

ExLibris

Sección coordinada por **Pablo Sánchez-Ostiz**

Recensiones:

Recensión a Leandro DIAS, *Exceso en la legítima defensa. Fundamento y límites*, Hammurabi, Buenos Aires, 2025, 311 páginas, por Tomás FERNÁNDEZ FIKS

Recensión a José Manuel RÍOS CORBACHO, *Penas privativas de derechos y trabajo en beneficio de la comunidad: Una pena con futuro*, Dykinson, Madrid, 2025, 368 páginas, por Luis ROCA DE AGAPITO

Recensión a María Belén SÁNCHEZ DOMINGO, *El tipo de injusto del delito de abandono del lugar del accidente*, Dykinson, Madrid, 2024, 281 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Rélicas:

Réplica a la Recensión de Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ a *Los medios del derecho penal. Política, castigo y discurso penal en la era digital*, Trotta, Madrid, 2025, 429 páginas (*InDret* 1.2026), por Javier CIGÜELA SOLA

-

InDret

2.2026

Leandro Dias, Exceso en la legítima defensa. Fundamento y límites, Hammurabi, Buenos Aires, 2025, 311 páginas

Tomás Fernández Fiks
 Universidad de Mar de la Plata
 tomasfiks@gmail.com

-

El reciente libro de Leandro DIAS, *Exceso en la legítima defensa: Fundamento y límites*, ofrece un estudio profundo y original sobre un tema clásico del Derecho penal que ha suscitado no pocas controversias, tanto en la teoría como en la praxis. No es exagerado calificarlo como un aporte indispensable a la dogmática penal hispanoparlante. El volumen recoge la tesis doctoral que el autor defendió en la Universidad de Buenos Aires, la cual se centra en una cláusula del ordenamiento jurídico argentino, a saber, el artículo 35 del Código Penal, que prevé el exceso en las causas de justificación («El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia»). No obstante, el trabajo trasciende el análisis de esa disposición en particular y busca investigar los fundamentos detrás de las normas que regulan de manera diferenciada los supuestos en los que la víctima de una agresión ilegítima se excede en su respuesta defensiva, ya sea disminuyendo la pena que correspondería imponerle, como sucede en Argentina, o estableciendo su impunidad, como ocurre en Alemania (conforme el § 33 StGB).

La obra se compone de cinco capítulos. El primero introduce el problema principal sobre el que gira el trabajo: la falta de fundamentos sólidos para el instituto del exceso en la legítima defensa. Expone, asimismo, los principales antecedentes de la norma argentina que regula dicho instituto. El segundo versa sobre cuestiones interpretativas generales en torno a los tipos penales y cómo éstas repercuten en la interpretación de la regla del exceso. El tercero analiza críticamente la interpretación de dicha regla como un supuesto de error. El cuarto hace lo propio respecto de la interpretación que concibe la regla como un caso de culpabilidad disminuida. En los capítulos quinto y sexto, el autor desarrolla su propia posición, según la cual el fundamento de la regla del exceso ha de encontrarse en la violación a un deber positivo de salvamento. Primero explica cómo tal violación supone un exceso en el requisito de proporcionalidad de la legítima defensa (capítulo 5) y, luego, en el de necesidad (capítulo 6). Finalmente, se desarrollan las implicaciones concretas de la propuesta teórica, especialmente para el Derecho penal argentino.

El diagnóstico inicial que motiva la investigación es que la norma argentina que regula el exceso en la legítima defensa carece de una interpretación unívoca, lo cual se debe, al menos en parte, a la pluralidad de fuentes que influyeron en su redacción. En este sentido, el autor identifica los principales antecedentes de la norma en el Código Penal bávaro de 1813 y el «Código Zanardelli», vigente en Italia de 1890 a 1930. Estos, a su vez, se corresponden –a grandes rasgos– con las dos interpretaciones estándar de la regla en cuestión: según la primera, ésta regula un supuesto de culpabilidad disminuida; según la segunda, un error de tipo permisivo.

DIAS considera que ninguna de estas interpretaciones es plausible, dado que no pueden superar una serie de obstáculos comunes. Por un lado, ambas conducen a situaciones de infrainclusión (no abarcan supuestos que deberían ser abarcados por la regla) y sobreinclusión (abarcan

supuestos que no deberían ser abarcados por la regla). Por el otro, hacen que la regla resulte redundante si se asume la existencia de normas generales (escritas o implícitas) de error y culpabilidad disminuida.

Como ejemplo de la primera constelación de casos (infrainclusión) que se produciría si se siguiese una interpretación basada en el error de tipo permisivo, el autor utiliza el supuesto de *defensa inefectiva*, al que expone de la siguiente manera: «Agresor está a punto de cortar las piernas a Víctima, debido a que esta última le quitó el puesto en el equipo de fútbol del pueblo; Víctima sabe que no puede hacer nada para defenderse eficazmente de la agresión, pero tiene la oportunidad (durante la agresión) de clavarle un pedazo de vidrio en el ojo a Agresor, lo que solo lo enfurecerá más; Víctima decide clavarle el vidrio a Agresor, quien termina perdiendo la vista en ese ojo y luego procede a cortar las piernas a Víctima.» (p. 106). La primera observación que DIAS realiza es que la conducta de Víctima difícilmente pueda ser encuadrada como una acción amparada por la legítima defensa, dado que, al resultar ineficaz ab initio para frenar el ataque, no cumple el requisito de *necesidad* de esa causa de justificación (p. 109). No obstante –continúa–, resulta intuitivo pensar que Víctima debería, por lo menos, ser beneficiada con la regla del exceso en la legítima defensa. Pero si lo que exige esta regla es la existencia de un error respecto de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, entonces cabría concluir que no resulta aplicable al caso, pues Víctima no actúa bajo ningún error –por el contrario, *sabe* que su acción resultará ineficaz para repeler la agresión y aun así la lleva adelante–. La consecuencia sumamente contraintuitiva de interpretar la regla del exceso en la legítima defensa en estos términos es que Víctima debería responder por el delito doloso correspondiente contra Agresor. Por otra parte, esta interpretación conduciría al colapso de dicha regla con las disposiciones generales que regulan los casos de error (en el Código Penal argentino, se trata del art. 34, inc. 1º), por lo que se tornaría superflua (p. 110).

Con todo, una posible forma de preservar esta reconstrucción de la norma sería la de considerar a las reglas de exceso como *presunciones* de error y DIAS examina esta posibilidad (pp. 115 ss.). Según esta interpretación, cuando la víctima de la agresión originaria, obrando quizá bajo la influencia de ciertas emociones comprensibles, se excede en su respuesta defensiva, debería presumirse que actuó bajo un error de tipo permisivo. De esta manera, la norma vendría a ahorrarle al juzgador la difícil tarea de determinar si el excedente *en efecto* actuó bajo error. Si se interpreta de esta forma, la regla ya no sería infrainclusiva ni redundante. Sin embargo, sostiene DIAS, el principal problema al que se enfrenta esta interpretación es que abarca casos que no deberían ser abarcados y respecto de los cuales no debería proceder ninguna disminución de la responsabilidad penal; puntualmente, ciertos casos de excesos *extensivos* (es decir, temporales) como el siguiente: un sujeto racista dispara y mata a tres jóvenes afroamericanos que caminan hacia él –porque cree que las personas afroamericanas son, en general, particularmente violentas– *antes* de que estos lo ataquen (aunque, a la postre, se determina que, en efecto, tenían la intención de robarle) (p. 122). DIAS considera dos posibles correctivos que permitirían evitar que un caso como éste quede comprendido dentro del ámbito de aplicación de la regla. El primero consiste en limitar el alcance de la regla a los supuestos de excesos *intensivos*. El problema de esta solución, explica, es que resulta contradictoria con el fundamento mismo de la regla como presunción de error irrefutable que tiene por objeto facilitar la tarea del juzgador al ahorrarle la determinación de difíciles cuestiones probatorias (p. 124). El segundo correctivo consiste en limitar el alcance de la regla a los casos en los que el excedente actúa bajo la influencia de emociones *asténicas* (derivadas de la debilidad), como expresamente dispone el § 33 StGB («confusión, miedo o pánico»). Tampoco puede aceptarse esta corrección –concluye–, pues genera que queden por fuera del alcance de la regla casos como *defensa inefectiva*. Allí Víctima

actúa en exceso del requisito de necesidad de la respuesta defensiva y sin miedo ni pánico, por lo que la norma no debería aplicarse (p. 124). Sin embargo, es difícil resistir la conclusión de que Víctima merece, cuando menos, una atenuación.

Descartadas las interpretaciones basadas en el error, DIAS pasa a analizar aquellas que se enfocan en la culpabilidad disminuida del excedente. Una primera variante de éstas entiende la disminución de la culpabilidad en términos psicológicos: la condición que debería cumplirse para que un caso quede cubierto por la regla del exceso es que la víctima de la agresión originaria hubiese perdido el control como resultado de su estado emocional; esto es, que, debido a la agresión y a la reacción emocional desencadenada por ésta, no le fuera posible actuar de otro modo. Según el autor, esta tesis se enfrenta al mismo problema de infrainclusión antes mencionado, dado que en un caso como *defensa inefectiva* el excedente no experimenta ningún estado anímico extraordinario que le impida controlar sus acciones (p. 140). Por otra parte –añade–, también se repetiría el problema de sobreinclusión: así, el racista que, sumamente exaltado a raíz de sus prejuicios raciales, dispara y mata a tres jóvenes afroamericanos que se le acercan antes de que éstos le intenten robar debería ser beneficiado por la regla, porque sus emociones, en efecto, le dificultaron el control de sus acciones (p. 141). Esto tampoco parece aceptable.

La segunda variante concibe la culpabilidad disminuida ya no en términos psicológicos, sino normativos en un sentido bien específico: vinculados con los fines de la pena (p. 146). DIAS analiza primero la versión defendida por ROXIN, quien considera que, cuando la víctima se excede en su respuesta defensiva, al verse sobrepasada por ciertas emociones, las razones de prevención general y especial que (en la visión de ROXIN) justifican la pena no resultarían operativas. El problema de esta interpretación –sostiene DIAS– es que en última instancia depende de cuestiones empíricas contingentes, como son las necesidades preventivas de la sociedad de la que se trate (p. 148). Luego analiza la posición «puramente normativa» de JAKOBS. Para este autor, en apretada síntesis, la pena tiene la función de reafirmar la vigencia de la norma desafiada por el delincuente con su acto ilícito. Bajo esta concepción, el fundamento de la regla del exceso en la legítima defensa habría de encontrarse en consideraciones de imputación que prescinden por completo de cuestiones fácticas o contingentes. La idea central de JAKOBS es que el agresor originario es quien debe asumir la responsabilidad del exceso en el que incurre la víctima al defenderse, pues él es quien crea, a través de su acto antijurídico, la situación en la que tal exceso se termina produciendo. Si bien esta posición no se enfoca en aspectos contingentes, como la de ROXIN, DIAS considera que se enfrenta a las mismas dificultades que las otras teorías analizadas. Por un lado, hace que la regla del exceso resulte redundante con otras normas –en este caso, con aquellas que establecen los criterios generales sobre reducción o disminución de la culpabilidad– (p. 154). Por el otro, resulta infrainclusiva, dado que, en casos como *defensa inefectiva*, la víctima de la agresión originaria podría exceder los límites de la necesidad de la defensa sin estar desbordada por ningún estado emocional relevante, pese a lo cual la regla debería beneficiarla igual (p. 157).

Tras desestimar las lecturas tradicionales del art. 35 del Código Penal argentino, DIAS procede a elaborar y defender su propia interpretación de la norma. Según ésta, la regla del exceso en la legítima defensa encuentra su fundamento en la violación de un deber de salvamento que la víctima de la agresión originaria tiene respecto de todas las personas, *incluido su agresor*. Esta concepción de dicha regla va de la mano de una recalibración del concepto más básico de legítima defensa en términos de una respuesta permitida frente a la pérdida de derechos de no interferencia del agresor originario. Según esta visión, el agresor, al atacar culpablemente a la

víctima, renuncia completamente a su derecho a no ser dañado, mientras dure la agresión (p. 189). Esto implica que, respecto de la víctima, no rige, durante ese lapso, el deber correlativo de no dañar al agresor. Por tanto, si se excede en su respuesta defensiva, no infringe este deber, ni viola el derecho del agresor a no ser dañado. En todo caso, infringe un deber distinto, que es *externo* al esquema de derechos/deberes de no interferencia. Se trata de un deber positivo de solidaridad, que exige salvar a otras personas si ello no implica asumir un riesgo personal considerable, similar al que fundamenta la tipificación del delito de omisión de auxilio previsto en el art. 108 del Código Penal argentino o el § 323c párrafo 1, StGB (p. 206). De acuerdo con esta concepción, los límites impuestos por la necesidad y la proporcionalidad no son *internos* a la pérdida del derecho a no ser dañado del agresor, sino *externos* a ésta (p. 244). Esto quiere decir que el rebasamiento de esos límites, por parte de la víctima, no constituye una condición necesaria para que el agresor pierda su derecho a no ser dañado (p. 247).

Esta interpretación de la regla de exceso tiene varias repercusiones. En primer lugar, evita el cargo de redundancia, ya que posee un fundamento autónomo (la violación a un deber de solidaridad), distinto al del error y al de la disminución de la culpabilidad a raíz de una perturbación emocional. En segundo lugar, abarca casos de excesos intensivos en la necesidad, como *defensa inefectiva*, y también casos de excesos intensivos en la proporcionalidad, es decir, aquellos en los cuales la víctima se defiende de manera necesaria, aunque groseramente desproporcionada (el ejemplo utilizado para ilustrar este último supuesto, «Ladrón de libros», es el siguiente: «Ladrón ingresa a una librería, toma un libro de precio normal y empieza a correr hacia la salida; Dueño ve cómo se está llevando el libro y, dado que Ladrón es muy rápido y no hay policía en las cercanías, la única forma de evitar el hurto es disparándole a Ladrón en el pecho; Dueño dispara y evita el hurto, pero Ladrón muere en el acto») (p. 249). Por otro lado, *no* quedan comprendidos dentro del alcance de la regla los casos de excesos extensivos temporales, como el del sujeto racista antes mencionado, porque al no haber comenzado (o al ya haber finalizado) la agresión, el agresor conserva su derecho pleno a no ser dañado (p. 251). Tampoco quedan cubiertos los casos de excesos extensivos espaciales, en los cuales resulta lesionado un tercero como resultado de la acción defensiva excesiva, porque el tercero afectado no ha renunciado a su derecho a no ser dañado. De acuerdo con todo lo anterior, la interpretación propuesta parece resolver exitosamente los problemas de infrainclusión, sobreinclusión y redundancia atribuidos a las interpretaciones alternativas.

En lo que resta, quisiera formular algunos reparos a la propuesta del autor. Creo que el principal escollo para considerarla plausible ha de encontrarse en las consecuencias un tanto contraintuitivas a las que conduce sostener una versión externalista respecto de los requisitos de necesidad y proporcionalidad en el marco de un entendimiento de la legítima defensa basada en la pérdida de derechos. Recuérdese que la concepción externalista sobre la necesidad y la proporcionalidad va de la mano de una particular reconstrucción sobre cómo se interrelacionan los derechos y deberes de la víctima y el agresor. Según esta reconstrucción, cuando el agresor ataca a la víctima, pierde por completo, mientras dure la agresión, su derecho a no ser dañado. Esto implica que, para la víctima, no rige –mientras está siendo agredida– el deber de no dañar al agresor. Por tanto, ella puede, en principio, dañar permisiblemente al agresor. Que lo deba hacer respetando ciertas restricciones, como la necesidad o la proporcionalidad, se deriva de otro deber, en este caso positivo, de salvar al agresor –el cual, a su vez, encuentra su correlato en el derecho del agresor a ser salvado, si la acción de salvamento no implica un riesgo significativo para quien está en condiciones de ejecutarla–.

El problema de este enfoque es que luce demasiado drástico. En efecto, la idea de que quien realiza un acto mínimamente lesivo de los derechos de otra persona está renunciando, *tout court*, a su derecho a no ser dañado mientras dure la agresión resulta contraintuitiva. Parece más razonable pensar, como lo hace la doctrina mayoritaria, que el agresor pierde temporalmente su derecho a no ser dañado *de manera necesaria y proporcional*. Y esto, a su vez, significa que los requisitos de necesidad y proporcionalidad no son exigencias que se derivan del deber de salvamento que la víctima tiene frente al agresor, como propone DIAS, sino que son inherentes a la misma pérdida del derecho del agresor a no ser dañado que habilita la legítima defensa. El ejemplo «Ladrón de libros» permite ilustrar las consecuencias de la adopción de una y otra postura. Para DIAS, Ladrón, al hurtar el libro, pierde totalmente su derecho a no ser dañado mientras dure la agresión. Cuando Dueño le dispara de manera mortal, no está, por tanto, lesionando el derecho de Ladrón a no ser dañado. La grosera desproporción de la respuesta defensiva infringe, meramente, el deber de salvamento que Dueño tiene respecto de Ladrón. Esto hace que la regla del exceso prevista en el art. 35 del Código Penal argentino resulte aplicable a Dueño, quien, en consecuencia, solamente deberá responder como autor de un homicidio imprudente. Sin embargo, esta consecuencia es intuitivamente inaceptable, en la medida que no refleja de manera adecuada la gravedad de la acción de Dueño y la intensidad del reproche que corresponde dirigirle. El hecho de que Ladrón haya afectado de manera insignificante el derecho a la propiedad de Dueño al intentar hurtarle un libro no parece lo suficientemente significativo, desde una perspectiva moral, para aminorar el castigo que Dueño merece de manera tan drástica. Si, en cambio, se adoptara la perspectiva tradicional –internalista–, la acción de Dueño resultaría, en tanto groseramente desproporcional, violatoria del derecho de Ladrón a no ser dañado. Al no cumplir con el requisito de ser mínimamente proporcional al daño que se pretende evitar, dicha acción no podría calificarse como legítima defensa. Si, además, se siguiese alguna de las interpretaciones tradicionales de la regla del exceso –ya sea aquella que exige error por parte del excedente, o la que requiere que éste actúe bajo el influjo de ciertas emociones que disminuyen su culpabilidad– cabría concluir que tampoco se configuraría un supuesto de exceso en la legítima defensa, por lo que Dueño debería responder como autor de un homicidio doloso. Ésta parece, al menos intuitivamente, la solución materialmente correcta y es la adoptada por la doctrina mayoritaria al resolver los casos de defensas necesarias, aunque groseramente desproporcionadas –como el ejemplo clásico del anciano inválido que sólo puede evitar que un joven le hurte una manzana disparándole mortalmente– como delitos dolosos consumados. En estos casos, el principio de salvaguarda del Derecho cede frente a ciertas restricciones ético-sociales que exigen que la víctima deba soportar una agresión insignificante.

La interpretación de la regla de exceso defendida por DIAS resulta, por tanto, sobreinclusiva, en la medida que termina abarcando casos que deberían quedar por fuera del ámbito de aplicación de la norma, como «Ladrón de libros». Ahora bien, si DIAS está en lo correcto respecto de las restantes interpretaciones de dicha regla, el panorama luce un tanto desolador, puesto que todas se enfrentarían a problemas irresolubles. Pero no creo que éste sea el caso. En particular, la interpretación «normativa» de la regla como un supuesto de culpabilidad disminuida vinculado con los fines de la pena, tal como son entendidos por JAKOBS y PAWLIK, luce como una candidata fuerte para superar aquellos problemas. Por un lado, esta interpretación, aplicada al artículo 35 del Código Penal argentino, no resulta redundante, dado que este código no contiene una disposición general sobre culpabilidad disminuida; solo contiene una norma que establece la exclusión completa de la responsabilidad penal (art. 34 inciso 1º CP). De esta manera, el artículo 35 vendría a regular supuestos que se hallan en un punto intermedio entre la inexistencia de culpabilidad y la culpabilidad plena, cuya solución consistiría en reducir la escala penal del dolo a la imprudencia. En contra de esta lectura, DIAS sostiene que la preocupación sobre el carácter

redundante de la norma en cuestión no desaparece sin más, dado que los casos de culpabilidad disminuida podrían aún resolverse mediante una aplicación analógica de las reglas de la tentativa previstas en el artículo 44 CP o aplicando una causa de disminución de la culpabilidad suprallegal, basada en el principio constitucional de culpabilidad. Pero esta línea de argumentación no parece convincente: el hecho de que se pueda arribar a soluciones similares mediante la aplicación analógica de otras normas, o incluso mediante la derivación de una regla equivalente a partir de principios constitucionales, no demuestra que el artículo 35 sea redundante. Por el contrario, desde el punto de vista de la técnica legislativa, ese panorama confirma la conveniencia de contar con una cláusula expresa, justamente para evitar recurrir a analogías –aunque sean a favor del imputado– o a normas implícitas.

Por otra parte, la interpretación basada en los fines de la pena tampoco resulta sobreinclusiva, porque casos como el del sujeto racista quedarían excluidos por haber mediado emociones esténicas (derivadas de la ira) en lugar de asténicas, aspecto que en definitiva estaría demostrando –siempre bajo la concepción de PAWLIK– un mayor grado de enemistad al Derecho en el accionar del excedente. Quedaría por resolver una dificultad adicional que, según DIAS, caracteriza a *todas* las propuestas de entender la regla del exceso como un supuesto de culpabilidad disminuida, y es que estas no comprenden casos como *defensa inefectiva*, en los cuales el excedente no actúa bajo un estado emocional relevante. Creo, no obstante, que esta preocupación es infundada. La razón de ello es que, bajo un entendimiento correcto, casos como *defensa inefectiva* deberían ser considerados supuestos de legítima defensa completa, en los que no media ningún exceso. Esto es así porque la acción de Víctima (consistente en clavarle un vidrio en el ojo al agresor que pretende cortarle las piernas) es *ex ante* objetivamente (o, si se quiere, desde la *perspectiva de un observador sensato*) idónea para frenar el ataque de Agresor o, aunque sea, para obstaculizarla, reducir sus posibilidades de éxito o su potencial lesivo. Y esto es todo lo que exige el requisito de necesidad. Si bien en el ejemplo está estipulado que Víctima *sabe* que no puede hacer nada para evitar el ataque, se trata de una estipulación *metafísicamente imposible*: dado el tipo de seres que somos, el conocimiento imperfecto que podemos tener sobre eventos futuros y la capacidad lesiva en condiciones normales de la acción consistente en clavarle un vidrio en el ojo a alguien, no es posible que alguien sepa de antemano que tal acción resultará ineficaz para frenar un ataque en curso. Frente a esto se podría replicar que los ejemplos no tienen por qué ser realistas: basta con que permitan ilustrar las implicaciones de ciertos principios, aun si ello requiere formular «casos de laboratorio». Pero la objeción no es que el ejemplo sea extravagante, sino que es inadecuado, pues la acción de la víctima no puede razonablemente calificarse como *innecesaria*.

De todos modos, mi desacuerdo principal con DIAS en este punto no se reduce al ejemplo utilizado, sino que versa sobre la forma de concebir el requisito de idoneidad como elemento constitutivo de la necesidad de la legítima defensa al momento de determinar si una acción defensiva es excesiva o no. Un ejemplo alternativo, más «limpio», puede ayudar a ilustrar el núcleo del desacuerdo: un boxeador de peso completo se propone abusar sexualmente de una mujer menuda; ésta opone resistencia rasguñándolo, a pesar de que sabe que con los rasguños no podrá frenar el ataque, lo cual además resultaría evidente para cualquier observador razonable (este ejemplo me fue generosamente sugerido por DIAS en correspondencia privada). Según entiendo, las eventuales lesiones ocasionadas al boxeador por los rasguños configurarían un supuesto de legítima defensa sin más, pues la mujer no estaría *excediendo* (i.e., *sobrepasando* o *yendo más allá de*) los límites impuestos por la necesidad. Aun concediendo que la acción defensiva fuera *ex ante* inidónea, lo sería, en todo caso, por resultar insuficientemente lesiva. Si se considerara que, en estos supuestos, la víctima infringe el requisito de necesidad de la legítima

defensa y que, por tanto, debe aplicarse la regla del exceso, se arribaría a la conclusión absurda de que, si la víctima se hubiera defendido de un modo más agresivo y apto para frenar la agresión –por ejemplo, rompiéndole una botella en la cabeza al agresor–, debería recibir un trato más favorable. Ahora bien, si –de acuerdo con mi propuesta– casos como *defensa inefectiva* deben ser considerados supuestos de legítima defensa, la interpretación de la regla del exceso basada en la culpabilidad disminuida tampoco resulta, en contra de lo que sugiere DIAS, infrainclusiva. Por lo tanto, parecería constituir una alternativa que permitiría superar los problemas que el autor identifica en las restantes propuestas.

Para finalizar, quiero resaltar algunas cualidades de la investigación que merecen elogio, independientemente de su estimulante contenido. Éstas son, por un lado, la erudición del autor, que abarca las discusiones actuales sobre la legítima defensa tanto en el marco de la discusión dogmática continental como en la filosofía analítica anglosajona. El trabajo no sólo presenta la posición de los principales exponentes de cada una de esas tradiciones teóricas de manera clara y concisa, sino que los hace dialogar fluidamente, lo cual no es un mérito menor. Por el otro, se trata de una obra muy bien escrita y estructurada: los distintos pasos de la argumentación siguen una secuencia lógica y la conclusión ofrece una respuesta al problema identificado al inicio, tras haber descartado otras posibles soluciones alternativas. De esta forma, además de leerse con facilidad, la contribución de DIAS provee una excelente guía a la hora de diseñar una tesis doctoral, que sin duda será de gran ayuda para tesisistas e investigadores.

José Manuel Ríos Corbacho, Penas privativas de derechos y trabajo en beneficio de la comunidad: Una pena con futuro, Dykinson, Madrid, 2025, 368 páginas

Luis Roca de Agapito
Universidad de Oviedo
luisroca@uniovi.es

I.

La obra objeto de recensión (vid. también la recensión de RODRÍGUEZ MONSERRAT, *CPC*, [146], 2025, pp. 187-191) se fraguó en Cádiz, pues se debe, como el autor aclara en una nota previa (pp. 13-17), a «un pacto entre caballeros» (p. 16) entre el Prof. Ríos y el penalista costarricense Álvaro BURGOS MATA, a quien dedica el libro *in memoriam* y a quien también dirigió su tesis doctoral (BURGOS MATA, *La prestación de servicios de utilidad pública como alternativa punitiva en la jurisdicción penal juvenil*, Cádiz, 2017, ya había publicado unos años antes: *El trabajo en beneficio de la comunidad como alternativa punitiva*, San José, Costa Rica, 2005). Además, en la última parte del libro se ofrece una visión práctica de los programas y talleres que se aplican en el CIS de Algeciras «Manuel Montesinos Molina» como modelo de referencia para una variante de cumplimiento de los TBC.

La monografía, prologada (pp. 11-13) por el Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona, D. Rafael REBOLLO VARGAS, está dividida en ocho apartados, el último de los cuales recopila una extensísima bibliografía (pp. 325-368). Con buen criterio, el autor ha construido su obra yendo de lo abstracto o general a lo concreto o particular. Primero hace una serie de reflexiones sobre las penas en general, luego analiza las penas privativas de derechos y finalmente se centra, entre ellas, en la de TBC.

Comienza con una «Introducción» (pp. 19-22) en la que justifica su investigación por la importancia que está adquiriendo esta pena en la actualidad. Por un lado, en términos cuantitativos trae a colación el número de mandamientos recibidos por los SGPMA a nivel nacional en el tercer trimestre de 2022 (19.301); y, por otro lado, en términos cualitativos por las ventajas que de cara a una prevención especial positiva presenta esta pena, calificándola de una «corrección sin rejas» (p. 20), o de «una pena más humana y benigna», que evita muchos de los inconvenientes asociados a la pena de prisión (p. 21). Este último aspecto lo desarrolla posteriormente en otro apartado, que luego mencionaré, aunque no hubiese estado de más aquí haber contrastado esta pena con algunos datos de la pena de prisión, en particular con el número de condenas a penas de prisión inferior a dos años.

Continúa con «Algunas referencias necesarias sobre las penas» (pp. 23-80), donde examina el concepto de pena (pp. 28 ss.) y sus fines (pp. 44 ss.). De esta parte cabe destacar su crítica hacia el llamado neorretribucionismo y la prevención general positiva, por cuanto que, según él, «el Derecho penal no tiene por qué convencer a nadie», ya que lo que verdaderamente debe importar es que no se lleven a cabo delitos «pese a que no se compartan los presupuestos de la norma» (p.

61). El autor se adhiere a la teoría dialéctica de la unión defendida por Claus ROXIN (1931-2025) (pp. 77-78), y desde este planteamiento de «síntesis» entiende que «se debe buscar la resocialización del delincuente sin eludir de manera absoluta el aspecto retributivo de la pena puesto que concuerda con la proporcionalidad misma del delito realizado» (p. 78).

Prosigue con «Un acercamiento a las penas privativas de derechos» (pp. 81-149), en donde, después de analizar algunas cuestiones comunes a todas ellas, como la determinación de su concepto, que no puede ser otro que uno «puramente genérico y subsidiario» (p. 85), así como los fines que persiguen, que serían «de prevención general (intimidación) y de prevención especial (evitar o dificultar la repetición del delito), aunque sin olvidar que estas penas han de cumplir un mínimo de función retributiva por el ilícito realizado» (p. 89), luego examina una a una todas las penas privativas de derechos, que circunscribe a las incluidas en el art. 39 CP. Así, analiza diversos problemas que plantean la pena de inhabilitación absoluta, las diversas inhabilitaciones especiales, las privaciones del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, del derecho a la tenencia y porte de armas, o de la patria potestad, destacando el detenido estudio que efectúa de las llamadas penas de alejamiento (pp. 121-140). Concluye este apartado con una serie de observaciones sobre las penas privativas de derechos de las personas jurídicas (pp. 144-149). En relación con este último epígrafe, y sobre todo teniendo en cuenta el objeto de esta obra, cabría haberse planteado la posibilidad de extender los TBC también a las personas jurídicas.

Finalmente, en lo que constituye el núcleo central de su obra, el autor se ocupa de analizar la pena de TBC en tres apartados distintos.

En un primer apartado, el que constituye el cuarto de la monografía, bajo la denominación de «El trabajo en beneficio de la comunidad» (pp. 151-234), pretende analizar «de dónde se viene, dónde se está y hacia dónde se dirige este tipo de pena» (p. 151). Para ello comienza con unas «notas históricas» (pp. 151-171) muy interesantes, que considero una de las partes más brillantes de esta obra, remontándose al mundo hebreo con la ley del talió, pasando por la cultura grecolatina y la esclavitud, la aparición del cristianismo y el medievo en que el trabajo comienza a reconocérsele su condición moral, para posteriormente priorizar su carácter económico con penas de corte utilitarista como las galeras, los presidios y arsenales, las obras públicas o finalmente los trabajos de colonización. Concluye estas notas históricas refiriéndose al trabajo penitenciario, con el que se renuncia al trabajo como castigo para convertirse en un instrumento de reinserción social. Sigue con un epígrafe dedicado a examinar «definición legal de esta pena» (pp. 171-181), en el cual presenta una breve evolución legislativa en España –que desarrolla más adelante (pp. 193-204)– y también ofrece una sucinta, pero suficiente, referencia al Derecho comparado. Formula la siguiente definición: «aquella pena que mediando el consentimiento del penado le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública» (p. 178). Y en cuanto a su denominación, prefiere mantener la habitual, frente a quienes sugieren cambiarla por «prestación en beneficio de la comunidad», ya que ésta podría confundirse con la medida prevista para la responsabilidad penal de los menores (p. 179). A continuación, analiza las características legales del trabajo (pp. 181-193): la utilidad general, su carácter no retribuido, la voluntariedad y el respeto a la dignidad del penado; así como, dentro de un epígrafe dedicado a la «regulación legal» (pp. 205-234), cuál es su naturaleza, sus funciones y, sobre todo, cómo se prevé su ejecución, examinando con particular detenimiento (pp. 217-234) las tres fases en que se estructura el procedimiento de gestión de la pena de TBC: la 1ª fase o inicial de programación, la 2ª fase de cumplimiento, y la 3ª fase de seguimiento y conclusión.

No obstante, se echa en falta un análisis más detenido del incumplimiento de esta pena, a lo que sólo dedica una página (p. 230).

En el segundo apartado dedicado a la pena de TBC, el quinto del libro, el autor aborda «Otros aspectos del trabajo en beneficio de la Comunidad» (pp. 235-271), donde se centra en tres cuestiones: 1) la configuración de cuatro talleres de sensibilización, como modalidad de cumplimiento de la pena de TBC (concretamente los talleres Taseval, Diálogos Restaurativos, Convivir y Regenerar) (posteriormente vuelve sobre ellos); 2) la perfilación de ofensor potencialmente condenado a esta pena, donde si bien considera con carácter general que «no existe, ni debería existir un único perfil» (p. 240), no obstante, se plantea una serie de circunstancias que pueden dificultar la imposición de esta pena, como las obligaciones o cargas familiares, el estado de salud, la lejanía del domicilio, los horarios laborales, y en particular, poseer un historial de violencia, ser reincidente, toxicodependiente o con problemas psiquiátricos; y 3) los argumentos en contra y a favor de esta pena, en lo que considero una parte fundamental de este texto. Quizás la ubicación de estos dos epígrafes (pp. 249-271) no sea la mejor (personalmente la hubiese anticipado), pero eso no es lo importante. Lo destacable de esta parte es su contenido y cómo el autor va rebatiendo una a una las críticas hacia esta pena y cómo la respalda, sobre la base de las evidentes ventajas que presenta: restringe el etiquetamiento y la estigmatización del condenado, previene la victimización «secundaria» (creo que lo correcto sería hablar de terciaria, esto es, del victimario como víctima del sistema penal), reduce los costes económicos, aumenta la autoestima y la concienciación social, incentiva la mejora individual y la capacidad del condenado, supone un elemento de integración social, tiene un alto grado de cumplimiento y disminuye la reincidencia posterior. En virtud de todo ello, concluye que «esta pena útil a la comunidad deber ser el ejemplo, santo y seña, de los nuevos tiempos para eludir las penas privativas de libertad» (p. 271).

En el tercer apartado dedicado a la pena de TBC, el sexto en total, elabora un «Excurso sobre los efectos prácticos del trabajo en beneficio de la comunidad» (pp. 273-316). Para ello acude a exponer los programas que se desarrollan en el CIS de Algeciras «Manuel Montesinos Molina» como modelo de referencia en una forma de cumplimiento de la pena de TBC. Conviene aclarar que en los CIS se cumplen penas privativas de libertad y es el SGPMA de Algeciras el que se encarga de controlar el cumplimiento de la pena de TBC. Pero, en efecto, se puede cumplir a través de esos talleres o programas formativos, centrando su exposición en nueve de ellos: PRIMA (Programa de intervención para agresores de violencia de género en medidas alternativas); PROSEVAL (Programa de intervención psicoeducativa en seguridad vial); TASEVAL (Taller de sensibilización en seguridad vial); Taller reGENER@R; Taller Diálogos Restaurativos; Programa CUENTA CONTIGO (Programa de sensibilización en drogodependencias para penados a trabajos en beneficio de la comunidad); Programa FUERA DE LA RED (Programa de intervención frente a delincuencia sexual con menores); Taller CONVIVIR (10 herramientas básicas para vivir en comunidad); y Programa ENCUENTRO (Programa de intervención frente a la violencia familiar en medidas alternativas).

Cierra la obra con una «Coda» (317-324), «a modo de epílogo» (p. 317) en el que condensa todo lo expuesto y concluye que la pena de TBC es «una pena con futuro», «sin duda» (p. 323) y «puede catalogarse como un auténtico paradigma para una reinserción social futura del penado» (p. 324).

II.

Concluyo esta resección felicitando al autor por la magnífica obra que ha publicado, pero quisiera añadir algunas observaciones, éstas en un tono algo más crítico, además de las que ya he ido efectuando.

Pienso que debería haberse cuidado un poco más la edición de la obra, pues se advierten numerosos errores en el texto y algunas repeticiones innecesarias, pero que en ningún caso desmerecen el gran valor de esta obra, como he dicho, y tampoco dificultan su lectura. También se observa, quizás por ese «pacto de caballeros» al que aludí al principio de esta resección, un excesivo apego a la obra de Álvaro BURGOS MATA mencionada muy a menudo, lo cual tampoco significa que José Manuel RÍOS no manifieste su opinión en todas y cada una de las cuestiones que aborda.

A lo largo de la obra se pueden percibir tres aspectos que el autor va interrelacionando. Por un lado, el trabajo contiene aspectos penológicos o prácticos, relativos a la realidad de esta pena; por otro lado, el contenido más importante se centra en aspectos dogmáticos o teóricos (de interpretación y de sistematización de su regulación, fundamentalmente); y, por último, quizás la parte menos desarrollada sea la relativa a cuestiones político-criminales o de crítica a la actual regulación. Leyendo el subtítulo del libro –«Una pena con futuro»–, uno esperaba un mayor contenido de este tipo. Y si lo que se propone en clave político-penológica es poner en valor los programas y talleres psico-educativos como modelo de referencia del cumplimiento de la pena de TBC, siento discrepar con José Manuel Ríos.

En mi opinión se observa cierto practicismo o cobardía por parte del legislador español a la hora de apostar por alternativas a la prisión. Y en este punto creo que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es un ejemplo paradigmático. Primero apenas se apostó por ella, pues se previó con un papel casi ridículo, minúsculo, pues se limitaba a ser una pena sustitutiva de la de arresto de fin de semana y una forma de cumplir la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En 2003 se pretende darle un mayor protagonismo y desaparecida la pena de arresto de fin de semana, vino a cubrir en parte el hueco que dejó. Sin embargo, no se la dotó de los medios y del personal especializado adecuado para fomentar su imposición por parte de los jueces y su cumplimiento por parte de los penados. Y fueron precisamente esas dificultades de llevarla a la práctica las que motivaron la decisión que tomó el legislador español, primero en 2009 para los delitos contra la seguridad vial y luego en 2010 para el resto, de cambiar el contenido de dicha pena y permitir como modalidad de cumplimiento la participación del penado en talleres o programas formativos, abandonando así lo que es su carácter auténtico y genuino, que son las labores de utilidad social o colectiva. Por practicismo o por cobardía –como decía–, con esta decisión se está restando autoridad a esta pena, y lo que es peor, se está desnaturalizándola, porque con el último cambio experimentado creo que se ha abierto una puerta por la que los penados están pasando a otra habitación, pero esa estancia ya no está en el edificio de la pena de TBC y no se sabe muy bien lo que es –máxime si esos talleres pueden llevarse a cabo incluso de manera telemática (vid. el Informe General 2024 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, p. 204).

María Belén Sánchez Domingo, El tipo de injusto del delito de abandono del lugar del accidente, Dykinson, Madrid, 2024, 281 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

En esta nueva monografía de la profesora de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, se analiza el novedoso, pero no menos curioso, delito de fuga del lugar del accidente (art. 382 bis), introducido en el Código Penal en 2019 (y reformado en 2022). Aunque el delito ha recibido ya amplia atención por cierto número de autores en artículos y capítulos de libros, se trata de uno de los primeros estudios monográficos al respecto.

La estructura es la común en las obras de parte especial referidas a un precepto concreto: situación del tema y bien jurídico protegido, análisis del tipo objetivo, y el resto de cuestiones (tipo subjetivo, fases de ejecución, e intervención). Emplea una amplia bibliografía, mayormente española, muy vinculada a los delitos contra la seguridad vial y la omisión del deber de socorro, pero también la referida a este nuevo tipo. La obra se cierra con una relación de jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, que van desde 1979 hasta las más recientes, de 2023: abarcan, por tanto, temas relacionados con el delito de omisión del deber de socorro, que sirve de referencia para analizar el de abandono recientemente previsto. Abundan las referencias al delito de omisión de socorro a la hora de abordar el de abandono, puesto que es preciso dilucidar la coordinación mutua, así como las diferencias (cfr. por ejemplo, p. 211).

Después de unas consideraciones introductorias en las que se sitúa el tema, en el capítulo primero se exponen los antecedentes legislativos, que se remontan a la legislación de los años 50 del pasado siglo (la Ley del Automóvil): un capítulo que resulta útil por la documentación que aporta, como también por mostrar que el delito de abandono se halla en la confluencia de muy variadas realidades implicadas: desde la solidaridad a la seguridad vial, pasando por la regulación del tráfico automovilístico en el Derecho administrativo sancionador. Se expone aquí cómo se fraguó el texto del precepto (pp. 41-43) y un motivo que podría argüirse para defender su presencia: que los casos de accidente con muerte más fuga podrían plantear dificultades para considerarlos como omisión del deber de socorro (¿tentativa inidónea?). Según se expone, «nunca ha existido un auténtico delito de fuga hasta la introducción del artículo 382 bis» (pp. 36-37, 202).

A la identificación del bien jurídico protegido se dedica el capítulo segundo, en el que se llega a la conclusión de que se trata de garantizar la actuación de la Administración de Justicia (p. 66), o como expresará después: de «no dificultar el desarrollo del proceso penal» (p. 209). En cambio, se rechazan otras posibles posiciones: ni la seguridad vial ni la solidaridad humana se hallan en condiciones de constituir el bien jurídico protegido (pp. 67-79), por lo que evita emplear estos como punto de referencia (pp. 71 y 77), aunque resulta difícil eludir la doctrina y jurisprudencia al respecto, puesto que hay datos sobre los que ya hay abundantes opiniones o pronunciamientos. Para la autora, este delito sanciona la infracción del deber de contribuir con

la Administración de Justicia (p. 72), aun a riesgo de haberse previsto como «una mera desobediencia a la normativa administrativa» (p. 72). Por lo que se cuestiona su presencia, por tratarse de una infracción formal (pp. 55, 72) que contradice los principios del Derecho penal (pp. 51, 79).

El amplio capítulo tercero se ocupa del análisis del tipo objetivo. Se comienza por una exposición sobre el concepto de «conductor», sujeto activo del delito (que es quien maneja el vehículo, incluido el asistente de aprendizaje): se trata de un delito de propia mano (pp. 93, 243). A pesar de que no es un delito contra la seguridad vial, se exponen los elementos comunes a los delitos contra esta (conducción, vehículo y vía pública, resumidamente, en p. 118): define la «conducción» de manera relativamente estricta, pues exige cierta duración y desplazamiento, así como «riesgo de singular importancia superior al permitido» (p. 105); y adopta conceptos amplios tanto de «vehículo» (pp. 110-111), como también de «vía pública» (que incluye las de carácter privado: p. 117). Considera que se trata de un delito que tiene contenido lesivo (para la Administración de Justicia: p. 120), de «simple actividad» (p. 120), pero dicha actividad debe extenderse «un poco en el tiempo y en el espacio», de modo «que impida su identificación y localización» (p. 121); a su vez, la conducta típica es de carácter activo (pp. 124-125, 131, 143). A propósito de qué debe entenderse por ese alejamiento físico (pp. 131-136), opta por el criterio de la pérdida del control visual (p. 134), pero «valorado dentro de lo razonablemente lógico» (p. 136). Opta por un concepto amplio de causación (pp. 137-141), imprudente o fortuita, de muertes o lesiones. Por lo que se refiere al supuesto de accidente por imprudencia, la autora traza una amplia y documentada exposición sobre la graduación de grave, menos grave y leve (pp. 149-165), para reducir los casos de abandono típico a los de accidente previo por las dos primeras modalidades, pero no por la de carácter leve. Su exposición relaciona el carácter imprudente del accidente con los casos de homicidio (pp. 169-178) y lesiones (pp. 181-182) imprudentes que sean «típicas», es decir, las de los respectivos delitos imprudentes, que son de carácter grave o menos grave, pero no leve. En cambio, no serían relevantes a efectos del delito de abandono los accidentes por las de grado leve (p. 182). Y por lo que se refiere al accidente fortuito que produce resultados de muerte o lesiones, sostiene *lege ferenda* que no hay razón para la sanción penal por ausentarse del lugar, y debería recurrirse a las infracciones administrativas (p. 194). A la cláusula de subsidiariedad o «excluyente» (p. 119) dedica un amplio estudio (pp. 195-209), centrado sobre todo en interpretar los requisitos del art. 195 para la omisión del deber de socorro («persona desamparada» y «peligro manifiesto y grave»), puesto que opera como prioritario frente al de abandono. Resume las situaciones posibles (pp. 208-209): en su opinión, se aplicaría el art. 382 bis por la fuga, cuando la víctima del accidente i) haya fallecido, o ii) no se encuentre desamparada ni en peligro manifiesto y grave. En cambio, iii) si omite el socorro y huye, cometería los dos delitos, pero la mención legal («fuera de los casos contemplados en el artículo 195») impediría aplicar el de abandono. Finalmente, a pesar de la mención a «sin que concurra riesgo propio o de terceros» (elemento negativo del tipo: p. 217), considera SÁNCHEZ DOMINGO que solo podría entenderse que se da esa situación, en caso de verse afectado un bien de naturaleza personal, por lo que no es el caso cuando detenerse y colaborar supone la autoincriminación (p. 220).

Los últimos capítulos se refieren finalmente al tipo subjetivo, fases de ejecución, así como autoría y participación. En cuanto al tipo subjetivo (capítulo cuarto), doloso por la redacción del texto del precepto (p. 223), se señala cómo el dolo debe abarcar la producción del accidente, la existencia de víctimas mortales o lesionadas de cierta gravedad y el abandono del lugar (pp. 225-226); admite el dolo eventual (pp. 226-228); y resultan interesantes las consideraciones sobre el error de tipo (impune, claro está), a propósito de la percepción del riesgo propio o de tercero (pp.

229-230). En cuanto a las fases de ejecución (capítulo quinto), defiende el carácter de tipo de «simple actividad» (pp. 231 ss.), sin perjuicio de que ve posible la tentativa (idónea o no, acabada o no); aunque considera que «la conducta típica no es susceptible de ser realizada de modo fraccionado» (p. 233), propone recurrir al criterio de pérdida del «control visual» para dar por alcanzado el «abandono» del lugar del accidente (p. 236, y ya antes, en p. 134). Y a la intervención dedica el último capítulo (sexto): partiendo de que es delito de propia mano (p. 243), exponen algunas situaciones, entre las posibles, de participación.

A lo largo de la monografía SÁNCHEZ DOMINGO critica la previsión misma de este delito por tratarse de una infracción formal (pp. 55, 72, 194), entrar en contradicción con los principios del Derecho penal (pp. 51, 79), y emplear una defectuosa técnica legislativa (pp. 119, 136). Ciertamente, el precepto adolece de algunos defectos técnicos y suscita no pocas dudas sobre su legitimidad. En esta situación, es posible efectuar algunas propuestas restrictivas que minimicen, en lo posible, los defectos del precepto.

La lectura de la monografía invita a reflexionar sobre diversas cuestiones. A continuación, algunas de ellas. De entrada, la tesis de que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia –idea que me parece plausible– tiene algunas consecuencias. Así, en primer lugar, podría entenderse el delito como medio de garantía de cumplimiento de prestaciones en favor del Estado. De este modo, la colaboración con la Justicia separa este delito del de omisión del deber de socorro, a pesar de las reminiscencias que el propio legislador muestra en el texto. De ser aquel el bien jurídico, procedería un concurso de delitos en caso de producirse el accidente, no socorrer y además huir del lugar. Sin embargo, se ha optado expresamente («fuera de los casos contemplados en el artículo 195») por dar prioridad al de socorro, en defecto del de abandono, que sería subsidiario. Da la impresión de que trata de evitar una sanción que podría ser desproporcionada, y con ello desvela que no parece tener mucha entidad este bien jurídico y la conducta del tipo. Me parece que la subsidiariedad que proclama la Exposición de Motivos del proyecto hace mal servicio a la importancia del problema que venía a resolver y al bien jurídico. Si se opta por aplicar uno u otro tipo (cada uno con su bien jurídico propio), podría pensarse más en un criterio de exclusión que de subsidiariedad. Pero el legislador expresamente menciona la subsidiariedad, y lo hace en un contexto extraño: «subsidiariedad de este delito respecto del aquél, refiriéndolo a los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro» (LO 2/2019, de 1 de marzo, Exposición de Motivos). Por lo demás, como delito contra la Administración de Justicia, suscitaría problemas, entre otros, con relación al *nemo tenetur* (cfr. pp. 62-65), la irrelevancia del consentimiento de la víctima en el abandono por parte del conductor, y la posibilidad de que exista *bis in idem* con infracciones administrativas.

En segundo lugar, otra consecuencia de partir de la Administración de Justicia como bien jurídico sería la estructura del tipo y su naturaleza. La configuración del delito como un medio que viene a garantizar la actuación de la Administración de Justicia situaría el delito en la línea de los que contienen deberes positivos (de contribuir, de colaborar, por ejemplo). En efecto, podría verse como un delito basado en la infracción de un deber positivo, esto es, fundado en la relación que vincula al particular con el Estado de manera peculiar: en este caso, por la actividad de la conducción de vehículos (de suyo peligrosa y regulada) más la producción del accidente (injerencia). A partir de ahí, el modo de infringir ese deber positivo sería menos relevante en términos fenomenológicos: podría ser a modo de fuga (abandono *activo*) o de no aportar pruebas (no colaboración *pasiva*). En este caso, se trataría de un delito basado en la infracción de un deber positivo, pero cometido activamente (fuga o abandono del lugar). Más que definirlo como delito

activo (pp. 51, 124, en donde se afirma que «no se trata de una omisión»), me parece que lo esencial es el deber positivo de base, a infringir por vía activa u omisiva. Más que centrarse en la fenomenología de las formas de comisión, pienso que lo esencial no es tanto si la huida del lugar es activa (cómo si no) o pasiva (no permanecer), pues eso depende de la redacción (en ocasiones, poco cuidadosa de un legislador apresurado).

Otro aspecto relevante me parece que es el de la imprudencia. Es posible que las abundantes referencias a los delitos imprudentes resulten poco adecuadas en algunos extremos, pues el art. 382 bis no se remite a aquellos, sino que prevé la causación imprudente (sea la que sea, sea típica o no, y se sancione como se sancione: «causar ... causare») en cuanto presupuesto a castigar aparte (así, por ejemplo, en pp. 186-190). Como se ha expuesto, la exposición de SÁNCHEZ DOMINGO pone en relación el carácter imprudente del accidente con los casos de homicidio y lesiones imprudentes típicas. De manera que, al ser únicamente típicas las de carácter grave y menos grave, no serían relevantes a efectos del delito de abandono los accidentes por imprudencia de grado leve (p. 182). Esta conclusión no me parece acorde con la letra del art. 382 bis, que exige «causar un accidente en el que fallecieron una o varias personas» y «lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150», y que «tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor», sin más especificaciones. Adicionalmente, si la alternativa es entre accidente imprudente (grave o menos grave) y caso fortuito, quedarían impunes los casos de imprudencia leve, pues no serían ni unas ni otros, lo cual no parece sostenible. Además, la reforma de este delito (2022) suprimió la antigua referencia a «lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2», para remitirse ahora a preceptos de lesiones dolosas cuyo resultado es parte de los tipos imprudentes, de manera que ha de referirse a dichos resultados descritos en estas y no a su tipicidad subjetiva, por lo que ha de tener relevancia la mención actual frente a la originaria (2019). Finalmente, si tenemos en cuenta el bien jurídico tutelado del que se parte (Administración de Justicia), se podría defender la inclusión también de los casos de carácter leve, en los cuales hay interés en dilucidar la entidad del accidente mediante la colaboración del conductor. Esta argumentación no pretende legitimar lo que el legislador haya definido, sino aspirar a limitar su amplitud una vez que parece criticable prever este delito en el Código Penal. Y si se desea reducir la amplitud del precepto –algo que me resulta legítimo, una vez que se detectan defectos en el precepto en cuestión– podría argumentarse una restricción teleológica por razones de desproporción u otras.

Más allá de este aspecto, otros detalles de la redacción y coordinación del precepto suscitan dudas. La autora ha hecho una gran labor de documentación de las dificultades y las posiciones arbitradas para resolverlas. Aquí me permito solo destacar una solución: la de la pérdida del control visual (p. 134) como criterio para la consumación del delito de abandono. De entrada, es loable proponer criterios para facilitar interpretaciones adecuadas. Pero puede suscitar algunas dudas. El criterio de la pérdida del control visual que defiende para apreciar cuándo concurre el alejamiento físico (pp. 131-136) sería problemático, por ejemplo, en accidentes causados en zona despoblada y sin tránsito, o a altas horas de la madrugada, en los que la consumación instantánea, por pérdida de control se daría desde el primer instante. En tales casos, y en otros que cabe imaginar, no resulta fácil ese control visual por alguien que no sea la víctima. También sería problemático el caso de huida, pero sin posibilidad de identificar al conductor en fuga (se le ve, pero no se perciben los detalles del vehículo en que huye). Por tanto, en definitiva, es posible que el criterio original requiera cierta matización.

La autora ha llevado un documentado estudio monográfico del delito previsto en el art. 382 bis, y es de agradecer la identificación y amplitud de las cuestiones abordadas, así como la

originalidad de algunas soluciones propuestas. En todo caso, un trabajo que ofrece mucho e invita a la reflexión.

2.2026

Réplica a la Recensión de Pablo Sánchez-Ostiz a Los medios del derecho penal. Política, castigo y discurso penal en la era digital, Trotta, Madrid, 2025, 429 páginas (InDret 1.2026)

Javier Cigüela Sola
Universidad de Barcelona
jciguela@ub.edu

-

El actual sistema académico no es particularmente agradecido con el género de la recensión; al menos esa es la impresión que uno recibe de los baremos cuantitativos para las acreditaciones. El mensaje que con ello se transmite no hace justicia a la aportación que las recensiones realizan al intercambio de conocimiento, pues resulta que esa clase de trabajos aporta cosas de las que el resto de los formatos carece. Primero, permite a los lectores –entre los que me encuentro– «aprovecharse» del enorme esfuerzo lector y de síntesis del reseñador, accediendo tanto al contenido de las obras reseñadas como al contrapunto crítico que aquel haya podido imprimirle. Segundo, y ya hablando en calidad de autor de una obra reseñada, ofrece la oportunidad de acercarte a tu propio trabajo con ojos ajenos, una experiencia muy enriquecedora que permite calibrar qué es exactamente lo que volcaste en el papel, como también repensar tus propios argumentos desde otro punto de vista, muchas veces mejor o más cultivado que el tuyo propio. Precisamente por ello querría de entrada agradecer a Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ su trabajada labor en el mantenimiento del género, y particularmente su recensión y sus comentarios a mi obra.

Me tomo esta réplica como una oportunidad para explicitar algo mejor algunas características metodológicas del libro, e incluso algunas limitaciones (conscientemente autoimpuestas por mi parte) que podrían sorprender al lector. En su recensión, el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ advierte fundamentalmente que la obra adopta una postura descriptiva, y que en tanto lo que se describe es el panorama «crudo» que queda tras la transformación digital del orden penal, se echa de menos un contrapunto normativo que sirviera de «rearme» frente a dicha situación; y, más en concreto, algún tipo de reflexión sobre cuál es el lugar que debemos ocupar los investigadores y profesores de derecho en este nuevo contexto.

De entrada, tiene razón el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ en destacar que la obra apuesta por una perspectiva descriptivamente densa y más bien «ligera» normativamente. La principal razón de esa elección es que, a mi juicio y al menos en relación al objeto de investigación (la influencia de los medios en el derecho penal), los argumentos normativos son posteriores a los descriptivos: sólo es posible saber qué relación debemos establecer con los medios de comunicación, si entendemos antes qué son los medios de comunicación y cuál es el tipo de influencia que ejercen sobre los órdenes normativos. En fin, que, para empezar a caminar en alguna dirección, uno tiene que contar antes con un mapa del lugar, incluso con una cierta genealogía de cómo se ha llegado hasta aquí. Precisamente el punto de partida del libro es que el mapa de los efectos de los medios en el orden penal no ha sido todavía trazado, y lo que se había hecho era o bien aproximaciones que subestiman la conexión misma entre medios y derecho penal (remiten a una conexión técnica, y no alcanzan a ver su dimensión sociocultural), o bien se aproximan a ella pero de modo parcial o específico (por ej., los estudios sobre agenda *setting* y *framing*, o sobre el miedo al delito,

o los trabajos sobre medios y proceso). Frente a ello, la obra pretende ofrecer un modelo explicativo «macro» o «general» de la coevolución entre los medios y el derecho, que constituya un posible punto de partida de futuras investigaciones en niveles más concretos o situados de análisis.

En esa aproximación, los argumentos normativos sólo aparecen cuando sirven para esclarecer la descripción del terreno. Por ejemplo, cuando describo el ideal de esfera pública deliberativa para luego contrastarlo con la evolución patológica de las esferas públicas televisivas y digitales (§ 84 ss.); o cuando me remito al ideal de un derecho penal liberal, autocontenido y sometido a límites, con el fin de contrastarlo con el tipo de derecho penal hiper-expansivo que ha emergido en las últimas décadas, en parte por la influencia de las culturas punitivas audiovisuales (§ 87 ss.); o, en fin, cuando aludo a los principios del hecho y del daño para señalar que parte de las tensiones a las que estos se exponen en la actualidad conectan con las condiciones de comunicación digital, es decir, con la creciente virtualización y des-materialización de los marcos de comprensión del mundo (piénsese, por ej., en qué concepto de daño puede abarcar conductas lesivas en el metaverso; o qué concepto de violencia sexual va a emerger en un contexto de creciente interacción a través de pantallas y dispositivos) (§ 84 ss.); y así sucesivamente.

Ahora bien, si el diagnóstico es que la era digital está produciendo un derecho penal crecientemente volcado a lo simbólico, que hace partícipes a las audiencias digitales de la producción de sus propios espectáculos legales o judiciales, y que se ve constantemente atrapado en las batallas culturales que definen la política digital, la siguiente pregunta debería ser –como sugiere la recensión– qué debemos hacer en este nuevo contexto. Pues bien, aunque la obra no aborde dicha pregunta directamente, sí que lleva implícitas algunas lecciones que uno puede extraer para el abordaje normativo de los problemas descritos. Apuntaré solamente algunas ideas al respecto.

La primera es que, si la hipótesis del trabajo es cierta, buena parte de los problemas «penales» diagnosticados son en realidad un reflejo de problemas sociales más profundos; en realidad, muchos de ellos están vinculados a transformaciones que se dan en el campo político, el económico o el mediático, las cuales proyectan sobre el orden penal presiones adaptativas a las que éste acaba respondiendo. Así ocurre, por ej., con las tendencias populistas y punitivistas que emergen hacia los años 60 y que se desarrollan y evolucionan con diferentes estilos hasta nuestros días: se trata de una forma de hacer (y comunicar) la política penal que se adapta bien a las sociedades tardomodernas, lo que quiere decir, a Estados (y democracias) en crisis, economías neoliberales y culturas audiovisuales orientadas a la producción de performances de «ley y orden». Si eso es así, lo cierto es que la respuesta a la pregunta de qué hacer excede en mucho las competencias del penalista, que se limitará a la crítica del origen defectuoso de los productos que maneja (las leyes) y como mucho aspirará a ponerles parches que minimicen el daño. Esta constatación no es, claro, demasiado novedosa, y no se separa mucho del conocido dilema de BÖCKENFÖRDE, que aquí parafrasearía diciendo que el derecho penal racional vive de condiciones que no puede crear, ni tampoco modificar.

Ello no implica negar la posibilidad, por ej., de reducir o revertir las tendencias punitivas del sistema, o fortalecer las bases garantistas de la justicia penal; sino más bien reconocer que ello pasa por un cambio a gran escala, que afecta primordialmente al entorno (social, político, cultural) y no al núcleo del orden legal. Huelga decir, por otra parte, que a día de hoy ese cambio no se vislumbra, y lo que las últimas tendencias a nivel global permiten entrever es precisamente lo contrario, es decir, un fuerte regreso a modelos de «ley y orden», donde se hibridan elementos

de los derechos penales autoritarios «clásicos» con novedosas y disruptivas tecnologías y retóricas ciberutópicas (o -distópicas, según se mire).

Una segunda reflexión, al hilo de la última preocupación expresada por el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ, versaría sobre qué rol debemos desempeñar como investigadores y profesores de derecho en el nuevo contexto. De las muchas discusiones que podrían abrirse, querría sólo apuntar alguna idea en dos planos diferenciados. La primera tiene que ver con nuestro papel como interlocutores en la esfera pública, terreno en el que en España estamos muy por debajo de los estándares anglosajones o alemanes, por poner dos ejemplos conocidos. El mundo actual carece de los automatismos que antaño aseguraban la participación del jurista experto en el debate público e incluso su incidencia en la decisión política o legislativa –para empezar, aquel ha perdido prestigio social o capital simbólico–; y el tipo de interacción que condiciona la política penal digital es mucho más compleja e incluye muchos más actores en liza que en la era televisiva (y por supuesto que en la impreza). Mi impresión es que, en el nuevo contexto, la visibilidad de la opinión experta en materia penal depende demasiado del voluntarismo y la capacidad individual de algunos profesores con perfil público, y que debemos empezar a pensar en términos más sistémicos e institucionales; creo que buena parte de los recursos dedicados a proyectos de investigación con poco impacto deberían emplearse más bien a la financiación de institutos u organizaciones más estables, que puedan acumular no sólo conocimiento experto, sino también habilidades relativas a las técnicas de comunicación que se requieren en la esfera pública digital –en la cual, por cierto, nuestra presencial es testimonial–. Algo así está teniendo lugar en el ámbito de las políticas públicas, y sería deseable trasladarlo al terreno particular de la política penal.

En otro orden de cosas, tendremos que repensar también nuestra relación con las «máquinas» a las que se alude en la recensión. Creo que es obvio que nuestra profesión ha cambiado con internet más de lo que somos capaces de reconocer, y está en aras de cambiar aún más con la llegada de las inteligencias artificiales generativas; cualquiera que haya corregido Trabajos de fin de Grado o Master sabe de lo que hablo, pero lo mismo vale para la elaboración de escritos procesales, sentencias o cualquier otro texto jurídico, trufados como están por «cortas y pegas», frases estandarizadas y lenguajes «sin alma». De nuevo, aquí el objetivo de la obra era sólo describir cómo el modelo humboldtiano de Universidad y de producción académica está siendo transformado de arriba abajo por una nueva cultura, dominada por las lógicas de «utilidad» y «rendimiento», y marcada a su vez por la hiperexpansiva oferta digital de materiales, interpretaciones, enfoques y, ahora también con la IA, estrategias de automatización del trabajo intelectual. Son muchas las cosas que podríamos discutir en relación a estos cambios y la postura que deberíamos adoptar al respecto; yo de momento albergo más dudas que certezas, y también algunos miedos. Quizás, como sugiere el Prof. SÁNCHEZ-OSTIZ, una forma de resistencia crítica frente al proceso de tecnificación que hay en marcha tenga que ver con redescubrir lo propiamente humano del quehacer jurídico: en el campo de la investigación, creo que eso pasa por premiar la calidad y la originalidad sobre la cantidad y la estandarización; y en el campo de la docencia el único horizonte que me parece prometedor es un cierto regreso a la oralidad como forma de aprendizaje y evaluación, unido a una dieta tecnológica más estricta en las aulas (y más allá de ellas). Aunque todo ello requiera, de nuevo, un cambio cultural más profundo, creo que los juristas debemos contribuir a ello en nuestro propio terreno, o al menos intentarlo.

En fin, se trata sólo de unas vagas ideas que van más allá del libro, en parte porque exceden su propósito, y en parte también mi ámbito de competencia y certezas. Sea como fuere, agradezco sinceramente al Prof. Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ la oportunidad de transmitir las aquí como respuesta

a sus reflexiones tras la lectura del libro, con el deseo de continuar la discusión en un futuro que, como él mismo sugiere, no está todavía escrito.