediendo y atribuirle el significado «correcto» (comunicación de un mensaje religioso en oposición al inicio de una acción terrorista) son prácticamente nulas. Si se prefiere en otros términos, en una situación como la relatada, no es «exigible» un deber de comprobación de las intenciones reales de los alborotadores. Su cumplimiento, no solo podría llegar a ser imposible debido al contexto emocional anómalo, sino que podría ir en detrimento

---

<sup>41</sup> FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 71.

<sup>42</sup> FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 74.

<sup>43</sup> FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 74.

<sup>44</sup> FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 74 s.

de un curso de acción salvador en caso de que la verdadera intención de los «manifestantes» fuera, precisamente, ejecutar un atentado terrorista.

#### 4. Reflexiones finales

Nada, salvo la prudencia, impide a alguien reunirse con otras personas para manifestar públicamente su opinión sobre un tema, de la índole que fuera. En principio, los posibles riesgos para determinados bienes jurídicos de menor rango (libertad deambulatoria, patrimonio) podrían quedar abarcados por un umbral de tolerancia referido al ejercicio «eficaz» de un derecho constitucional (arts. 16, 20 y 21 CE). Ciertamente, manifestar la propia opinión puede generar determinados peligros frente a algunos intereses preponderantes que deben admitirse socialmente si no quiere esterilizarse el ejercicio de este mismo derecho. Sin embargo, esta tolerancia no puede abarcar los riesgos que afectan a los bienes jurídicos más importantes (integridad física o vida), pues el correcto desarrollo de un sistema de pluralismo político y religioso no puede asegurarse a costa de los intereses más personales de los ciudadanos. Por lo tanto, si conoces una «ley causal» que informa sobre el riesgo elevado que implica tu conducta con respecto a posibles resultados lesivos, debes abstenerte de realizarla en aras de proteger derechos más importantes de los que *a priori* estás ejerciendo. Precisamente, entrar en tropel y disfrazado en un metro repleto de gente, exclamando consignas apocalípticas y repartiendo panfletos constituye una conducta peligrosa por las altas probabilidades existentes de generar una situación de pánico que desencadene una estampida. Como es conocido por todos, esta tesitura implica una posibilidad real de que los afectados acaben sufriendo lesiones como consecuencia de la desbandada masiva. Frente a esta posibilidad, es preciso prohibir comportamientos como el de los acusados y, en su caso, imputar a estos los resultados lesivos que pudieran derivarse de forma coherente. Entre ellos, por cierto, difícilmente puede asumirse que un resultado fatal producto de una especial fisonomía estructural de una persona (p.ej., un ataque al corazón fruto del sobresalto) deba quedar abarcado por un riesgo que, por el contrario, solo puede proyectarse hacia los resultados «propios» de una estampida (p.ej., contusiones, pisadas, magulladuras o muertes por asfixia).

## **Consumación e imputación subjetiva como doble límite a las amenazas proferidas a través de terceros**

### ***Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 179/2023, de 14 de marzo***

Álvaro de Juan García  
Fiscal  
alvaro.dejuan.ga@gmail.com

-

### **1. Introducción**

El tratamiento de la violencia de género –en que se incluyen las conductas previstas en el artículo 171.4 del Código Penal (en adelante, CP)– encierra una transcendencia social mayúscula, por cuanto afecta a la libertad y seguridad de las personas en contextos caracterizados por una fuerte dependencia afectiva cuyas consecuencias, en el desarrollo del proceso penal, son palmarias. Es por ello que nuestro legislador ha creado tipos específicos e incluso mecanismos procesales *ad hoc* para afrontar este problema.

El potencial impacto de los procesos en el bienestar y seguridad de las víctimas y de sus familiares se traduce, en la experiencia forense, en la ponderación de criterios extrajurídicos que no rigen en la persecución de la generalidad de los ilícitos penales. Este abordaje pragmático justifica que nos encontremos ante un campo fértil y aún entregado a discusión académica.

Es ejemplo paradigmático de lo anterior la Sentencia objeto de análisis en la presente reseña. La STS 179/2023, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1557)<sup>1</sup> desestima en vía casacional el recurso interpuesto confirmando la SAP Alicante (Sección 1<sup>a</sup>) rec. 1585/2021, de 13 de enero que, en lo que aquí interesa, revocaba parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 9 de Alicante que era condenatoria, entre otros, por un delito de amenazas del artículo 171.4 CP. De la repetida Sentencia pueden extraerse interesantes consideraciones sobre la actual divergencia de criterios en la Sala Segunda en el castigo de los delitos de amenazas proferidos por mediación de terceras personas. El presente escrito comparte la tesis del voto particular sobre el momento de consumación de las amenazas, y hace extensiva la opinión mayoritaria que descarta el dolo eventual.

---

<sup>1</sup> Ponente D. Antonio del Moral García.

Tratándose de una Sentencia dictada en Plenario, la estrechez del parecer mayoritario<sup>2</sup> que se impuso al minoritario<sup>3</sup> -convirtiendo esta distinción en un mero recurso retórico- la hace acreedora de alguna adición o glosa.

## 2. Contextualización

### 2.1. Los hechos y la primera instancia

En virtud de Sentencia firme de 30 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 09 de Alicante, sobre el sujeto activo pesaba una pena de prohibición de aproximación a la víctima (su exmujer) en una distancia no inferior de 500 metros de ella, el lugar de su domicilio o de sus habituales quehaceres, así como una prohibición de comunicación por cualquier medio durante el período de 11 años, habiéndose efectuado los precedentes requerimientos y liquidaciones de dicha pena, que finalizaba el día 22 de agosto de 2026.

Sin embargo, con conocimiento de las anteriores interdicciones, el día 04 de noviembre de 2021 sobre las 13:10 horas, el sujeto activo se presentó en un colegio sito a escasos 100 metros del domicilio de la víctima movido por el propósito de tomar contacto con el hijo común de ambos. Al ser interpelado por efectivos del Cuerpo Nacional de Policía que se encontraban en las inmediaciones, el sujeto activo manifestó a los agentes, tanto en el momento de la detención como más adelante al ser trasladado a dependencias policiales, las palabras que siguen:

«Voy a matar a mi exmujer y a mi excuñada. Le voy a quitar a los cuatro hijos». «Yo solo quiero ver a mis hijos y nadie me ayuda, ni el Juez, ni el Fiscal ni nadie, al final no voy a ir a buscarlos al colegio, voy a ir a otro sitio, mato a la madre, a los niños y luego me mato yo, me da igual, no tengo nada, solo a mis hijos».

En base a estos hechos, el Juzgado de lo Penal dictó Sentencia condenatoria el día 01 de diciembre de 2021 por delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP y por delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género del artículo 171.4 del mismo texto legal. Tan breve es el relato de hechos señalado que, *a priori*, puede resultar llamativo que pueda conducir a un pronunciamiento condenatorio por amenazas. Esta afirmación cobrará su relevancia a continuación.

### 2.2. La absolución parcial de la Audiencia Provincial

La Audiencia Provincial dictó Sentencia de 13 de enero de 2022 en que aceptó en alzada los hechos probados y, considerando aquellos, absolvió al sujeto activo del delito de amenazas. La resolución recogió interesantes –aunque inabarcables– apreciaciones de orden dogmático vinculadas a las formas imperfectas de ejecución en el mencionado tipo penal. Pero, lo que es más importante, la absolución tuvo lugar por cuestiones fácticas porque era determinante, estimaba la Audiencia, valorar si los hechos probados en sí mismos daban pie a una condena por

---

<sup>2</sup> D. Antonio del Moral García, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Andrés Palomo Del Arco, D. Pablo Llarena Conde, D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, D. Leopoldo Puente Segura, D. Javier Hernández García.

<sup>3</sup> D. Julián Sánchez Melgar, D. Vicente Magro Servet, D. Manuel Marchena Gómez, D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García, D.<sup>a</sup> Susana Polo García, D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz y D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

delito de amenazas.

En este contexto, la Audiencia descartó la existencia de un delito de amenazas al no poder desprenderse del relato fáctico que el sujeto activo, al manifestar sus atemorizantes palabras ante efectivos policiales, tuviera intención de que éstas llegasen a conocimiento de sus supuestos receptores. Para descartar el dolo de amenazar, la Sección sostuvo:

«Las circunstancias fácticas impiden apreciar que el acusado incluyera, en su plan de autor, que la señora Julieta en un marco unitario espacio-temporal fuera destinataria del mal amenazado y transmitido a terceros, a los policías[,] por lo que no se dan todas las condiciones normativas para entender que la amenaza se consumó respecto a la destinataria supraprotegida».

### 3. La polarización de discrepancias en la Sala Segunda

La resolución del recurso de casación ha provocado un profundo debate en el seno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; un debate que tiene su origen en el significado mismo de conceptos como la peligrosidad objetiva o el dolo eventual. Finalmente, el parecer mayoritario de la sentencia objeto de comentario ha mantenido la condena únicamente por un delito de quebrantamiento, confirmando la absolución por amenazas que había realizado la Audiencia.

Tanto la opinión mayoritaria como el voto particular, pese a alcanzar conclusiones inconciliables, toman los mismos hechos como punto de partida. Afirmar esto no es baladí, ya que la reproducción del debate probatorio en la más alta instancia es contraria a la función casacional que la misma está llamada a cumplir. Los hechos no fueron alterados en segunda instancia y ahora, conviene la Sala Segunda en su totalidad, deben ser respetados –máxime cuando el recurso de casación se basó en estricta infracción de ley (art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La opinión mayoritaria y el voto particular dibujan un razonamiento parecido en que, con carácter previo a determinar si a través de los hechos puede inferirse que el dolo del sujeto comprendía que sus expresiones llegasen a conocimiento de su exmujer, su excuñada y sus hijos, primero se aborda la controversia desde un plano objetivo examinando el momento de la consumación del delito de amenazas.

#### 3.1. La tesis mayoritaria

Como se ha anticipado, antes de analizar el dolo la ponencia mayoritaria comienza tratando de fijar un parámetro objetivo que permita identificar las amenazas penalmente relevantes en términos de peligrosidad externa, y entiende que las amenazas se consuman con la recepción del mensaje intimidatorio por parte de la víctima:

«Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima»<sup>4</sup>.

Con arreglo a esta concepción particular del momento de consumación de las amenazas, la Sala afirma que, si no consta la recepción de aquellas por la víctima, la conducta podría aspirar a lo

---

<sup>4</sup> FJ Cuarto.

sumo a una forma imperfecta de ejecución. Pero, como «...una tentativa necesita siempre un elemento subjetivo<sup>5</sup>», es necesaria una transición de la polémica al terreno del dolo.

Es aquí donde la Sala hace extensivo el examen efectuado por la Audiencia: Del *factum* presentado no cabe inferencia alguna de que el sujeto activo hubiera conocido o bien asumido la probabilidad de que las amenazas fueran a ser trasladadas a las víctimas. Afirmar lo contrario conduciría al absurdo en que «el anuncio de un mal en cualquier contexto a un tercero no presente, conocido o no, popular o no (...) sería punible si y solo si cualquiera de los que la oyó, en acción imprevisible (...) la comunicase al aludido<sup>6</sup>».

Concluye la Sala que los hechos probados son demasiado lacónicos para poder afirmar esa posibilidad, ya que muestran una completa indiferencia hacia la base factual del dolo eventual (siendo relevante que las amenazas fueron vertidas ante efectivos policiales, que son órganos encargados de velar por la seguridad pública). Luego no se dan las condiciones subjetivas para completarse la consumación del delito. Esta circunstancia, que podría haberse corregido fácilmente en el pasado, es ahora irremediable por técnica casacional.

### 3.2. La tesis minoritaria

El voto particular resuelve en el sentido opuesto y postula una condena por delito de amenazas aduciendo argumentos de orden tanto objetivo como subjetivo.

Desde la óptica de la consumación del ilícito penal, se realiza una afirmación en notoria contradicción con el parecer mayoritario: Que la consumación tan solo exige la emisión del mensaje, siempre que éste cumpla ciertas condiciones de gravedad para potencialmente atemorizar a su destinatario. Ello se desprende del siguiente párrafo:

«...es evidente que si tales amenazas las hubiera escrito en un periódico, colocadas en un pasquín, o las hubiera radiado, o televisado, incluido en redes sociales, o pronunciado ante un concurso de personas, el delito de amenazas se hubiera igualmente consumado, tanto si el medio de comunicación fuera visto u oído por el sujeto pasivo, *incluso si esa circunstancia no constase*, siempre que fuera del todo probable que pudo haberlo hecho».

Percibida la conducta como penalmente relevante, sigue siendo inexcusable que en el curso de la emisión de las palabras, fuera verdaderamente la intención (o representación) del sujeto activo que aquellas llegaran a conocimiento de sus sufridos destinatarios.

En este punto, el voto particular entiende que con la debida contextualización (y aplicando la perspectiva de género<sup>7</sup>, a la luz de la vigencia de una orden de protección en aquel procedimiento), los hechos relatados por el Juzgado convocan razones suficientes para afirmar que el autor se representaba mentalmente que sus amenazadoras expresiones llegarían a

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Artículo 1 de la Constitución Española de 1978 y artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».



conocimiento de su exmujer, excuñada y/o sus hijos:

«Quien ante los funcionarios de policía (...) expresa su deseo de matar a su mujer y a sus hijos, lo hace en el convencimiento de que tales expresiones van a ser puestas en conocimiento de la mujer amenazada, porque es fácil suponer que el aparato del Estado ha de proteger a una posible víctima de violencia de género».

Habiendo sembrado estas ideas, la ponencia minoritaria recoge una consideración a la seriedad y la gravedad de las amenazas por el hecho de que las mismas fueron proferidas en dos ocasiones distintas: Primero en el curso de la detención policial y, ulteriormente, en dependencias policiales.

Esta seriedad y gravedad derivada del lapso temporal entre una y otra acción conduce a descartar la conclusión del parecer mayoritario que reduce las expresiones proferidas a inocuos *exabruptos* y *desahogos* ante la actuación de las fuerzas públicas, e ineludiblemente deben implicar la activación de oficio de los preceptivos mecanismos de protección y su consecuente traslado, por los agentes de Policía, a las víctimas, dibujándose así un curso causal *menos lineal*. Esto permitiría entender colmadas las exigencias del dolo eventual.

A modo de recapitulación, mientras que la mayoría considera que la amenaza se consuma con la recepción del mensaje por la víctima y que en el caso concreto no hay dolo de consumir, la minoría sostiene que la consumación se agota con la emisión del mensaje en ciertas condiciones, y aquí no descarta el dolo eventual al haberse proferido las amenazas en dos ocasiones ante funcionarios públicos encargados de la salvaguarda de la integridad de las víctimas, verificándose así la seriedad y gravedad suficientes para inferir la voluntad de transmisión a las víctimas.

#### **4. La consumación en el delito de amenazas. Concepto y sistema**

Dada la abierta discrepancia sobre los lindes de la relevancia penal de las amenazas, procede a efectuarse una toma de postura personal –que inevitablemente debe venir precedida por una breve teorización sobre los elementos objetivos del tipo-.

Resulta abrumadoramente común en la praxis judicial -interrogatorios y eventuales resoluciones en causas por amenazas- incidir de modo destacado en la perturbación anímica de la víctima. Este es un elemento que, en mi opinión<sup>8</sup>, puede resultar más esclarecedor en el marco de las órdenes de protección del artículo 544 L.E.Cr. que suelen acompañar a las denuncias en esta materia (bien previa petición de la *víctima*, bien de activándose de oficio por autoridad judicial o fiscal).

Sin embargo, los delitos de mera actividad no requieren de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta del sujeto. Más en particular, en la categoría de tipos de peligro hipotético (o potencial), no es necesario proyectar la valoración del riesgo de forma

---

<sup>8</sup> Ciertos autores afirman que a la luz del bien jurídico protegido -la libertad personal- (STS 755/2009, Penal, de 13 de julio [ECLI:ES:TS:2009:4716]) en los casos en que la víctima no sintiera el mínimo temor ante el anuncio de un mal no podría verse consumado el delito al no haberse visto atacado el bien jurídico. Opción hermenéutica a todas luces inconciliable con la configuración del delito establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STSS 755/2009, Penal, de 23 de septiembre [ECLI:ES:TS:2014:3917]; 650/2015, Penal, de 2 de noviembre [ECLI:ES:TS:2015:4460]; entre otras).

concreta sobre el objeto del delito para que quede *afectado*<sup>9</sup> el bien jurídico protegido que opera como referente de lesividad. A esto, denominamos peligrosidad *ex ante*<sup>10</sup>.

Si se admite tal configuración en el ámbito del delito de amenazas –discusión que, por estimulante que sea, excede con creces el objeto del presente estudio– la misma permite disipar problemas que solo existen en los delitos de resultado, como son la causalidad entre la conducta y el eventual resultado. En el caso del tipo de amenazas dicho resultado se constituiría como un mero *complemento del tipo*<sup>11</sup> –criterio avalado por dominante jurisprudencia–.

Si esto es así, parece lógica la consideración en que conviene la totalidad de la Sala Segunda en la resolución analizada y que recoge pacífica jurisprudencia (SSTS 58/2022, de 24 de enero, 595/2019, de 2 de diciembre y 1391/2000, de 14 de septiembre, entre otras) bajo la cual en el marco del delito de amenazas, las expresiones deben ser de un tenor y entidad idóneos para atemorizar a su destinatario. El análisis de dicho tenor debería, a mi criterio, realizarse con arreglo a dos parámetros: la seriedad y la gravedad de las expresiones<sup>12</sup>, derivados de juicios de inferencia por circunstancias (en el voto particular de la Sentencia objeto de análisis, de la persistencia y reiteración). Si esto es así, entonces puede sostenerse sin dificultades que no es exigible la perturbación anímica de la víctima para que se vea consumado el delito de amenazas; reacción fruto de factores humanos harto volátiles («*la entereza de ánimo, su carácter, por sentirse protegido o por otras mil eventuales razones*<sup>13</sup>», y otros que sería prolijo enumerar). Si se reflexiona detenidamente, es por esto que queda fuera del tipo el anuncio de aquellos males cuya causación no depende del sujeto activo<sup>14</sup>.

Pese a atestiguada práctica judicial, vincular la consumación del delito a la merma de la sensación de seguridad de la víctima y no a la seriedad y gravedad de las expresiones resulta, a mi parecer, inaceptable en términos de imputación objetiva.

La anterior teorización sobre los elementos objetivos del tipo de amenazas resulta necesaria para el posicionamiento que va a realizarse acerca del momento de la consumación (entendida como mecanismo que permite limitar la punición en términos de relevancia jurídico-penal de determinadas conductas).

---

<sup>9</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, «El principio de protección de bienes jurídicos como criterio político-criminal delimitador del ‘ius puniendi’ estatal, se precipita en la teoría del delito en el principio de lesividad: solo habrá injusto en tanto que se haya producido la afección de un bien jurídico», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRAT, *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001. pp. 1421 ss.

<sup>10</sup> Así comienza el texto en la obra MIR PUIG, «La perspectiva “ex ante” en Derecho penal», *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, (36-1), 1983, p. 5, en referencia a la obra de HEIDEGGER: «La conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador, es una de las características de nuestro siglo».

<sup>11</sup> STSS 311/2007, Penal, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2007:22392); 50/2015, Penal, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2015:489) y ATS, 659/2015, Penal, de 23 de abril (ECLI:TS:2015:3951A).

<sup>12</sup> Como es lógico, algunos autores no omiten que la adecuación del mal para atemorizar a su receptor también depende de la persona de aquel y las circunstancias que lo rodean. Entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 2015, p. 133.

<sup>13</sup> FJ Cuarto.

<sup>14</sup> En este sentido, RAGUÉS I VALLÈS, «Tema 4. Delitos contra la libertad», en SILVA SÁNCHEZ/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., 2021, p. 105.

La jurisprudencia actual<sup>15</sup> y doctrina mayoritaria<sup>16</sup> identifica la consumación del delito con la recepción de las amenazadoras palabras por la víctima. Esto es así, se entiende, porque sería en este momento cuando se ven perturbados el sosiego y tranquilidad de la víctima<sup>17</sup>, *ergo*, atacado el bien jurídico de la libertad personal. En el caso de no constar la recepción del mensaje por la víctima pese a su locución por el emisor –como aquí es el caso–, estaríamos entonces ante una forma imperfecta de ejecución.

Ocurre, sin embargo, que delimitar la peligrosidad de una conducta atendiendo al ataque efectivo del bien jurídico –este razonamiento subyace a la relevancia del momento de la recepción de las amenazas– implica establecer una consecuencia en función del resultado, y no en función de la acción. A mi juicio, este enfoque es contrario a la perspectiva *ex ante* que la interpretación de las conductas en Derecho penal exige.

Siempre y cuando se compartan las pautas de imputación objetiva del funcionalismo estructural de ROXIN, parece ser de lógica situar el momento de la consumación en la emisión de un mensaje intimidatorio que cumpla los elementos objetivos señalados. Una de las mayores aportaciones de ROXIN a la teoría del delito es la consolidación de la acción vinculada al concepto de riesgo jurídicamente desaprobado, de modo que solo se puede pasar al siguiente elemento en la persecución de un delito si la conducta es idónea para la producción de un resultado, incluso antes de que éste se haya producido o concretado.

Si, a la vez que se comparte lo anterior, se toma en consideración el carácter altamente volátil de la reacción del sujeto pasivo ante una amenaza e incluso la indiferencia de este resultado (reducido a un simple complemento del tipo), entonces debe concluirse que la consumación del delito de amenazas debe situarse en el momento de la emisión de los términos amenazantes que, por su propio tenor y por las circunstancias del hecho y de las partes<sup>18</sup>, guarden idoneidad *ex ante* para llegar a conocimiento y provocar una situación de temor y desasosiego en su destinatario.

Este posicionamiento –minoritario en la Sala Segunda– es el más coherente con el concepto de acción vinculada al riesgo jurídicamente desaprobado y no significa desatender el análisis en clave de bien jurídico: la emisión de las palabras amenazadoras (en ciertas condiciones) supone en sí misma la afectación del bien jurídico porque estamos ante un delito de peligro (y no de lesión) y, de todas sus modalidades, de peligro hipotético.

La consumación requiere, sin embargo, la convergencia del estudiado tipo objetivo con el injusto subjetivo de la conducta, que debe estar presidido por el conocimiento directo y exclusivo o bien la asunción (dolo eventual o de indiferencia) de que dicho mensaje llegará a su destinatario de

---

<sup>15</sup> SSTS 909/2016, Penal, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5152); 49/2019, Penal, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:338); 137/2022, Penal, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:678) y, lógicamente, la STS 179/2023, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1557).

<sup>16</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., 2021, p. 105 (en relación con la STS 292/2012, Penal, de 11 de abril [ECLI:ES:TS:2021:3998], FJ Quinto).

<sup>17</sup> STS 49/2019, Penal, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:338), FJ Cuarto.

<sup>18</sup> Entre las circunstancias a valorar en abstracto: la relación entre las partes; la existencia de conflictos previos; la persistencia y reiteración en las locuciones; la vulnerabilidad de la víctima o la gobernabilidad del mal por el sujeto activo.

modo efectivo. En los casos de cursos causales con intervención de terceras personas, resulta especialmente pertinente que el sujeto activo haya asegurado un *marco de receptividad*<sup>19</sup>.

## 5. Lo objetivo y lo subjetivo en los juicios de imputación

Los juicios de desvalor a realizar para valorar la antijuridicidad penal –que se traducen en captar el sentido social y jurídico de las conductas<sup>20</sup>– son objetivos porque identifican conductas objetivamente reprochables en su parte externa para el *ius puniendi* del Estado. Pero dicho juicio, como bien señaló MIR PUIG, «no es posible sin tener en cuenta el aspecto subjetivo del hecho<sup>21</sup>», aun cuando en ocasiones dicha distinción no se muestre de forma tan nítida o concluyente. Como se ha anticipado, solo explorándose la voluntad consciente del sujeto –imputación subjetiva– ante dicha conducta puede completarse el juicio de desvalor propio de antijuridicidad<sup>22</sup>.

En el caso que se está analizando, ninguno de los posicionamientos sobre el momento de consumación de las amenazas –ya se aprecie una consumación o bien una mera tentativa en la conducta peligrosa– es suficiente si no va acompañado de una toma de postura sobre la concurrencia del dolo.

Pero antes del análisis general, unas breves observaciones sobre la opción hermenéutica del voto particular en este extremo que, si se me permite el exceso, incurre en error al trasladar a la esfera del dolo eventual cuestiones –seriedad o gravedad de las amenazas– que deben ser tratadas como requisitos objetivos del delito:

«Debemos, pues, resaltar que las ofensas se profieren en *dos ocasiones distintas*, al ser detenido y posteriormente en dependencias policiales (...) Dicho lapso temporal hace que *no dudemos de la seriedad de las mismas* (...)».

«Quien (...) *repetidamente*, primero en la calle, y después en dependencias policiales, expresa su deseo de matar a su mujer y a sus hijos, *lo hace en el convencimiento de que tales expresiones van a ser puestas en conocimiento de la mujer amenazada*, porque es fácil suponer que el aparato del Estado ha de proteger a una posible víctima de violencia de género<sup>23</sup>».

<sup>19</sup> Expresión empleada en la STS 137/2022, Penal, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:678): «...correlación temporo-espacial concluyente entre la emisión y la recepción de la expresión amenazante por la persona a quien se dirige o por algunas a las que se refiere el artículo 169 CP Relación que puede darse no solo cuando las condiciones recepticias del destinatario son inmediatas sino también cuando por el contexto de producción el emisor abarca que el receptor trasladará la amenaza al destinatario, representándose la eficacia de ese marco recepticio mediato. No es lo mismo anunciar o relatar a un tercero una intención de amenazar a otro, sin asegurarse el marco de receptividad, que amenazar de forma directa y recepticia a quien, a consecuencia de ello, ve alterada su percepción de seguridad personal» (FJ Primero).

<sup>20</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, pp. 51 ss.

<sup>21</sup> JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, trad. por Olmedo Cardenete, 2014, pp. 327 ss. Para mayor abundamiento, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2015, p. 178.

<sup>22</sup> MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (5), 2003, pp. 1-19: «Pero todo ello presupone que pueda establecerse previamente una determinada conexión entre la lesión o puesta en peligro típica y la conducta del sujeto. Esta conexión es la que exige la imputación objetiva al requerir una determinada relación de riesgo. La imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal son tres niveles necesarios para que sea posible la completa imputación a un autor culpable».

<sup>23</sup> La cursiva es mía.

Advertirá el atento lector que no parece plausible asimilar la reiteración en la manifestación de una amenaza con el convencimiento de que esta será trasladada al destinatario de la misma. La persistencia y reiteración de las palabras amenazantes añade a todas luces peso a los elementos objetivos de la conducta, pero afirmar que estos elementos guardan además implicaciones en el terreno del dolo eventual se antoja a todas luces precipitado porque, como ya se ha dicho antes, el dolo –como constructo independiente- requiere un *plus* e indagar en el mismo exige un análisis separado.

Esta vía de interpretación del dolo eventual en las amenazas perpetradas a través de terceros conduciría, en mi opinión, a un automatismo consistente en asumir que el sujeto activo representa que la amenaza será trasladada a su receptor en todo caso cuando el contenido de la amenaza sea de extrema gravedad y, al contrario, la falta de dicha creencia o asunción cuando la amenaza a través de tercero fuera leve.

Establecer una relación de equivalencia entre las categorías *externo* e *interno* puede resultar, a mi parecer, contrario a las reglas de la experiencia social por cuanto los planes de acción de terceros intervinientes en los cursos causales se caracterizan, entre otros efectos, por su imprevisibilidad<sup>24</sup>.

Tal es así, que las antagónicas posiciones en la Sala Segunda del Tribunal Supremo indagan en el potencial comportamiento de los agentes de Policía –en tanto que órganos encargados del mantenimiento de la seguridad pública- al recibir las amenazadoras palabras del *sujeto activo*, y extraen consecuencias totalmente diferentes.

En apretada síntesis, las reglas de la experiencia social permiten abrazar la conclusión de que el emisor de una amenaza extremadamente grave puede en realidad carecer de conocimiento o asunción del traslado de la misma a su receptor, y que el emisor de una amenaza menor –pero aun así penalmente relevante- puede a todas luces tener una voluntad (directa o asumida) referida a su traslado.

Esto permite asegurar algo ya conocido desde antiguo: Solo la exhaustiva individualización de las circunstancias concurrentes en el caso concreto permite determinar el sentido de las acciones penalmente relevantes.

## 6. La realidad del dolo eventual

Descartada la proposición del voto particular, las líneas siguientes tratarán de identificar una serie de parámetros legítimos que asistan a valorar el dolo en las amenazas proferidas a través de terceros. Asimismo, se demostrará que –siempre en mi opinión- asiste la razón a la tesis mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en excluir el dolo eventual.

Una propuesta de revisión y límites del dolo eventual o de indiferencia desbordaría con creces las pretensiones de este limitado estudio –existiendo otros referentes más exhaustivos e

---

<sup>24</sup> Lo imprevisible abarca el hecho de la comunicación, pero también el contenido de la comunicación misma. Es habitual, porque el sistema policial es un sistema humano –y, por lo tanto, imperfecto– la omisión accidental de ciertos datos en las comunicaciones a las víctimas. Esto puede ocurrir en los quebrantamientos de condena ignorados por las aquéllas.

instruidos-. Sin embargo, en el análisis de la posibilidad de transmisión de las amenazas a sus destinatarios, cabe descartar de plano las herramientas epistemológicas que solo dependen de «momentos intelectivos» (o de la alta o baja probabilidad objetiva en la transmisión<sup>25</sup>), así como aquellas solo arrojan importancia al «momento volitivo» o de representación mental de la probabilidad de la transmisión por el sujeto activo; pues la primera no atiende a la verdadera voluntad del sujeto y la última no da cuenta de la peligrosidad objetiva de su conducta.

En un intento de casar estas dos ideas, un sector de la doctrina ha convenido en que el dolo eventual exige, además del conocimiento de un gran peligro externo o estadístico de conducción del curso causal, un pronóstico *concreto* de que va a realizarse. Dicho pronóstico, siguiendo a JESCHECK<sup>26</sup>, se expresa en términos de *conformidad* o *resignación* con el incremento de riesgo, que no implica consentir o desear el mismo con agrado.

Dicho pronóstico concreto se refiere a la propia conducta. Por ello, y si se comparte la caracterización típica del delito de amenazas aquí defendida, resulta especialmente pertinente la doctrina emanada de la STS 1079/2002, Penal, de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2002:4082) en relación con los delitos de mera actividad: Basta aceptar «no exactamente el resultado delictivo sino la conducta capaz de producirlo». Es decir, que el dolo únicamente debe extenderse a la conducta objetivamente reconocida como peligrosa por el sujeto, sin que reclame trasladar esta querencia al resultado que aquella pueda desencadenar -que, como se ha defendido con anterioridad, erige como un complemento del tipo-.

Trasladadas las anteriores reflexiones al sustrato fáctico que nos ocupa, para inferir si el dolo del sujeto activo abarcaba la llegada de sus palabras a conocimiento de las personas referidas en las mismas debe evitarse atender solamente a criterios de probabilidad estadística<sup>27</sup> (la cual puede antojarse *a priori* convincente por ser los intermediarios de agentes de seguridad pública, máxime en un contexto de pendencia de un procedimiento de separación y una orden de protección vigente contra el sujeto activo).

Con todo, y a pesar del incontestable peligro estadístico, una revisión del concepto de pronóstico *concreto* permite concluir que gran probabilidad externa no equivale a aceptación interna del curso causal, toda vez que ante una alta probabilidad general, el sujeto puede todavía descartar la producción de un resultado en su caso particular a la luz de las circunstancias concomitantes<sup>28</sup>. Por tanto, el peligro estadístico se revela insuficiente y debe atenderse a factores más concretos.

Así, del *factum* -por escueto- no puede afirmarse un pronóstico concreto de comunicación de las amenazas del sujeto activo a sus presuntos destinatarios. El relato fáctico aportado -y en ninguna instancia alterado- no ofrece coyuntura, aspectos o pormenores suficientes para efectuar en condiciones dicho juicio de valor, y es contrario a sólida y pacífica jurisprudencia basar la

---

<sup>25</sup> Criterio, a mi juicio, empleado en la totalidad de la resolución.

<sup>26</sup> Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 2014, pp. 404 ss.

<sup>27</sup> Parámetro no exótico en la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Con vocación meramente ejemplificativa, la STS 294/1982, Penal, de 3 de mayo (ECLI:ES:TS:1982:294).

<sup>28</sup> LUZÓN PEÑA, «Comentario a la STS 28-5-1973. Conducción temeraria: concurso de normas con delitos imprudentes», *Revista de Derecho de Circulación DCir*, 1973, pp. 376-378.

atribución de conocimiento en supersticiones o motivos irracionales<sup>29</sup> (que por otra parte, tampoco son especificados).

Podrían, verbigracia, haberse manifestado las expresiones como una mera exteriorización de la oposición a una detención policial legítimamente practicada sin vocación o asunción alguna de que fueran transmitidas a la exmujer, excuñada o hijos del *sujeto activo*; conclusión a la que alcanza el parecer mayoritario de la Sala Segunda. No debe pasar inadvertido que los excesos verbales y exabruptos en el marco de las retenciones y detenciones policiales no son algo extraordinario o que escape de la habitualidad.

No puede inferirse el dolo eventual del sujeto de la secuencia de hechos tal y como fue planteada en la resolución original, sin que se revele ello contradictorio con la teoría del consentimiento, la teoría de la probabilidad, o modalidades eclécticas que unen las anteriores. La inferencia del dolo, en el supuesto planteado, supondría una presunción *contra reo* reñida con el principio de interdicción de interpretación extensiva de las normas penales.

Resulta importante reseñar, finalmente, que no debe ponerse en duda el recorrido procesal del delito de amenazas en supuestos idénticos o similares<sup>30</sup>. Con firmeza, se reitera que la absolución parcial del acusado se debe a una falta de detalle en la narrativa de hechos fácilmente subsanable en instancias inferiores, sin que disponga el Tribunal Supremo de mecanismos correctores.

## 7. Conclusión: Consecuencias dogmáticas

1. El Derecho penal vinculado a la violencia de género constituye un fértil ecosistema jurídico que se entrecruza con las más sensibles y complejas crisis humanas. En la práctica forense, es necesario adaptar el pensamiento a esta perspectiva para dar cumplimiento a un sentido de justicia menos dogmático y más social. La STS 179/2023, Penal (Pleno), de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1557), que ha dividido a la Sala Segunda, conforma –en opinión del que suscribe estas líneas– una alegoría de las distorsiones dogmáticas ocasionadas en este pragmatismo.

2. La interpretación *ex ante* del riesgo jurídicamente desaprobado en el análisis de los delitos de peligro exige situar el momento de la consumación del delito de amenazas en la emisión del mensaje, siempre y cuando se verifiquen el resto de condiciones objetivas de gravedad y receptividad.

3. A pesar de no siempre manifestarse tajantemente, la tendencia –en algunas figuras delictivas– de deducir el dolo de elementos que se desenvuelven en la esfera de los requisitos objetivos puede conducir a una objetivación de los juicios de imputación subjetiva a todas luces incompatible con

---

<sup>29</sup> LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1996, p. 426.

<sup>30</sup> En ningún caso nos encontramos ante un supuesto que merezca un archivo de plano, pues entre otras razones, las resoluciones de sobreseimiento, conforme al artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo se aplican en ocasiones en que existe una alta certeza de que la pretensión penal fracasará, cosa que en este supuesto problemático no ocurre. Resuenan las palabras del ATS (Penal), de 31 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:7790<sup>a</sup>), que señala que «cuando se puede establecer con razonable certeza que el material probatorio aportado por el denunciante es débil y carece de aptitud para generar certeza en el juicio oral y con ello se puede en definitiva vaticinar con un grado de seguridad muy alto el fracaso de la pretensión penal, ello ha de comportar clausurar ya el procedimiento mediante el correspondiente auto de sobreseimiento al amparo de lo establecido en el artículo 641. 1 de la LECrim» (FJ Noveno).

el normal desarrollo y equilibrio de un buen número de relaciones sociales.

A fin de prevenir estas vicisitudes, los Autos y/o resoluciones judiciales condenatorias por delito de amenazas con cursos causales menos lineales por intervención de terceros deberán incluir una referencia –aún sucinta- al elemento subjetivo del tipo en su relato fáctico.

4. A falta de detalle en los hechos probados, el juicio de inferencia de dolo eventual debe ser individualizado con arreglo a un *pronóstico concreto* y escapar de dogmas vinculados al peligro estadístico, como el carácter de autoridad del tercero interviniente.