InDret
4.2026

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

Secreto profesional, *work product* y preparación de la defensa en la era de la inteligencia artificial. Comentario a la resolución de la Corte Distrital del Sur de Nueva York de 17 de febrero de 2026 (*United States v. Heppner*), por Ignacio CASTILLO VAL y Samuel MALAMUD HERRERA.

El corte de suministros y la violencia en las coacciones. Comentario a la STS 426/2026, de 24 de junio, por Lorena RAMÍREZ LUDEÑA.

Estado de necesidad y tráfico de órganos. Comentario a la STS 428/2026, de 24 de junio, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

El *efecto desaliento* como causa de exención o atenuación de la pena. De nuevo sobre el exceso en el ejercicio de un derecho fundamental en torno al caso «Aturem el Parlament». Comentario a la STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026 (*Molina Marín y otros c. España*), por Francisco FERNÁNDEZ PERALES.

-

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

InDret
4.2026

Secreto profesional, *work product* y preparación de la defensa en la era de la inteligencia artificial

Comentario a la resolución de la Corte Distrital del Sur de Nueva York de 17 de febrero de 2026 (United States v. Heppner)

Ignacio Castillo Val
Profesor de la Universidad de los Andes (Chile)
ignacio.castillo.val@gmail.com

Samuel Malamud Herrera
Profesor de la Universidad Central (Chile)
smalamud@gmail.com

-

1. Introducción

¿Puede el secreto profesional (cliente-abogado) o la doctrina del *work product* extender su protección a los documentos generados a partir de las interacciones entre un usuario y una plataforma de inteligencia artificial (IA)? Un fallo reciente de un juez de la Corte Distrital del Sur de Nueva York descartó que esas interacciones quedasen amparadas por alguna de estas formas de protección.

La actualidad de esta discusión y los argumentos empleados por el tribunal para resolverla han despertado un comprensible interés entre académicos y profesionales. En este trabajo se examinan los principales fundamentos del fallo y se analiza cómo un caso de características similares podría resolverse conforme a la legislación chilena. A partir de esa comparación, se propone distinguir la función que la IA desempeña en cada supuesto: como interlocutor autónomo, como herramienta utilizada bajo dirección letrada o como medio de comunicación entre el abogado y su cliente.

2. Descripción del caso

En el contexto de una investigación penal seguida por los delitos de fraude en el mercado de valores y fraudes electrónicos, conspiración para cometer tales delitos, declaraciones falsas a auditores financieros y falsificación de documentos corporativos, el acusado B. Heppner fue detenido el 4 de noviembre de 2025. Durante su detención, el FBI ejecutó una orden de

allanamiento, en cuya ejecución fueron incautados diversos documentos y dispositivos electrónicos[1].

El abogado de Heppner, después de la detención, le representó a la Fiscalía (*Department of Justice*, DoJ) que, entre los materiales incautados, había aproximadamente 31 documentos digitales, que contenían interacciones (*chats* y elementos descargables) entre Heppner y la plataforma de inteligencia artificial *Claude*, operada por la empresa privada *Anthropic*[2].

Según el abogado de Heppner, los documentos representan comunicaciones entre Heppner y Claude que tuvieron lugar en 2025, después de éste recibiera una citación de un gran jurado y una vez que quedó claro que era imputado en la investigación. Heppner estaba al tanto de la investigación antes de su detención, ya que había sido sometido a actos de una indagatoria preliminar y utilizó la plataforma de IA —de manera independiente, sin la solicitud, sugerencia o requerimiento de su abogado— con el propósito de preparar informes en los que se esbozaran estrategias de defensa y posibles argumentos, anticipándose a los cargos que probablemente le iban a ser atribuidos.

La defensa alegó que su cliente utilizó la plataforma de IA como medio de defensa para preparar una serie de informes ante una inminente imputación formal (*indictment*) y que, por tanto, esos documentos generados por IA estaban amparados por el secreto profesional (*attorney-client privilege*) y protegidos por la doctrina del producto del trabajo (*work-product doctrine*). Además, la defensa sostuvo que Heppner había introducido en la plataforma de IA, entre otras cosas, información que había obtenido de su abogado; que el acusado había creado los documentos de IA para preparar la entrevista con su abogado; y que Heppner había compartido posteriormente el contenido de estos documentos con él. De conformidad con una «estipulación del protocolo sobre privilegios», la Fiscalía y el abogado defensor acordaron que el órgano de persecución penal separaría los documentos de IA y no los examinaría en tanto se resolvieran las alegaciones sobre privilegio. En oposición, la fiscalía presentó una moción solicitando al tribunal que desestimara la pretensión de la defensa, y sostuvo la legitimidad del acceso estatal a estos documentos.

El 10 de febrero de 2026, en una audiencia preliminar, las partes expusieron sus argumentos y el 17 de febrero el Juez de Distrito Jed S. Rakoff dio a conocer su decisión con sus fundamentos (*memorandum*), dando lugar a la moción del persecutor[3]. El magistrado de la Corte del Distrito Sur de Nueva York consideró que las interacciones que Heppner mantuvo con una plataforma de IA no estaban protegidas frente a la inspección estatal[4].

[1] *United States v. Heppner* (2026), No. 25-cr-00503-JSR (S.D.N.Y.).

[2] *Claude* es un asistente de inteligencia artificial generativa avanzado desarrollado por la empresa Anthropic. Se basa en grandes modelos de lenguaje (LLMs). Dentro de la variada oferta de plataformas de IA, Claude destaca en el razonamiento complejo, el análisis de documentos extensos y la programación.

[3] El mismo 10 de febrero, como se lee en el *memorandum*, el juez anunció verbalmente su decisión que luego fundamentó en su resolución.

[4] *United States v. Heppner*, Memorandum, United States District Court for the Southern District of New York, 2026, Case No. 25-cr-00503-JSR [Disponible en: https://www.courtlistener.com/docket/71872024/27/united-states-v-heppner/].

3. Los argumentos del Juez Rakoff

En acápites sucesivos, la resolución descartó la aplicación del privilegio de secreto profesional y de la doctrina del producto del trabajo a los documentos generados por la plataforma de IA.

En lo que respecta a la reserva profesional[5], el juez destaca que esta opera como una excepción al principio general de que «toda prueba relevante es esencial»[6] y que, en base a la formulación jurisprudencial, protege frente a la divulgación de comunicaciones, siempre que concurran tres elementos: (1) que se trate de comunicaciones entre un cliente y su abogado; (2) que tales comunicaciones hayan estado destinadas a mantenerse bajo reserva, y que, de hecho, así haya sido; y (3) que el propósito de las mismas haya sido el obtener o prestar asesoría jurídica[7].

Con este marco, el juez concluye que los documentos que fueron generados por la plataforma de IA no satisfacen dos —si es que no los tres— de estos elementos. El propio juez, sin embargo, no otorga igual peso a los tres extremos: descarta sin matices los dos primeros, pero califica el tercero —si Heppner buscaba obtener asesoría legal de Claude— como «*perhaps… a closer call*», antes de resolver en su contra de todos modos. Esa asimetría es relevante para los escenarios hipotéticos que se examinan más adelante (*infra*, 4)[8].

En primer término, el juez descarta la existencia de una relación cliente-abogado, dado que no puede analogarse una interacción entre un usuario y una plataforma de este tipo con la relación de confianza que se crea con otro humano, especialmente si se trata de una relación con un profesional colegiado que tiene deberes fiduciarios y está sujeto a responsabilidad disciplinaria[9]. En consecuencia —y citando precedentes judiciales— si la discusión de cuestiones jurídicas entre dos personas que no son abogados no queda cubierta por el privilegio, en este caso, tampoco debiera ser aplicable la reserva. El juez, conforme se aprecia en su decisión, es consciente de que alguna doctrina ha sostenido que, si Claude es o no un abogado resulta irrelevante, porque las interacciones de un usuario en la IA, más que constituir comunicaciones, se asemejan al uso de otros programas informáticos basados en internet, como las aplicaciones de procesamiento de texto en la nube. Sin embargo, si se sigue el argumento del juez, el uso de tales aplicaciones no está intrínsecamente protegido y el argumento de que Claude es como cualquier otro tipo de software más bien va en contra de la invocación del privilegio, ya que todos los «privilegios reconocidos» requieren, entre otras

[5] Tanto en los sistemas del *common law* como en los de tradición continental, existe un consenso bastante asentado en torno a que las comunicaciones entre imputados (o, en general, personas que creen que pueden llegar a serlo) y sus abogados están amparadas por un régimen estricto de confidencialidad. En este marco, el privilegio abogado-cliente faculta al defensor para abstenerse de revelar cualquier información proporcionada por su representado. Esta protección no es meramente formal: cumple una función estructural en el proceso penal y resulta ser un mecanismo de protección de la profesión. Sin una garantía robusta de confidencialidad, los imputados difícilmente compartirían con sus abogados información sensible —incluso potencialmente auto incriminatoria— que resulta indispensable para una defensa adecuada. En consecuencia, el derecho a contar con asesoría letrada se vería sustancialmente debilitado. De ahí que el privilegio y el deber de confidencialidad se encuentren íntimamente vinculados con la garantía de una defensa efectiva y, en última instancia, con el derecho a un juicio justo.

[6] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 5.

[7] En la sentencia *United States v. Mejia*, No. 10-2724 (2d Cir. 2011), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de EE.UU. fijó el *dictum* con el cual se verifica el privilegio entre el abogado y su cliente.

[8] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*This issue perhaps presents a closer call*»).

[9] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7, citando *In re OpenAI, Inc., Copyright Infringement Litig.*, 802 F. Supp. 3d 688, 699 (S.D.N.Y. 2025).

cosas, «una relación humana de confianza», como ocurre, en el contexto abogado-cliente, con una relación «con un profesional autorizado que tiene deberes fiduciarios y está sujeto a disciplina»[10]. No existe —parece decir el juez, ni podría existir— una relación de ese tipo entre un usuario de IA y una plataforma como Claude.

El argumento del juez, sin embargo, no está exento de un problema de método: define el privilegio por su genealogía —siempre ha supuesto un vínculo humano de confianza— para concluir, casi por definición, que no puede extenderse a una herramienta que carece de esa cualidad, sin detenerse a evaluar si la analogía funcional entre la IA y otras aplicaciones de software (Google Docs, procesadores de texto en la nube) apunta en una dirección distinta: no a que Claude sea parte de una relación de confianza, sino a que pueda operar como canal a través del cual transita una comunicación entre el imputado y su abogado. Esta distinción —entre la IA como destinataria de la comunicación y la IA como medio o canal de una comunicación entre humanos— es, según se sostendrá más adelante (*infra*, 4), la que permite mostrar que la naturaleza no humana de la herramienta, por sí sola, no resuelve todos los escenarios posibles: ya que la relevancia jurídica dependerá de la función concreta que ésta desempeñe.

Segundo, la Corte descartó que las conversaciones almacenadas en la plataforma deban ser consideradas confidenciales. A criterio del juez, esto no deriva exclusivamente del hecho de que se trate de interacciones efectuadas con una plataforma controlada por terceros, sino que, particularmente, por la política de privacidad de tal plataforma de IA, suscrita voluntariamente por el acusado, que, entre otros aspectos, establece que la empresa (Anthropic) recopila tanto los datos ingresados por los usuarios (*inputs*), como las respuestas de la plataforma (*outputs*); que utiliza dichos datos para entrenar la IA generativa Claude y que Anthropic se reserva el derecho a revelar dichos datos a una serie de terceros, incluidas las autoridades reguladoras gubernamentales. En consecuencia, Heppner no podía albergar una expectativa razonable de que estas comunicaciones fuesen confidenciales[11].

Con todo, este segundo argumento merece un examen más detenido. La política de privacidad invocada por el tribunal no es sustancialmente distinta de las cláusulas que rigen servicios de correo electrónico o de almacenamiento en la nube (Gmail, Google Drive, iCloud), que también contemplan la entrega de datos a terceros ante un requerimiento legal válido, y que sin embargo no se ha entendido, hasta ahora, que destruyan por sí solas el privilegio de comunicaciones abogado-cliente cursadas por esos medios. Llevado a sus últimas consecuencias, el razonamiento del juez arriesga probar demasiado, a menos que se identifique con precisión qué distingue, en materia de confidencialidad, a una plataforma de IA que retiene y reutiliza los inputs de sus usuarios para entrenamiento de un proveedor de correo o de almacenamiento que simplemente aloja la información sin ese uso adicional. La respuesta, según se verá (*infra*, 4), pasa por la configuración concreta de cada herramienta —reglas de reutilización, plazos de retención, posibilidad de acceso de terceros— y no por la etiqueta «inteligencia artificial».

Tercero, a juicio del tribunal las comunicaciones del acusado no tuvieron por propósito obtener una asesoría jurídica. Si bien el propósito declarado de Heppner, al recurrir a la plataforma de IA, fue preparar una conversación posterior con su abogado, el juez indica que esta decisión no

[10] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 5-6.

[11] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 6-7.

obedeció a una indicación de su abogado, sino que fue una decisión propia del acusado, por ende, «lo que importa a efectos del secreto profesional es si Heppner tenía la intención de obtener asesoramiento jurídico de Claude, y no si posteriormente compartió la información obtenida de Claude con su abogado». Para sostener esta conclusión, el tribunal subraya que es la propia plataforma la que advierte a los usuarios: «no soy abogado y no puedo ofrecer asesoramiento jurídico formal ni recomendaciones», y, seguido, recomienda a los usuarios: «debería consultar con un abogado cualificado que pueda evaluar adecuadamente sus circunstancias específicas»[12].

Conviene dejar constancia, además, de un argumento adicional del tribunal, distinto del test de los tres elementos, que no debe pasarse por alto. Aun si se asumiera —como sugirió la defensa — que parte de la información que Heppner introdujo en Claude provenía originalmente de su abogado y era, en ese sentido, privilegiada, el juez sostuvo que Heppner renunció a dicha protección al compartirla con una plataforma operada por un tercero, exactamente «como si la hubiese compartido con cualquier otro tercero», y ello con mayor razón atendida la política de privacidad de Anthropic ya examinada. Se trata de un argumento de renuncia (*waiver*), autónomo y acumulativo respecto del test de los tres elementos, que cierra cualquier posible vía de entrada de información originalmente privilegiada por la vía de sostener que fue «procesado» por la IA antes de llegar, o no, al abogado[13].

A diferencia de la reserva cliente-abogado, que protege comunicaciones, la doctrina del producto del trabajo (*work-product doctrine*) —cuyo caso fundacional en el derecho federal norteamericano es *Hickman v. Taylor*[14]— protege ciertos materiales preparados por abogados (y sus equipos) o a instancias de éste, en anticipación de un litigio o un juicio[15].

Aunque la información que un abogado obtiene directamente de un cliente es, en sentido amplio, «producto del trabajo», esta doctrina abarca mucho más que el secreto profesional entre abogado y cliente: el producto del trabajo incluye la información que el abogado obtiene de personas distintas del cliente. En su formulación, las Cortes norteamericanas han considerado que abarca: recuerdos personales del abogado, los memorandos, las notas

[12] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 7-8.

[13] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 8, n.3: aun asumiendo que parte de la información volcada por Heppner en Claude proviniera originalmente de su abogado, el tribunal consideró que Heppner renunció a cualquier privilegio sobre ella («*just as if he had shared it with any other third party*»), dada además la política de privacidad de Anthropic.

[14] *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947), caso fundacional de la doctrina del *work product* en el derecho federal norteamericano, citado indirectamente en el memorando a través de *United States v. Adlman*, 134 F.3d 1194, 1196 (2d Cir. 1998) (citando, a su vez, *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. en 510-11).

[15] En perspectiva comparada, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el deber de confidencialidad del abogado no se limita únicamente a la información que recibe de su cliente (y de terceros) en un contexto estrictamente confidencial —esto es, sin la presencia de terceros ajenos al equipo de defensa—, sino que se extiende al conjunto de antecedentes, hechos y datos a los que accede en virtud de su labor como abogado. Este ámbito comprende también lo que en el derecho estadounidense se denomina *work product*, es decir, el material generado por el propio abogado en el ejercicio de la defensa. Dicho concepto abarca, en términos generales, el contenido del expediente profesional del abogado en relación con el caso, incluyendo entrevistas, declaraciones, minutas, correspondencia, escritos judiciales, así como sus reflexiones y apreciaciones personales plasmadas por escrito. Tradicionalmente, en Estados Unidos este tipo de información no debía ser revelada al fiscal en el marco del *pretrial discovery*; sin embargo, en tiempos más recientes, la protección asociada al *work product* ha experimentado ciertas limitaciones y restricciones. Sobre esta doctrina judicial véase ANDERSON/CADIEUX/HAYS/HINGERTY, «Work Product Doctrine», *Cornell Law Review*, (68), 1983, pp. 762-881.

manuscritas, los dictámenes jurídicos y la estrategia procesal, y solo puede ser objeto de divulgación en casos muy excepcionales[16].

En sus alegatos, el abogado de Heppner argumentó la afectación a la doctrina del *producto del trabajo* en base a dos consideraciones. Primero, se asiló en la Regla Federal de Procedimiento Penal 16(b)(2)(A), que dispone que, cuando la Fiscalía proporciona al imputado descubrimiento previo al juicio, el imputado queda entonces obligado a satisfacer las solicitudes de descubrimiento del ente persecutor, pero que dicha obligación no se extiende al descubrimiento o inspección de informes, memorandos u otros documentos elaborados por el imputado, o por su abogado o agente, durante la investigación o la defensa del caso. Sin embargo, en este caso, los documentos de IA fueron incautados a Heppner, al momento de su detención, en virtud de una orden de registro cuya validez no fue cuestionada por su abogado. De hecho, la Fiscalía no los solicitó, ni Heppner los entregó, en el marco del descubrimiento previo al juicio, es decir, no fue un caso de *discovery* sino de incautación compulsiva.

Como segundo argumento, la defensa invocó el precedente *Shih v. Petal Card, Inc.* En ese caso, un juez —de su mismo distrito— permitió a la demandante retener ciertas comunicaciones que había mantenido con una persona que en ese momento era su abogado y que posteriormente se convirtió en su esposo, las cuales habían sido preparadas en anticipación de un litigio o para el juicio. El tribunal sostuvo que la doctrina del *work product* protegía dichas comunicaciones «independientemente de si (el abogado/esposo) actuaba como su abogado en ese momento, y sin necesidad de demostrar que otro abogado 'dirigió el trabajo'.»[17] El juez Rakoff, sin embargo, rechazó ese razonamiento, especialmente porque ellos contradecían la fundamentación histórica de la doctrina del producto de trabajo que aplica únicamente en la relación cliente/abogado.

En definitiva, el tribunal rechazó la aplicación de esta excepción asilándose en consideraciones muy similares a las ya expuestas respecto al privilegio abogado-cliente[18]. Señaló que, por más que los documentos generados por la plataforma de IA hayan sido creados en anticipación de un eventual juicio, en ningún caso fueron elaborados por un abogado, ni reflejaron la estrategia de defensa de un abogado[19]. En palabras del juez: «dado que los documentos de IA no se elaboraron a instancias de los abogados y no revelaban la estrategia de estos, no merecen protección como material de trabajo»[20].

La exigencia de una intervención letrada no es, sin embargo, pacífica, especialmente fuera del contexto penal examinado en Heppner. En *Warner v. Gilbarco, Inc.*, un litigio civil resuelto precisamente el mismo día en que se anunció oralmente la decisión en *Heppner*, la Corte del

[16] COHN, «The Work-Product Doctrine: Protection, Not Privilege», *The Georgetown Law Journal*, (71), 1984, pp. 922-924.

[17] *Shih v. Petal Card, Inc.* (2021), No. 18 Civ. 5495 (JFK) (S.D. N.Y.).

[18] Conviene, con todo, distinguir dos cuestiones analíticamente diferentes: una es determinar si un documento adquiere originariamente protección por haber sido elaborado para preparar la defensa o un litigio; otra es establecer si esa protección se pierde posteriormente como consecuencia de su divulgación a un tercero o de las condiciones tecnológicas bajo las cuales fue procesado. En *Heppner*, si bien el tribunal efectúa la distinción, parece asignar un peso excesivo a la potencial pérdida de confidencialidad de la información, por su tratamiento digital.

[19] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, pp. 9-10.

[20] *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 12.

Distrito Este de Michigan le reconoció a una litigante *pro se*[21] la protección bajo la doctrina del *work product,* respecto de materiales vinculados a su utilización de ChatGPT. Con todo, existe un contexto distinto y diferencias relevantes respecto del caso *Heppner*. En particular, en *Warner* la discusión recae en un proceso civil, el reclamante se representaba a sí mismo (*pro se*) y la evidencia no fue obtenida mediante una orden de registro, sino que como fruto de un descubrimiento de prueba (*discovery*). En ese contexto, el tribunal entendió que los materiales reflejaban el análisis interno e impresiones mentales de la actora, reformulados mediante una herramienta informática, y rechazó además que el solo uso de una IA implicara renuncia a dicha protección[22]. En el caso *Heppner*, como ya se ha dicho, la decisión del juez recayó en un asunto penal, donde había una relación de cliente-abogado y donde el material se incautó precisamente de un allanamiento judicialmente a la casa del imputado.

4. Análisis de la resolución y perspectiva chilena

La atención que ha suscitado esta decisión, proveniente de una Corte Distrital, no radica en su capacidad para producir efectos vinculantes de alcance general, sino en la actualidad y proyección del problema que aborda. A medida que las herramientas de inteligencia artificial generativa se integran con creciente naturalidad en la vida jurídica, los tribunales —incluidos los de nuestro país— se verán inexorablemente enfrentados a dilemas tan complejos y desafiantes como el abordado por el juez Rakoff.

Algunos pasajes de la resolución muestran que nos encontramos todavía ante un debate incipiente y que queda mucho por decir al respecto. El propio razonamiento del fallo permite advertir varios escenarios alternativos. ¿Qué ocurriría, por ejemplo, si el acusado hubiese consultado a una plataforma de inteligencia artificial por indicación de su abogado? El juez responde, en términos condicionales, que en tal caso Claude «podría decirse que funcionó de un modo análogo al de un profesional altamente capacitado que puede actuar como agente del abogado dentro de la protección del privilegio abogado-cliente», apoyándose en la doctrina del agente reconocida en *United States v. Adlman* y, en último término, en *United States v. Kovel* —el caso seminal que extiende el privilegio a agentes no letrados (contadores, intérpretes) que asisten al abogado en su labor—[23]. ¿No cabría sostener, entonces, la existencia de un propósito de obtener asesoría legal, precisamente por la vía de esa doctrina del agente? Y si, además, la política de privacidad de la plataforma resguardara el acceso de terceros a la consulta, ¿no podría afirmarse la concurrencia de una expectativa razonable de confidencialidad en dichas comunicaciones?[24]

[21] Del latín *pro se*, «por sí mismo».

[22] *Warner v. Gilbarco, Inc*., No. 2:24-cv-12333-GAD-APP, 2026 WL 373043 (E.D. Mich., Feb. 10, 2026). Aplicando la Fed. R. Civ. P. 26(b)(3), el tribunal recordó que un litigante *pro se* puede invocar la *work-product protection* respecto de materiales preparados en anticipación del litigio. La resolución distingue además el régimen de renuncia del *work product* del correspondiente al *attorney-client privilege*: respecto del primero, la divulgación debe realizarse frente a un adversario o de modo tal que incremente sustancialmente la probabilidad de que la información llegue a éste. El tribunal caracterizó las herramientas de IA generativa como «*tools, not persons*» y rechazó que su utilización, por sí sola, produjera *waiver*.

[23] *United States v. Adlman*, 68 F.3d 1495, 1498-99 (2d Cir. 1995) (citando *United States v. Kovel*, 296 F.2d 918 (2d Cir. 1961)); *United States v. Heppner* (2026), Memorandum, p. 7 («*Had counsel directed Heppner to use Claude, Claude might arguably be said to have functioned in a manner akin to a highly trained professional who may act as a lawyer's agent within the protection of the attorney-client privilege*»).

[24] Complementando este último punto, para evaluar una razonable expectativa de confidencialidad, parece relevante atender a las características concretas de la herramienta tecnológica, es decir, a las reglas de reutilización de los datos, los plazos de retención, las posibilidades de acceso por terceros y las salvaguardias

La confidencialidad tampoco debería depender exclusivamente de la etiqueta *IA* ni del tenor aislado de una cláusula contractual. Resultan relevantes las condiciones concretas de utilización de la herramienta: si los datos son empleados para entrenamiento, durante cuánto tiempo son conservados, quién puede acceder a ellos, qué posibilidades de divulgación existen y qué medidas técnicas o contractuales adoptó el usuario para preservar su reserva. Las condiciones de servicio constituyen un antecedente particularmente importante, pero no necesariamente agotan el análisis.

Sobre esta base, resulta oportuno trasladar el análisis a nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, al régimen del secreto profesional de los abogados.

Por claridad conceptual, conviene comenzar por distinguir dos nociones que tienden a confundirse: el deber de confidencialidad y el secreto profesional. El deber de confidencialidad consiste en una obligación, de fuente contractual —sin negar con esto sus dimensiones de obligación legal y deontológica— que impone al abogado el deber de reserva respecto de toda la información que haya adquirido del cliente en el desempeño de su rol como abogado. Por su parte, el secreto profesional opera, en el plano procesal, como una inmunidad o privilegio que hace efectivo ese deber de confidencialidad y faculta al abogado para resistir determinados requerimientos estatales de información en un proceso jurisdiccional o administrativo[25]. El deber de confidencialidad actúa como presupuesto del secreto profesional, y este último como norma instrumental que permite su resguardo ante requerimientos de información estatal.

En el sistema norteamericano esta distinción se ve también reflejada en la consideración del deber ético-profesional de confidencialidad y el privilegio de la relación abogado-cliente; deber de confidencialidad y secreto profesional, respectivamente[26].

Dado que el caso comentado involucra la eventual aplicación del privilegio abogado-cliente, el paralelismo en Chile corresponderá al secreto profesional, instituto que reconoce varias manifestaciones en el proceso penal: la prohibición de interceptación de comunicaciones entre el imputado y su abogado (artículo 222 del Código Procesal Penal [en adelante, CPP]), la prohibición de incautar comunicaciones entre el imputado y su abogado (artículo 220 del Código Procesal Penal) y la facultad de abstenerse a declarar por deber de confidencialidad asociado a funciones, estado o profesiones, entre ellos la de abogado (artículo 303 del Código Procesal Penal)[27].

Con fuerte anclaje en principios procesales como los de contradicción y de igualdad de armas entre las partes[28], el fundamento del secreto profesional se encuentra muy bien explicado en uno de los *leading cases* del sistema norteamericano, el precedente *Upjohn Co. v. United States*:

contractuales o técnicas. La confidencialidad, por tanto, no debería depender de la etiqueta «IA», sino de la configuración y condiciones efectivas de uso del sistema. Así, PERLIN, «Client Confidentiality and Generative AI», *Harvard Journal of Law & Technology*, (40), 2027 (en prensa), pp. 52-54.

[25] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, «Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile», *Revista Chilena de Derecho*, (48-1), 2021, pp. 133-150.

[26] BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado», *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 2011, p. 248.

[27] Restricción similar a la contenida en el artículo 416.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal española.

[28] CORTÉS BECHIARELLI, «Secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (21), 2003, p. 161.

«su objetivo es fomentar una comunicación plena y sincera entre los abogados y sus clientes y, de este modo, promover el interés público general en el cumplimiento de la ley y la administración de justicia»[29].

Para facilitar el cumplimiento de las normas y el funcionamiento de la administración de justicia bajo estándares de debido proceso, el ordenamiento reconoce al abogado un rol institucional particular. La protección que brinda el secreto profesional resulta indispensable para que ese rol pueda desempeñarse adecuadamente y para asegurar un flujo franco de información entre abogado y cliente. En otras palabras, el abogado «no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas»[30].

A esto cabría agregar, en el ámbito de la litigación, que el secreto profesional indirectamente se vincula con el resguardo de la garantía del *nemo tenetur* y el ejercicio material de la defensa, dado que no tendría sentido salvaguardar estas garantías si un abogado estuviera obligado a declarar sobre todo lo que le refirió su representado y su estrategia de defensa[31].

En la doctrina española se ha insistido, en términos concordantes, en que el secreto profesional no constituye un privilegio personal del abogado, sino una garantía del cliente vinculada tanto al correcto ejercicio del derecho de defensa como a la protección de su intimidad[32]. La legislación española reciente refuerza esa aproximación al configurar expresamente la confidencialidad de las comunicaciones y la inviolabilidad de los documentos relacionados con la defensa[33].

Por su parte, si bien la doctrina del producto del trabajo no encuentra una consagración expresa en nuestro sistema legal, ni aparece reflejado como un tema frecuente en nuestra jurisprudencia, algunos autores la entienden incluida en la garantía constitucional a la defensa jurídica (artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República) y, dentro del proceso civil, mediante el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil[34]. Respecto del Código Procesal Penal esta doctrina, parece analogable a las restricciones contenidas en el artículo 220 del CPP, en especial en el inciso 1° (literales b y c) y en el inciso 2°.

Desde el plano del derecho probatorio, tanto el secreto profesional como la doctrina del *work product*, pueden ser consideradas como reglas no epistémicas, en la medida que buscan preservar valores procesales que se estiman de tal relevancia que justifican incluso el sacrificio del fin principal del proceso: la averiguación de la verdad[35].

---

[29] *Upjohn Co. v. United States* (1981), 449 U.S. 383, 389. Antes ya se había pronunciado la Corte en *Fisher v. United States* (1976), 425 U.S. 391, 403; también en *Jaffee v. Redmond* (1996), 518 U.S. 1, 15-16, aunque en este caso destacando los beneficios públicos de reconocer el mismo privilegio de los abogados a la relación paciente-psicólogo (lo mismo que se puede extender al secreto confesional en el ámbito de la religión).

[30] MATURANA MIQUEL/MONTERO LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2.ª ed., 2012, p. 138.

[31] ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 143.

[32] MONTERDE GARCÍA, «Reflexión sobre la evolución histórica del principio de secreto profesional del abogado: el caso español», *Revista de Derecho UNED*, (31), 2023, p. 248; GUERRERO PALOMARES, «Secreto profesional y confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente en la Unión Europea. La necesidad de estándares mínimos», *Revista General de Derecho Procesal*, (69), 2026, pp. 3-5.

[33] Recientemente ha sido consagrado en esos términos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

[34] Véase ANRÍQUEZ NOVOA/VARGAS WEIL, *RChD*, (48-1), 2021, p. 140.

Ahora bien, volviendo al asunto que parece relevante: ¿cómo podría resolverse una controversia semejante? ¿Podrían las policías y el Ministerio Público acceder a estas interacciones y documentos entre un imputado y la plataforma de IA existiendo la respectiva orden judicial de registro e incautación?

Echando mano a las normas disponibles de nuestro ordenamiento procesal penal, cabe descartar de plano la aplicación del artículo 303, puesto que lo que está en juego no es el forzamiento de la declaración del abogado defensor, ni siquiera que éste entregue documentación que se encuentra en su poder. El artículo 222 no parece tampoco idóneo para resolver el presente caso dado que el acceso a la información no se logra mediante la interceptación de una comunicación, sino más bien mediante la incautación de evidencia digital.

Por ello, es la protección que brinda el artículo 220 la que merece un análisis más detenido.

Antes de avanzar, conviene advertir una dificultad derivada de la propia estructura del artículo 220. Aunque el imputado tiene derecho a guardar silencio, la expresión «personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración» parece referirse en esta disposición a terceros facultados para abstenerse de declarar como testigos —particularmente aquellos contemplados en los artículos 302 y 303— y no al propio imputado. Así lo sugiere tanto la estructura interna del precepto como el artículo 217, que distingue expresamente la incautación de objetos y documentos según se encuentren en poder del imputado o de personas distintas de éste. De seguirse esta interpretación, los materiales preparatorios que permanezcan exclusivamente en poder del imputado no quedarían amparados, al menos de manera directa, por la prohibición de incautación del artículo 220.

Esta interpretación se ve reforzada además por el hecho de que el artículo 220 del Código Procesal Penal concibe la protección respecto de «comunicaciones» y «notas sobre comunicaciones», siempre haciendo referencia a una cadena de comunicación que parte en el imputado y tiene por destinatario a terceras personas. En este sentido, la norma parece tener por propósito el abarcar supuestos en que exclusivamente exista un intercambio de información entre el imputado y un tercero legalmente reconocido, lo que podría resultar en la negación de su aplicación en aquellos casos en que la defensa es ejercida por el propio imputado (*pro se*), esto implicaría eventualmente, a su vez, entrar en colisión con la garantía constitucional del derecho a la defensa penal[36].

La norma además parece ser bastante restringida en términos de limitar el alcance de esta protección a espacios concretos en los que estos documentos o evidencia puedan encontrarse

[35] TARUFFO y en términos concordantes, GASCÓN ABELLÁN, sostienen que el secreto profesional no constituye propiamente una regla contra-epistémica, sino más bien una norma de carácter no epistémica —en el caso de TARUFFO— y derechamente política —en el caso de GASCÓN ABELLÁN—: esto es, una regla que, al igual que otras propias de los ordenamientos procesales orientadas a la tutela de garantías, no persigue directamente la averiguación de la verdad, aunque puede implicar la exclusión de prueba relevante o incluso la imposibilidad de acreditar hechos decisivos en juicio. En esta línea, TARUFFO incluye dentro de estas categorías figuras como los *privileges*, *immunities* y ciertas reglas de protección de la *privacy* del sistema anglosajón, tratándolas como limitaciones derivadas de la necesidad de resguardar valores distintos de la función cognoscitiva del proceso: TARUFFO, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, p. 167; GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., 2010, p. 109.

[36] Esto, desde luego, en un supuesto más bien excepcional en nuestro sistema, aunque reconocido en el inciso final del artículo 102 del Código Procesal Penal.

(oficinas o establecimientos en los cuales ejerzan sus funciones las personas no obligadas a declarar). Desde luego que es razonable la protección de los despachos u oficinas en los que estas personas ejercen sus funciones, pero limitar la protección a dicho ámbito físico implica desatender otras circunstancias en las que parece razonable aplicar la misma regla, especialmente si se trata de información o documentos que puedan encontrarse alojados en un espacio digital deslocalizado[37].

Dejando de lado estas limitaciones del artículo 220 y retomando la probable solución de un caso como Heppner en Chile, un primer argumento —tentador— para solucionar en forma rápida este problema, consiste en sostener que el secreto profesional protege a abogados y, por ende, se requiere que estemos frente a un ser humano y no a una herramienta informática. Pero este argumento no es convincente. Sobre este punto se han pronunciado en distintas oportunidades las Cortes norteamericanas, planteando que ciertas plataformas tecnológicas (i.e.: *Google Docs*, *iCloud*, etc.) que almacenan la información que requiere el Estado, pueden ser el medio a través del cual viaja la información entre el cliente y su abogado, y bajo tales consideraciones, la información ahí albergada queda sujeta al privilegio abogado-cliente[38]. Dicho de otro modo, la plataforma de IA podría ser relevante en estos casos no como destinatario de la comunicación sino como *canal* o *medio*[39]. Por tanto, lo verdaderamente importante frente a estos problemas es determinar si estamos en presencia de información que pueda ser calificada como una *comunicación*.

Esta misma distinción —entre la IA como destinataria y la IA como canal— es la que, a nuestro juicio, permite cuestionar el punto de partida del juez Rakoff (*supra*, 3): si lo decisivo no es la naturaleza del interlocutor sino la función que la herramienta cumple en el flujo de la comunicación, el carácter circular de exigir «una relación humana de confianza» como condición de cualquier privilegio, pierde buena parte de su fuerza. Es, también, la misma intuición que el propio fallo recoge a través de la *doctrina del agente* de *Kovel* (*supra*, nota 23): lo que en el derecho chileno se plantea aquí como una distinción entre comunicación y preparación bajo dirección letrada tiene, en el derecho norteamericano, un desarrollo doctrinal ya asentado.

Esta distinción encuentra asidero en el propio texto legal. El literal a) del artículo 220 hace alusión expresa a la voz «comunicaciones» demandado algo más, esto es, que la comunicación haya sido sostenida «entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar […]», entre esas personas, el abogado del imputado.

[37] En ese sentido, parece más adecuada la formulación de la regla de protección contenida en el artículo 16.5.a) de la Ley Orgánica 5/2024 española, que confiere protección a «todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa».

[38] Profusamente, con cita de precedentes judiciales, Guo, «*United States v. Heppner*», *Harvard Law Review. Blog Essays*, 2026 [Disponible en: https://harvardlawreview.org/blog/2026/03/united-states-v-heppner/].

[39] En rigor, y viendo cómo ha evolucionado la IA, ella puede ocupar, según el modo en que sea utilizada, posiciones funcionalmente distintas. Puede operar como mero canal o soporte tecnológico; como herramienta de organización o procesamiento de información; o como interlocutor analítico capaz de generar nuevas respuestas, hipótesis y estrategias. Esta distinción resulta relevante porque no todos esos usos presentan el mismo problema desde el punto de vista del secreto profesional.

Por tanto, la comunicación para estos efectos —y también según su sentido natural y obvio— involucra un mensaje entre dos sujetos, un emisor y un receptor, a través de un código común comprensible para ambos[40].

El medio es indiferente, dado que la Constitución Política garantiza la inviolabilidad «de toda forma de comunicación privada»[41], y el Código Procesal Penal no hace distinciones para estos efectos. De modo que una plataforma de IA podría ser el canal de comunicación. Además, entre las distintas modalidades de comunicación la aplicación de IA podría ser considerada una forma asíncrona de comunicación.

Las dificultades surgen, ante todo, porque no consta, en los hechos asentados, que Heppner haya remitido a su abogado, en un lapso cercano a su creación, los documentos generados mediante IA. Más aún, ni siquiera resulta claro que haya existido una intención de enviarlos; en efecto, su versión indica que los habría elaborado con miras a preparar una futura conversación con su abogado.

En este punto, sobre el concepto de «comunicaciones» que se emplea en el artículo 220, parece justificado establecer ciertas precisiones. A nuestro juicio, aun tratándose de comunicaciones asincrónicas, para que se configuren sus elementos en tanto forma de comunicación, no basta la existencia de un potencial receptor: es necesario, además, que el mensaje sea efectivamente enviado a éste[42]. De lo contrario, se ensancha excesivamente el concepto de comunicación, cuya existencia pasaría a depender de versiones incomprobables —y potencialmente interesadas— de los intervinientes, más que de hechos verificables y objetivos. Con todo, a nuestro entender, sin transmisión, el documento no queda directamente comprendido en la letra a) del artículo 220 del Código Procesal Penal, aunque ello no determina, en forma definitiva, si deba carecer de toda forma de protección por otra fuente diversa.

Cabe, asimismo, tener presente que muchas plataformas de inteligencia artificial permiten compartir, mediante servicios de mensajería o enlaces directos, el contenido de los chats generados por los usuarios. Esa funcionalidad puede facilitar la transmisión, pero no convierte por sí sola el material previamente elaborado en una comunicación abogado-cliente.

Sobre la base de lo expuesto, la restricción prevista en el literal a) del artículo 220 del CPP no parece aplicable a casos como el analizado, en los que no es posible hablar, en sentido propio, de una comunicación.

Tampoco resultan, en principio, aplicables las restricciones previstas en los literales b) y c) del artículo 220 del CPP. Sobre esto, la decisión del juez Rakoff adquiere particular sentido, ya que respecto a ambos literales la ley exige la intervención de un sujeto que podría abstenerse de declarar durante la investigación, conforme a lo dispuesto en el artículo 303.

---

[40] Álvarez Valenzuela, *La inviolabilidad de las comunicaciones privadas electrónicas*, 2019, p. 33.

[41] Artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República de Chile.

[42] En rigor, la ausencia de envío efectivo al abogado constituye, ciertamente, un argumento relevante contra la aplicación literal del artículo 220 letra a) del CPP, construido en torno a comunicaciones entre sujetos determinados. Sin embargo, se podría también decir, que ello no permite concluir que todo material preparatorio anterior a esa transmisión carezca necesariamente de protección. Una cosa es que todavía no exista una comunicación abogado-cliente en sentido estricto y otra distinta que el documento quede, por esa sola circunstancia, completamente fuera del ámbito material del derecho de defensa.

En consecuencia, si no es posible atribuir a los documentos generados mediante IA la naturaleza de productos derivados de la intervención de un abogado, en el ejercicio de su función profesional, difícilmente podrá sostenerse la aplicación de dichas excepciones legales.

Distinta sería la situación si se hubiera acreditado que —tal como sugiere el Juez Rakoff en términos condicionales— los documentos fueron creados por el investigado a indicación de su abogado. A lo que nosotros sumaríamos algunas exigencias adicionales —que desde luego deben ser acreditadas— consistentes en que el letrado hubiese orientado, al menos mínimamente, la actuación del usuario en la generación de dichos documentos, de modo que pueda sostenerse que hay una intervención relevante del abogado en la elaboración de estos y pueden, por tanto, ser considerados el fruto de su trabajo profesional y merecedores de esta forma extraordinaria de protección; y que conforme a la limitación material del artículo 220 del CPP pueda entenderse que estos documentos se encuentran en oficinas o establecimientos protegidos[43].

Existe, finalmente, un tercer supuesto que no debe confundirse con los anteriores: aquel en que el propio imputado utiliza autónomamente una herramienta de IA para ordenar los hechos, identificar problemas o preparar su defensa, sin que exista todavía una comunicación con su abogado ni una actuación bajo instrucciones de éste. *Warner* muestra que, al menos bajo ciertas formulaciones del *work product* estadounidense, la ausencia de intervención letrada no excluye necesariamente toda protección del proceso preparatorio de la parte. En Chile, donde el artículo 220 del CPP no ofrece una respuesta evidente para materiales de esa naturaleza mantenidos en poder del propio imputado, permanece abierta la cuestión de si el derecho de defensa reconoce un ámbito autónomo de preparación inmune, bajo determinadas condiciones, a su incautación y utilización probatoria por el Estado.

5. Reflexiones finales

Este fallo pionero, sin duda, constituye un punto de partida para una controversia que previsiblemente adquirirá creciente relevancia.

Una de las preguntas más interesantes que deja una resolución como la comentada, en un contexto en el que los abogados y los usuarios dependemos cada vez más de herramientas basadas en tecnologías de IA, es hasta qué punto y bajo qué condiciones deberemos extender estas protecciones para hacer plausible el ejercicio de la profesión legal.

Dado que los supuestos fácticos pueden variar y que los aspectos tecnológicos suelen ser todo menos triviales, ante el amplio abanico de casos similares, es importante recordar el fundamento de estas reglas.

Bien puede servir de orientación general, frente a este tipo de supuestos, atender al fundamento que subyace a las reglas del secreto profesional y a sus manifestaciones derivadas —como la doctrina del *work product*—. En efecto, si la incorporación de esta clase de información, en casos como el analizado, compromete el adecuado ejercicio de la profesión de abogado al tornar inviable una relación de confianza entre el letrado y su cliente, resulta

[43] Este estándar es, en sustancia, una construcción funcionalmente equivalente que el derecho chileno podría ofrecer la doctrina del agente, reconocida en el derecho norteamericano a propósito de *Kovel* y *Adlman* (*supra*, nota 23), trasladada a un ordenamiento que no cuenta con una consagración expresa de la *work product doctrine*.

razonable reconocer la aplicabilidad de tales privilegios. Con todo, debe advertirse que este criterio general de funcionalidad podría servir como guía para interpretar adecuadamente el conjunto de normas que instrumentan la protección del privilegio abogado-cliente, pero no basta, por sí solo, para crear una reserva carente de apoyo en el ordenamiento vigente.

El caso examinado también permite avanzar hacia criterios de solución más concretos. Entre ellos, adquiere especial relevancia distinguir si la plataforma de IA ha sido utilizada como un medio de comunicación entre el abogado y su representado o, alternativamente, si ha sido empleada en la preparación de un asunto jurídico específico bajo la dirección, instrucción o supervisión del profesional o, finalmente, si la IA ha sido utilizada como herramienta autónoma por el imputado. En el primer caso, el problema es principalmente de comunicación y confidencialidad; en el segundo, de conexión con la actividad profesional del defensor y de custodia; en el tercero, quedaría aún abierta la pregunta acerca del carácter deficitario del ámbito de protección legal que parece otorgarse a la autodefensa.

La importancia del caso se aprecia asimismo en la discusión que abre acerca de la actualización de nuestras normas en materia de resguardo de la relación abogado-cliente. A lo menos dos aspectos de la actual formulación del artículo 220 del CPP merecen atención. Primero, la dificultad de extender directamente la prohibición de incautación a documentos elaborados y conservados por el propio imputado para preparar autónomamente su defensa, especialmente en los supuestos excepcionales de autodefensa; segundo, la incertidumbre que genera la exigencia de que los documentos se encuentren en poder de una persona facultada para no declarar, así como la referencia expresa a oficinas o establecimientos, frente a formas de custodia digital deslocalizada en servidores o servicios en la nube.

Finalmente, este caso también invita a reflexionar desde una perspectiva deontológica y, en particular, acerca de las competencias tecnológicas y los deberes profesionales que debe asumir el abogado cuando incorpora herramientas de inteligencia artificial en el ejercicio de su actividad. En este sentido, cuando tales herramientas se emplean en la preparación de una defensa, el abogado debe conocer razonablemente su funcionamiento y sus limitaciones técnicas, comprender las particularidades asociadas al tratamiento de la información y evaluar los riesgos que su utilización puede representar para la confidencialidad de los antecedentes. Todo ello exige, además, mantener una supervisión efectiva y permanente sobre el uso de estas herramientas[44].

[44] Similar, MEDINA CASCALES, «Inteligencia artificial y deontología profesional en la abogacía: el posicionamiento institucional del Consejo General de la Abogacía Española ante la mediación algorítmica», *Revista Derecho y Proceso*, (9), 2026, pp. 92-94.

InDret
4.2026

El corte de suministros y la violencia en las coacciones

Comentario a la STS 426/2026, de 24 de junio

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

-

1. Introducción

La STS 426/2026, de 24 de junio[2], dictada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aborda la cuestión de si la cancelación unilateral del contrato de suministro eléctrico de la vivienda familiar puede ser constitutiva del delito de coacciones del art. 172 CP. El interés de la decisión radica principalmente en la manera en que el Tribunal Supremo reconstruye el concepto de *violencia* y, en particular, en el modo en que articula la denominada *vis in rebus* y la relaciona con la ausencia de autorización legítima. Se trata de una sentencia del Pleno acompañada de un voto particular suscrito por cuatro de los catorce magistrados, por lo que la decisión aspira a fijar doctrina sobre un punto en el que las discrepancias son ingentes[3].

El propósito de este comentario es doble. En primer lugar, delimitar con precisión qué es lo que, por sí mismo, no resulta objetable de la decisión del Tribunal Supremo. En segundo lugar, identificar el punto en el que la sentencia sí se torna problemática, que no es centralmente la amplitud del concepto de *violencia* por el que se opta, sino la pérdida de su función delimitadora y el riesgo de razonamiento circular que se introduce al hacer depender la existencia misma de la violencia de la falta de legitimidad del sujeto. En este sentido, una cosa es adoptar una interpretación amplia y otra, mucho más problemática, que la violencia deje de desempeñar un rol relevante.

* Agradezco los comentarios de Marisa Iglesias, Mariona Llobet, Josep Joan Moreso y Josep M. Vilajosana a una versión previa de este trabajo.

[2] STS 426/2026, Penal (Pleno), de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2026:2963).

[3] La resolución se dicta en Pleno jurisdiccional (art. 197 LOPJ) precisamente por el interés casacional derivado de la existencia de pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales sobre el carácter típico del cese de suministros en el marco de crisis conyugales, extendiéndose la disparidad también al ámbito arrendaticio. A favor, entre otras, SAP Madrid, Sección 26.ª, 79/2025, de 29 de enero (ECLI:ES:APM:2025:764), y SAP Barcelona, Sección 20.ª, 106/2025, de 7 de febrero (ECLI:ES:APB:2025:2313); en contra, SAP Valencia, Sección 1.ª, 520/2010, de 21 de septiembre (ECLI:ES:APV:2010:4082), y SAP Pontevedra, Sección 4.ª, 84/2023, de 26 de junio (ECLI:ES:APPO:2023:1497).

2. Los hechos del caso, la decisión del Tribunal Supremo y el voto particular

Los hechos probados describen una situación que tiene lugar en el marco de una crisis matrimonial. El acusado, en proceso de divorcio, había sufragado el coste del suministro eléctrico del inmueble en que permanecía su esposa tras la separación de hecho hasta que, después de seis meses, canceló sin previo aviso el contrato del que era el titular formal. Ello, se sostiene en la sentencia, con el ánimo de forzarla a que abandonase la vivienda familiar en la que esta había permanecido tras la separación.

El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Vigo condenó al acusado como autor de un delito de coacciones del art. 172.2, párrafos 1 y 3, CP —esto es, la modalidad de coacción leve agravada por darse en el ámbito de las relaciones a que se refiere el art. 173.2 CP (el vínculo conyugal), con la agravación adicional del párrafo 3 por el lugar de comisión (el domicilio)— a la pena de nueve meses de prisión, más penas accesorias de alejamiento y comunicación e inhabilitación. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª) desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la sentencia. El condenado interpuso entonces recurso de casación por infracción de ley, alegando esencialmente que no concurría el elemento típico de la violencia, dado que su conducta se limitó a la cancelación de un contrato del que era titular formal, y que la aplicación del tipo vulneraba el principio de intervención mínima[4]. El Tribunal Supremo, en Pleno, desestimó el recurso de casación y confirmó íntegramente la condena por delito de coacciones del art. 172.2, párrafos 1 y 3, CP, con imposición de costas al recurrente.

La argumentación del Tribunal Supremo, en apenas tres páginas, se construye en varios pasos. Se parte de la doctrina general según la cual la violencia típica de las coacciones no se limita a la *vis physica*[5]. Sobre esa base, considera que la cancelación del suministro resulta equiparable al corte de suministro mediante el uso de la fuerza. De acuerdo con el Tribunal Supremo, que el contrato figurase formalmente a nombre del acusado no le autorizaba a anular un servicio necesario para el uso de una vivienda que era de titularidad material de la familia, existiendo cauces civiles para dirimir la controversia[6]. La sentencia introduce, además, una cautela relevante, distinguiendo el caso enjuiciado, en el que la víctima gozaba de un título de acceso y disfrute de la posesión legítimo, de aquellos otros en los que quien cesa el suministro actúa frente a quien ocupa el inmueble sin título alguno que le ampare[7]. Entonces, los principales elementos presentes en la sentencia son:

[4] El recurso se articuló por un único motivo, infracción de ley del art. 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del art. 172.2 CP. El Tribunal Supremo recuerda en la sentencia su doctrina sobre el alcance limitado de la casación frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias respecto de las del Juzgado de lo Penal (art. 847.1.b) LECrim y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016), que impone un respeto absoluto al hecho probado y ciñe el debate a la subsunción jurídica.

[5] La sentencia se apoya, entre otras, en las SSTS 1091/2005, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2005:6008); 628/2008, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:7267); 982/2009, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6736); 552/2015, Penal, de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4123); 658/2020, Penal, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4073); y 35/2021, Penal, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2021:69).

[6] Se invoca al respecto la jurisprudencia de la Sala Primera sobre atribución del uso de la vivienda y contribución a los gastos comunes (por todas, cita la STS 667/2026, Civil, de 4 de mayo [ECLI:ES:TS:2026:2087]), como cauce debido para resolver el conflicto sin acudir a vías de hecho.

[7] Se apela expresamente al art. 3.1 CC y, en particular, a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, para modular el alcance del criterio.

a) *Referencia a la doctrina general sobre la violencia en el art. 172 CP* (FD Tercero, apartado 1). La Sala recuerda la evolución jurisprudencial que ha ampliado el concepto de violencia más allá de la fuerza física, para incluir la intimidación y la fuerza sobre las cosas, siempre que repercuta en la libertad de la persona para el pacífico disfrute de sus derechos, así como la fórmula ya consolidada de que la mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción.

b) *Doctrina histórica de la propia Sala* (FD Tercero, apartado 3). Se recuerda que el Tribunal Supremo se ha inclinado tradicionalmente por calificar el corte de suministros como conducta constitutiva de coacciones, si bien con pronunciamientos aislados en sentido contrario fundados en elementos como la falta de deber legal o judicial de preservar el abastecimiento, o la falta de acreditación de elementos subjetivos u objetivos suficientes.

c) *Resolución del caso concreto* (FD Cuarto, apartado 1). El Tribunal considera que los hechos probados son suficientes, pese a no ser todo lo explícitos que podrían, para apreciar el tipo: la cancelación del suministro «se estima equiparable al corte de suministro mediante el uso de la fuerza material o física (que podría tener lugar, a título de ejemplo, mediante el corte de cables), tanto en sus consecuencias como en la ausencia de legitimidad de la acción». Subraya que el acusado, aunque titular formal del contrato, actuó sobre un bien de «titularidad material de la familia», con el fin de forzar el desalojo de su esposa y mejorar su posición negociadora en la ruptura matrimonial, lo que revela tanto la voluntad de compulsión como la ausencia de amparo normativo (frente a la vía civil, que es la llamada a dirimir estos conflictos).

d) *Fijación de doctrina general* (FD Cuarto, apartado 2). El Tribunal aprovecha el recurso para sentar un criterio negativo de alcance general, precisando que la solución alcanzada «no tiene por qué ser trasladable de manera automática o acrítica a todos los supuestos de corte de suministros de un inmueble, sean cuales sean las circunstancias concurrentes». Distingue entre el supuesto en que el sujeto pasivo ostenta «un legítimo, al menos, aparente o en disputa, título de acceso y disfrute de la posesión del bien» (caso enjuiciado) y aquel en que se actúa frente a quien «sin ostentar derecho ni título alguno que le ampare (por ejemplo, porque ha usurpado el bien), pretende un aprovechamiento de un bien ajeno». Para este segundo supuesto, el Tribunal apunta, sin que fuera el objeto del recurso, tres posibles vías dogmáticas para excluir la responsabilidad penal del titular que corta el suministro: (i) por atipicidad, al no colmarse el elemento normativo «sin estar autorizado»; (ii) por no exigibilidad, al no poder imponerse al titular la obligación de sufragar el suministro en beneficio de quien ocupa ilegítimamente el inmueble; y (iii) por la proscripción del enriquecimiento injusto que derivaría de sumar al aprovechamiento ilícito de la ocupación el disfrute gratuito de los suministros.

Frente a la posición mayoritaria, los magistrados Del Moral García, De Porres Ortiz de Urbina, Puente Segura y Hernández García formulan voto particular discrepante, sosteniendo que el recurso debió estimarse. Sus argumentos esenciales son: (i) la Sentencia mayoritaria persiste en mantener una interpretación extensiva del tipo objetivo de las coacciones que compromete los principios de taxatividad, exclusiva protección de bienes jurídicos y proporcionalidad, perdiéndose así una oportunidad de rectificar la situación dominante en la jurisprudencia, tal y como reclama la doctrina; (ii) la extensión del concepto de *violencia* a la cancelación de un contrato de suministro —máxime cuando, señalan, el titular llevaba meses pagándolo— excede cualquier sentido aceptable y razonablemente previsible del término «violencia», que debería quedar limitado a supuestos con un efecto de compulsión corporal directo, que se deriva

directamente de la violencia ejercida sobre objetos, en la línea de los ejemplos clásicos de WELZEL (disparos al aire, descolgar puertas); (iii) advierten del riesgo de convertir el delito de coacciones en un «cajón de sastre» aplicable a cualquier alteración contractual de las condiciones de convivencia (contratos de telefonía, préstamo, leasing, etc.), incluso en comisión por omisión; (iv) critican que la limitación *ad casum* fijada en el FD Cuarto, apartado 2, para excluir la tipicidad en casos de usurpación resulte imprecisa y pueda generar además un efecto destipificador indeseado sobre el delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP); y (v) concluyen que la vía adecuada habría sido sostener un concepto de violencia típica restringido, coherente con los principios de intervención mínima y taxatividad, en lugar de la extensión «casi ilimitada» que a su juicio consagra la mayoría.

3. El problema general: la violencia como elemento del delito de coacciones

El delito de coacciones se había configurado tradicionalmente como un delito de medios determinados. A diferencia de una figura construida en torno al puro resultado de restricción de la libertad, el art. 172 CP exige que dicha restricción se produzca con violencia. Esta exigencia cumple una función delimitadora nada trivial: no toda conducta que dificulte, condicione o incluso impida que otra persona actúe conforme a su voluntad constituye, por ese solo hecho, una coacción. La libertad de obrar puede verse afectada por una multiplicidad de mecanismos. Si cualquiera de ellos pudiera subsumirse en el tipo por el mero hecho de resultar eficaz para condicionar la conducta ajena, el precepto tendría un dominio de aplicación muy amplio y podría comportar la restricción de la libertad que, precisamente, pretende preservar.

No obstante, el componente de la violencia del delito de coacciones ha suscitado grandes controversias interpretativas, así como decisiones judiciales dispares. Como es sabido, el legislador de 1995 no incorporó en la redacción del art. 172 CP (junto al término «violencia») las expresiones «intimidación» o «fuerza en las cosas», que sí utiliza en otros tipos como el robo o la agresión sexual. De ahí que pudiera resultar plausible una concepción restringida de la violencia, limitada a la fuerza física sobre las personas. Con el transcurso del tiempo, el requisito de la violencia así entendido ha sido visto por la doctrina y la jurisprudencia como un obstáculo para la protección eficaz de la libertad. En este contexto, la jurisprudencia ha llevado a cabo una progresiva *espiritualización* del concepto, ampliándolo hasta incluir casos en que hay intimidación o fuerza en las cosas siempre que repercutan en la libertad de la víctima. En principio, esta evolución tiene una justificación atendible: el término «violencia» es usado comúnmente de un modo amplio, su significado no parece tener una extensión completamente fijada e inmutable, y los medios a través de los cuales puede restringirse eficazmente la libertad cambian con el desarrollo social y tecnológico[8]. El propio Tribunal Constitucional ha aceptado esa lectura amplia[9]. Conforme al Tribunal Constitucional, esa interpretación no se aparta del tenor literal ni recurre a pautas interpretativas y valorativas extravagantes, por lo que el principio de legalidad no se vería afectado. En esta línea, aquí defenderé que la cuestión decisiva no es si se puede adoptar un concepto amplio, sino qué función desempeña la violencia

[8] Acerca de la evolución de la violencia en las coacciones, véase lo expuesto en RAGUÉS I VALLÈS, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del Derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, 2003, pp. 481-496; RAMÍREZ LUDEÑA, «La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones», *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

[9] STC (Sala Segunda) 137/1997, de 21 de julio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997).

una vez ampliado su significado: si conserva un contenido autónomo o es en alguna medida absorbida por los restantes elementos del tipo o si, incluso, acaba siendo absolutamente irrelevante.

Establecido lo anterior, analizaré principalmente si la decisión atenta contra el principio de legalidad, en particular en relación con la taxatividad y el carácter estricto de las leyes y su interpretación, que permiten que los ciudadanos se desempeñen autónomamente. Como suele señalarse, conozcamos efectivamente o no las normas por adelantado, lo relevante en este ámbito es que el ejercicio del poder se rija por normas suficientemente precisas, que sean fruto de interpretaciones admisibles en el contexto de la comunidad jurídica en cuestión, lo que supone que el poder esté limitado y que los ciudadanos estemos protegidos frente a la arbitrariedad en el ejercicio de ese poder[10]. En cambio, no se abordarán otras dos cuestiones planteadas por el voto particular: la exclusiva protección de bienes jurídicos y la proporcionalidad. Por lo que respecta a lo primero, porque es una cuestión ampliamente controvertida si la lectura amplia que se hace del componente de la violencia constituye un obstáculo para preservar la libertad, o si precisamente contribuye a ello. Respecto de la proporcionalidad, puede considerarse que la decisión de condenar a nueve meses de prisión no plantea problemas en este ámbito porque involucra una cuestión de género y un elemento fundamental como es el domicilio; o puede considerarse que sí los plantea, al tratarse de una baja de suministros después de unos meses, lo que no amerita una respuesta penal o, cuanto menos, esta respuesta penal. Al involucrar intuiciones encontradas, resulta difícil ofrecer argumentos que no se basen en apreciaciones subjetivas. Algo similar cabe decir de la cuestión, próxima, de si una conducta como la enjuiciada tiene entidad suficiente para justificar la intervención penal conforme al principio de *ultima ratio*[11]. Teniendo en cuenta lo anterior me centraré, como ya he señalado, en la posible afectación del principio de legalidad, con el propósito de poner de manifiesto en qué medida la decisión del Tribunal Supremo puede ser cuestionada.

4. Aspectos no criticables

Comenzaré señalando aquello que, pese a lo apuntado en el voto particular y que podría resultar intuitivo, no constituye en sentido estricto un defecto de la decisión del Tribunal Supremo. Así, separar lo objetable de lo inobjetable nos permitirá perfilar mejor la crítica, evitando que esta se disuelva en una impugnación genérica de una interpretación amplia de los

[10] Sobre estas cuestiones, véanse LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Principios de Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, pp. 47-68; y FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002. Véanse también las contribuciones aparecidas en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, especialmente ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal*, 2012, pp. 173-206.

[11] No obstante, se trata de una cuestión relevante, dado que conductas de este tipo son muy habituales: recurrimos con frecuencia a los pequeños ámbitos de dominio de que disponemos (la titularidad de un contrato, de una cuenta o de un servicio) para presionar a otros a hacer o dejar de hacer algo, y no toda forma de presión ilegítima merece una respuesta penal. No la abordaré en cuanto tal, por las razones apuntadas, pero la cuestión está estrechamente conectada con el problema aquí analizado. La exigencia de violencia como medio determinado es precisamente la vía por la que el tipo selecciona, entre las múltiples formas de afectación de la libertad, aquellas que justifican la intervención penal (véase *infra* 5.1). Por ello, si dicho requisito pierde autonomía, el carácter fragmentario del derecho penal en este ámbito queda sin una de sus garantías principales.

tipos penales. En este ámbito, me centraré en cuatro críticas que pueden plantearse: que los jueces deben limitarse a aplicar el derecho, que no debe recurrirse a interpretaciones extensivas, que no debe decidirse de manera casuística y que no deben consolidarse líneas jurisprudenciales que recurren a interpretaciones extensivas.

4.1. Los jueces deben limitarse a aplicar el derecho

Un primer reproche posible sería que el Tribunal Supremo no se estaría limitando a aplicar el derecho, sino creándolo, y con ello vulnerando el principio de legalidad. En este ámbito, pueden distinguirse diferentes sentidos de «creación de derecho». Cuando los jueces resuelven una controversia, puede señalarse que crean una norma individual expresada en la parte dispositiva de la sentencia, aplicando una norma genérica (una interpretación como producto), que constituye la premisa normativa del silogismo judicial. En aquellos casos en que existe una laguna normativa, suele suponerse que el juez crea la norma general que aplica. Pero ¿puede sostenerse que crea derecho cuando el caso plantea *simplemente* problemas de interpretación?

Desde una perspectiva intuitiva y ampliamente aceptada, entendemos que las palabras están vinculadas socialmente a determinadas descripciones y que utilizamos los términos para identificar los objetos que reúnen las características relevantes. Así, al atribuir un significado a «violencia», distinguimos entre situaciones que presentan esas características y aquellas que no. Esta concepción parece explicar cómo aprendemos y enseñamos el significado de las palabras y por qué determinados términos se aplican a unos objetos y no a otros. En el ámbito jurídico, esta perspectiva resulta plausible porque entendemos que las normas determinan cómo deben regularse distintas situaciones: cuando concurren determinadas circunstancias, se asocian a ellas consecuencias jurídicas específicas[12].

Sin embargo, esta concepción del lenguaje es idealizada y problemática, pues resulta difícil explicitar qué descripciones son determinantes incluso respecto de términos cotidianos. Las descripciones asociadas a las palabras suelen ser indeterminadas y contener errores[13]. En el ámbito jurídico, esto parece especialmente claro con términos como «violencia»: no contamos con descripciones transparentes que determinen sus usos correctos, sino con casos paradigmáticos y ciertas descripciones que nos parecen importantes a partir de los cuales reflexionamos sobre la similitud relevante para que una situación sea considerada violenta.

Rechazar esta forma de descriptivismo ingenuo supone admitir que los jueces, al adoptar decisiones interpretativas, no se limitan a constatar el derecho y una concepción adecuada del principio de legalidad debe ser sensible a las limitaciones del lenguaje. Ahora bien, la actividad creativa propia de la interpretación no equivale a una creación *ex novo* de derecho incompatible

[12] En países como España, la educación memorística suele favorecer que los jueces tengan esa visión sobre el lenguaje, como queda patente en el modo en que plasman sus decisiones interpretativas, y en muchas de sus referencias al sentido literal. Véase RAMÍREZ LUDEÑA, «Las teorías del derecho en la formación de los jueces», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (30), 2014, pp. 37-59.

[13] Esto ha llevado a algunos autores a entender que las descripciones asociadas con las palabras y expresiones son más sofisticadas, por ejemplo, recurriendo a cúmulos de descripciones con relevancia diversa, lo que puede dar lugar a dudas y equivocaciones. Véase SEARLE, «Proper Names», *Mind*, (67-266), 1958, pp. 166-173. Y ha llevado a los defensores de las teorías de la referencia directa a rechazar que las descripciones jueguen un papel central en la explicación de cómo y a qué referimos lo que, a su vez, puede generar dudas e ideas erróneas sobre la similitud relevante entre diferentes objetos. Véase RAMÍREZ LUDEÑA, *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*, 2015, particularmente el capítulo 2.

con dicho principio. La actuación judicial sigue estando limitada por el derecho, preservando así, en buena medida, la autonomía de los individuos. Esto también es aplicable cuando, además del significado ordinario de los términos, se emplean diversos instrumentos interpretativos que atienden cuestiones como las intenciones o el contexto. Incluso las concepciones escépticas sobre la interpretación admiten que estos instrumentos configuran un marco de posibilidades entre las que el juez escoge: aunque existe una actividad creativa, actuar fuera de ese marco ya no sería interpretar el derecho, sino crearlo genuinamente[14].

Esto permite entender el sentido de los precedentes interpretativos, como el establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia analizada: implican determinadas elecciones y, por tanto, cierta actividad creativa, pero siguen siendo precedentes que suponen una interpretación y pueden distinguirse de la genuina creación de derecho. Otra cuestión es si son vinculantes para los demás jueces, lo que depende de las normas del sistema que establecen elementos como cuándo deben tenerse en cuenta esos precedentes, qué efectos producen y si pueden ser exceptuados. También es distinta la cuestión de si esos precedentes constituyen fuentes del derecho. La literatura iusfilosófica reconoce que existen fuentes que son facultativas y reconoce también que algunas fuentes constituyen derecho en la medida en que proporcionan una lectura admisible de una fuente subyacente, en este caso, el Código Penal. Así, un precedente interpretativo que implique genuina creación no sería fuente de derecho, incluso aunque pudiera vincular a otros jueces. Esto no es algo extraño: también se reconoce que puede haber leyes inconstitucionales que, no obstante, los jueces tienen el deber de aplicar[15].

En definitiva, la actividad creativa es una característica ordinaria de la interpretación y permite explicar el sentido de los precedentes interpretativos. La vulneración del principio de legalidad dependerá, por tanto, de que dicha actividad traspase los límites que el sistema impone a la interpretación penal. No basta con afirmar que el Tribunal Supremo ha sido creativo al perfilar el concepto de violencia: habría que demostrar, además, que la solución adoptada no constituye una interpretación admisible del art. 172 CP y supone, por ello, una genuina creación de derecho. Esto nos conduce al segundo extremo.

4.2. Los jueces no deben llevar a cabo interpretaciones extensivas

Tampoco resulta convincente identificar, sin más, interpretación extensiva y vulneración del principio de legalidad. Con carácter general, interpretaciones que van más allá de una lectura estricta son consideradas jurídicamente admisibles. Además, como se ha expuesto, la evolución jurisprudencial en el caso específico de las coacciones muestra el tránsito desde concepciones estrictas, centradas en la fuerza física, hasta otras que admiten la intimidación y la fuerza sobre las cosas, sin que se sostenga de manera generalizada que esa ampliación constituye un error

[14] GUASTINI, «A Skeptical View on Legal Interpretation», *Analisi e diritto*, 2005, pp. 139-144.

[15] La distinción entre interpretación y creación dista de ser sencilla, ya que no es solo la semántica y la pragmática lo que importa a efectos de la distinción: la visión que se tiene sobre qué teoría de la interpretación jurídica y qué teoría del derecho son correctas deviene crucial. Por ejemplo, «dworkinianos» y «hartianos» ofrecen diferentes caracterizaciones sobre cuándo un juez crea o interpreta derecho, y sobre qué tipo de consideraciones son relevantes para entender si se interpreta en lugar de crear derecho. En todo caso, la incidencia de la teoría de la interpretación y de la teoría del derecho no excluye la posibilidad de que interpretación y creación puedan seguir siendo diferenciadas, si se adopta una teoría en particular, o si las diversas teorías posibles concuerdan en su comprensión de casos particulares. Sobre estas cuestiones, y la diferenciación de la actividad creativa de la vinculatoriedad y de la consideración de fuente de derecho, véase RAMÍREZ LUDEÑA, «Statutory Interpretation and Binding Precedents in the Civil Law Tradition», en ENDICOTT *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Precedent*, 2023, pp. 418-430.

jurídico. El propio voto particular, que es crítico con la extensión al corte de suministros a situaciones como las que se plantean en la sentencia, admite la posible extensión a casos en que hay fuerza en las cosas por descolgarse puertas y ventanas, sin limitar la aplicación de «violencia» a la violencia física ejercida contra las personas. Entonces, puede adoptarse una actitud más o menos crítica respecto de la progresiva espiritualización de la violencia y la resolución de ciertos grupos de casos, pero ese posicionamiento es algo distinto de afirmar que toda interpretación extensiva es, de por sí, incompatible con el principio de legalidad.

Tampoco parece plausible enfatizar sin más que una interpretación es *demasiado* amplia, apelando a elementos como el tenor literal posible o la prohibición de analogía. Y ello porque existe una dificultad de fondo que debilita el reproche formulado en esos términos: la apelación al tenor literal posible como frontera nítida entre interpretación y analogía es muy problemática. No es evidente qué significa que un caso se encuentre dentro del tenor literal posible de «violencia»: ¿es posible atender al significado ordinario, al técnico-jurídico, al vigente en el momento de aprobación de la norma, al contemporáneo, al contexto sistemático, a la finalidad protectora? Y expresiones como «significado propio» o «sentido estricto», a las que suele recurrirse en este ámbito, no resuelven por sí mismas qué significado ha de atribuirse al término. Es más, la propia calificación de un caso como interpretación extensiva o como analogía depende en buena medida de cómo se haya determinado previamente el significado de la disposición y de qué instrumento interpretativo se considere prioritario: un mismo supuesto puede aparecer como incluido en el ámbito de aplicación del término si se parte del uso ordinario o de la finalidad de la norma, o como caso no previsto y extensión analógica, si se privilegia una concepción sistemática restrictiva. De ahí que la crítica a la sentencia no pueda descansar *meramente* en fórmulas que sostengan que se vulnera la legalidad por optarse por una interpretación extensiva, o por superar el tenor literal posible[16].

4.3. Los jueces no deben resolver de manera casuística

Podría reprocharse que se resuelva la problemática de manera casuística, *i.e.* haciendo referencia a casos para dar cuenta del alcance de la norma. En este sentido, respecto del supuesto que nos ocupa, y con carácter general, se considera típico el corte de suministros cuando afecta a quien ostenta un título legítimo de acceso y disfrute del inmueble, mientras que se contempla la posible exclusión de la tipicidad cuando el corte afecta a quien, sin ostentar derecho ni título alguno que le ampare (por ejemplo, porque ha usurpado el bien), pretende aprovecharse de un inmueble ajeno. No obstante, considero que resolver de manera casuística en el sentido anterior tampoco es objetable en sí mismo.

Al explicitar la interpretación adoptada de un término o expresión por parte de un determinado tribunal, no puede sino recurrirse a propiedades y a casos genéricos, como ocurre respecto de «violencia». Así, en relación con este término, se ha apelado progresivamente a tres propiedades para dar cuenta de ella (violencia física contra las personas, intimidación y fuerza en las cosas); y, para dar cuenta del componente de la fuerza en las cosas, los tribunales suelen invocar ciertos grupos de casos, como el corte de suministros. En esta decisión del Tribunal Supremo en particular, se excluyen además los casos en que no hay derecho ni título. Nada de esto es en sí mismo problemático ni supone un atentado contra el principio de legalidad. Para

[16] Sobre el carácter problemático de la noción de «tenor literal posible», RAMÍREZ LUDEÑA, «The Meaning of "Literal Meaning"», *Analisi e diritto*, (1), 2018, pp. 83-101; y LA MISMA, *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

explicar por qué, deviene relevante la distinción entre casos individuales (espaciotemporalmente delimitados) y casos genéricos (conjunto de situaciones que tienen en común determinadas propiedades), así como la distinción entre subsunción individual (de casos individuales) y subsunción genérica (relativa a casos genéricos)[17]. Como ya señalé con anterioridad, al tomar sus decisiones los jueces resuelven casos individuales, pero lo hacen a partir de entender que se trata de una instanciación de un caso genérico que reúne ciertas propiedades. Que un alto tribunal, al resolver un recurso con interés casacional, formule su decisión en términos que trasciendan el caso concreto es precisamente una de las funciones que le corresponden: contribuir a concretar el significado de disposiciones que admiten diferentes lecturas y a unificar criterios ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, como expresamente reconoce la sentencia. Conforme a lo que ya ha sido enfatizado de manera recurrente en la literatura, el recurso a ciertas propiedades y a ciertos casos genéricos conlleva normalmente problemas de infra y sobre inclusión, por comprender supuestos que no se pretendía abarcar, y excluir otros que sí se querían regular. Los problemas de infra y sobre inclusión están presentes en todas las regulaciones que recurren a categorías generales. Pero, en lo que aquí interesa, en ningún caso reconocer lo anterior nos compromete con una suerte de particularismo en que la actuación de los jueces carece de límites, pudiendo resolver como les parezca en atención a las circunstancias del caso concreto[18]. Algo diferente es, en cambio, si los casos genéricos y las propiedades por las que opta el tribunal suscitan dudas y críticas, pero el *mero* recurso a casos genéricos no plantea problemas.

4.4. Que se consolide una línea jurisprudencial que comporta una interpretación extensiva es problemático

La STS 426/2026 no surge en un vacío jurisprudencial: se inserta en una evolución previa sobre la *vis in rebus* y la espiritualización de la violencia, y consolida, al resolver la discrepancia entre Audiencias, una determinada lectura del art. 172 CP. Podría pensarse que la consolidación de una interpretación amplia agrava el problema respecto del principio de legalidad. Sin embargo, esta objeción debe matizarse, atendiendo a la función que desempeñan los precedentes interpretativos y a las condiciones concretas en que operan.

En efecto, podría sostenerse que, si son los jueces quienes determinan el derecho al establecer precedentes, su actuación no está suficientemente limitada y puede resultar arbitraria. Frente a las leyes escritas, los precedentes conferirían amplios márgenes de libertad a los jueces. Para valorar esta cuestión no debe compararse una imagen idealizada de la legislación, que ofrecería una única respuesta a las cuestiones, con una práctica judicial en que el juez carece de restricciones. Dadas las limitaciones de los legisladores, del lenguaje del que se sirven, de los contextos cambiantes, entre otras consideraciones, ya hemos visto que los jueces llevan a cabo habitualmente cierta actividad creativa. Como ya se ha señalado, en este ámbito la limitación de la actuación judicial y la interdicción de la arbitrariedad dependen, en buena medida, del uso de técnicas interpretativas aceptadas y de la posibilidad de distinguir entre interpretación y creación[19]. En estas condiciones, un sistema de precedentes que concrete una interpretación puede no solo no obstaculizar sino contribuir a preservar la autonomía que fundamenta el

[17] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1974, principalmente el capítulo 2.

[18] Como ejemplos de autores que sostienen que los problemas de sobre e infra inclusión no conducen al particularismo, véanse RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, 2002, pp. 128 ss.; y SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991, pp. 31-34.

principio de legalidad, dado que la alternativa no es un legislador fijando una única interpretación, sino que múltiples interpretaciones resulten posibles.

Ahora bien, que los precedentes puedan tener con carácter general esta función no significa que cualquier sistema con precedentes contribuya por igual a preservar la autonomía. Su incidencia depende, en primer lugar, del diseño institucional. Los sistemas que, por ejemplo, únicamente exigen citar el precedente, permiten gran discreción en su extracción o admiten excepciones no justificadas ofrecen una vinculatoriedad menor y preservan en menor medida la autonomía. También la existencia de distintos tribunales capaces de resolver de manera diferente puede dificultar esta finalidad[20].

Pero la cuestión depende, además, del contenido del concreto precedente. En el caso de la violencia en las coacciones, la espiritualización del concepto comporta una actividad creativa, pero inicialmente se mantiene dentro de las opciones admitidas por las técnicas interpretativas. Sin embargo, optar por una lectura amplia de la normativa deja mayores márgenes de discreción que otras alternativas más restrictivas. Convertir esta interpretación en precedente supone, por tanto, una oportunidad perdida para reducir esos márgenes y para que el legislador introduzca las precisiones necesarias.

Con todo, esta consecuencia debe ponerse en relación con el contexto jurisprudencial en el que se adopta la decisión. La *vis in rebus* ya estaba consolidada en materia de coacciones, con ejemplos como el corte físico de cables, por lo que la decisión del Tribunal Supremo no resulta completamente imprevisible. Además, antes de la STS 426/2026 coexistían sentencias en distintas direcciones. La consolidación de una interpretación, aunque amplia, reduce así la incertidumbre derivada de esa divergencia y puede suponer una ganancia en términos de previsibilidad y autonomía, en la medida en que sea adoptada por otros tribunales y el propio Tribunal Supremo no varíe su posicionamiento. En definitiva, el análisis acerca de si una decisión como la que nos ocupa, consolidando una determinada línea jurisprudencial, atenta contra el principio de legalidad requiere de un análisis complejo que atienda a numerosos aspectos.

5. Lo que sí es problemático en la sentencia

Descartado lo anterior, la crítica puede formularse ahora con mayor precisión. El defecto de la STS 426/2026 no reside en los elementos anteriores, sino en la arquitectura interna de su razonamiento sobre la *vis in rebus*. Diferentes problemas, estrechamente conectados, merecen atención: la pérdida de relevancia de la violencia como elemento del tipo y el riesgo de

[19] De hecho, como ya se ha señalado, suele considerarse que los precedentes de los altos tribunales son fuente de derecho dependientes de proveer una interpretación admisible del texto subyacente, por lo que aquellas particulares decisiones que excedan las interpretaciones admisibles no serán una fuente del derecho, pese a que, con carácter general, los precedentes interpretativos sí lo sean.

[20] En el caso español, aspectos como el rol de la doctrina en la precisión de los conceptos relevantes es algo también a tener en cuenta respecto de la preservación de la autonomía. Además, todos los magistrados acuerdan en una única decisión, lo que facilita la extracción de *la* ratio. Frente a lo que ocurre en el *Common Law*, esa extracción ya de por sí es más sencilla dada la menor relevancia que los altos tribunales suelen conferirle a los hechos particulares al tomar sus decisiones. No obstante, que en ciertos contextos se requiera una sucesión de decisiones jurisprudenciales en un mismo sentido, puede dificultar la extracción de la ratio, y por lo tanto la preservación de la autonomía.

circularidad que introduce el recurso a la falta de autorización, con la consiguiente confusión entre elementos del tipo que deberían mantenerse separados.

5.1. La violencia como elemento irrelevante

La cuestión central puede formularse de manera muy sencilla: ¿sigue siendo la violencia un requisito autónomo del delito de coacciones tras la lectura que de ella hace la sentencia? La ampliación del concepto no conlleva, por sí sola, una respuesta negativa. Es perfectamente posible admitir que determinadas afectaciones sobre las cosas constituyen violencia y, al mismo tiempo, exigir que se demuestre por qué presentan las características que justifican calificarlas de violentas. El problema aparece cuando la explicación deja de centrarse en aquello que hace que una conducta sea violenta y pasa a centrarse exclusivamente en el resultado que se produce.

Este riesgo no es nuevo, sino que ya podía advertirse en decisiones anteriores sobre *vis in rebus*. Pero, a diferencia de otras decisiones previas[21], aquí el Tribunal sí intenta construir una justificación específica de la fuerza sobre las cosas, pues no se limita a afirmar que existe violencia, sino que sostiene que la cancelación del suministro es equivalente, por sus efectos, a una interrupción física del suministro mediante el corte de cables. Sin embargo, ese esfuerzo argumentativo no elimina el problema de fondo. La comparación de la que parte la mayoría (cancelar el contrato y cortar físicamente el suministro serían equivalentes porque ambos producen la privación de electricidad) deja abierta la cuestión decisiva: ¿es la intervención sobre la cosa lo que permite calificar la conducta como *vis in rebus*, o es el efecto que la conducta produce sobre la libertad de la víctima?

Si lo determinante es lo primero, sería necesario explicar qué característica de la actuación del acusado permite hablar de fuerza sobre las cosas, y la respuesta no puede consistir simplemente en que la cancelación produce el mismo resultado que un corte físico: que dos conductas tengan idéntico efecto no significa que empleen el mismo medio. Cancelar un contrato es ejercer una facultad jurídica cuyo efecto material lo produce un tercero, la compañía suministradora; cortar un cable es una intervención material directa sobre una instalación. La equiparación por los efectos elude, precisamente, la pregunta por el medio[22].

Si, en cambio, lo determinante es el efecto sobre la libertad, entonces la categoría de *vis in rebus* corre el riesgo de convertirse en una etiqueta para designar cualquier conducta que produzca una restricción coactiva de la capacidad de actuación. En ese escenario, la violencia deja de operar como requisito delimitador y pasa a ser una mera descripción del resultado: existe

[21] Por ejemplo, en la STS 412/2020, Penal, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2736), sobre supresión de datos de la nube de una expareja en que, aunque el Tribunal afirmaba la existencia de violencia, la argumentación se concentraba en las consecuencias producidas (la pérdida de datos, la dificultad de recuperarlos, la afectación de la intimidad), de modo que la violencia se afirmaba, más que argumentaba. Así lo sostuve en RAMÍREZ LUDEÑA, *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

[22] Cabe pensar que el esfuerzo argumentativo del Tribunal Supremo habría resultado más plausible si, en lugar de apelar a la fuerza en las cosas, hubiera entendido que concurre violencia como intimidación, categoría que la propia sentencia recoge al exponer la doctrina general (FD Tercero, apartado 1). La cancelación del contrato podría entenderse entonces como una muestra de poder sobre la esposa, un modo de hacerle ver que le conviene abandonar la vivienda, de manera que la violencia se asociaría al medio empleado y no solo al resultado. Ello exigiría, con todo, identificar qué rasgos de la conducta permiten calificarla de intimidatoria con independencia del efecto que produzca; de lo contrario, el problema de la autonomía del requisito reaparecería en esta otra categoría.

violencia porque la conducta ha privado eficazmente a la víctima de una posibilidad de actuación que el autor quería impedir. El razonamiento debería mantener separadas las dos cuestiones (si la actuación restringió de manera relevante la libertad de la víctima y si la forma en que se produjo esa restricción constituye violencia en el sentido del art. 172 CP), puesto que, si la respuesta a la segunda se obtiene simplemente de la primera, el requisito de violencia pierde su autonomía.

La consecuencia última de este proceso es la transformación material del delito. El art. 172 CP no castiga cualquier comportamiento que limite ilegítimamente la libertad ajena, sino que exige que la limitación se produzca con violencia, y ese requisito cumple una función de selección de las formas de afectación de la libertad que justifican la intervención penal. Si la violencia se identifica con el carácter coercitivo de la conducta, bastaría con acreditar que el sujeto, careciendo de justificación jurídica y con la finalidad de doblegar la voluntad ajena, produjo causalmente una restricción relevante de la libertad, para afirmar la existencia de coacciones. La pregunta acerca de si hubo violencia dejaría entonces de aportar una condición adicional, y el delito de medios determinados se convertiría,*de facto*, en un ilícito puramente resultativo. Aquí reside la continuidad más significativa, y también más inquietante, de la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo[23].

Como ya se ha señalado, esta objeción es diferente de la que enfatiza que se ha llevado a cabo una interpretación extensiva. Una interpretación extensiva conduce a una lectura amplia respecto del conjunto de conductas que cuentan como violencia, pero sigue exigiendo demostrar que la conducta concreta pertenece a ese conjunto; hay, todavía, un delito de medios determinados, aunque el ámbito de aplicación del término relativo al medio sea amplio. En cambio, la irrelevancia de la violencia hace innecesario demostrar que la conducta es violenta, porque basta con probar que ha producido una restricción de libertad mediante un comportamiento ilegítimo. Lo verdaderamente preocupante de la sentencia no es, pues, haber ampliado el concepto, sino haberlo ampliado de tal modo que puede dejar de cumplir la función que justificaba su presencia en el tipo.

5.2. El riesgo de circularidad entre violencia y falta de autorización

La segunda dificultad permite formular el problema con mayor precisión, y se refiere al papel que la sentencia atribuye a la ausencia de autorización legítima. La propia resolución enumera, al exponer la doctrina general, la violencia y la ausencia de autorización como requisitos diferenciados de las coacciones[24]. Sin embargo, al aplicar esa doctrina al caso, utiliza

[23] Dicho en otros términos, la cuestión no es que el Tribunal Supremo utilice el efecto coercitivo para determinar el alcance de la violencia (algo que puede resultar inevitable en la delimitación de cualquier medio típico), sino que no identifica ninguna propiedad adicional de la conducta que permita explicar por qué ese efecto es consecuencia de una forma de violencia jurídicamente relevante. Aunque no me extenderé en este punto, el análisis anterior no me compromete con una separación nítida entre acción y resultado, ni con negar que una misma acción pueda describirse plausiblemente de múltiples modos: aun aceptándolo, la referencia al resultado no aporta un análisis independiente del componente de violencia. Sobre estas cuestiones, véase ANSCOMBE, «Under a Description», *Noûs*, (13-2), 1979, pp. 219-233. En conexión con lo anterior, y entendiendo que la conducta también puede describirse como *omisión del pago del suministro*, otra cuestión relevante que podría discutirse es el problema de la comisión por omisión en delitos de medios determinados. No abordaré esta controvertida problemática por falta de espacio.

[24] La STS 426/2026, siguiendo a la STS 1091/2005, enumera como requisitos: (1) empleo de violencia de cierta intensidad —*vis physica*, *vis compulsiva* o intimidación, o *vis in rebus*—; (2) dinámica comisiva dirigida a impedir o compeler; (3) relación de causalidad; (4) elemento subjetivo o ánimo tendencial de restringir la libertad ajena;

precisamente la falta de legitimidad del acusado para reforzar la conclusión de que la cancelación del suministro equivale a una forma de violencia: el Tribunal Supremo señala que el ser titular formal del contrato no le autorizaba a anular el servicio y que existían cauces civiles para el conflicto, y de ahí extrae, junto con la finalidad coercitiva, la calificación de la conducta como *vis in rebus*.

La intuición normativa subyacente es atendible: no parece razonable permitir que alguien convierta una facultad formal (la titularidad de un contrato) en un instrumento de presión para imponer unilateralmente la solución de un conflicto que debería encauzarse por vías jurisdiccionales. Pero la ausencia de autorización no debería determinar que exista violencia, sino que, existiendo ya una conducta violenta, esta sea típica por no concurrir una autorización legítima.

Si la falta de autorización se emplea para demostrar que existe violencia, el razonamiento adopta una estructura con riesgo de circularidad, que puede reconstruirse así: (i) el acusado carecía de autorización para utilizar el suministro como mecanismo de presión; (ii) por ello, su actuación constituye una forma ilegítima de coerción; (iii) precisamente por ser una forma ilegítima de coerción, se califica como *vis in rebus*; y (iv) una vez calificada como violenta por existir fuerza en las cosas, se entiende que concurre el delito de coacciones[25].

Esta objeción no supone negar relevancia jurídica a la autorización; al contrario, el art. 172 CP la incorpora expresamente como elemento de tipo penal (sin estar legítimamente autorizado). El problema no es que la autorización importe, sino la función que se le asigna. La falta de autorización puede y debe operar como criterio de tipicidad (puede excluirla cuando el ordenamiento permite legítimamente emplear un determinado mecanismo de presión), pero no debería convertirse en el criterio que transforma una conducta no violenta en violenta[26].

---

y (5) ausencia de autorización legítima para obrar de forma coactiva. La violencia (1) y la autorización (5) figuran, pues, como elementos distintos.

[25] Conviene precisar en qué sentido se emplea aquí la noción de *circularidad*. La reconstrucción anterior no incurre en una petición de principio en sentido estricto, dado que la conclusión (que la conducta es violenta) no figura como tal entre las premisas. Podríamos decir que la circularidad se sitúa, en cambio, en el plano de la justificación, y se aprecia en dos aspectos. El primero es que la premisa de la que se hace depender la conclusión no cuenta con un apoyo que sea independiente de ella. El juicio sobre la ilegitimidad se construye a partir de que el acusado utilizó el suministro como mecanismo de presión para forzar el desalojo, esto es, a partir de la misma descripción de la conducta de la que había de extraerse su carácter violento. No se ofrece, así, para afirmar la violencia, ninguna razón distinta de aquella por la que se afirma la ausencia de autorización, de manera que quien dudara precisamente de lo primero no recibe ningún elemento nuevo de juicio. El segundo aspecto es que, formulado el criterio en esos términos, no resulta imaginable un supuesto que satisfaga las premisas y en el que, no obstante, quepa negar la conclusión. Si toda coerción jurídicamente no amparada cuenta por ello como violenta, la afirmación de la violencia no puede ser derrotada por ninguna consideración ulterior y, en esa medida, no está siendo propiamente demostrada, sino reiterada bajo otra descripción.

[26] Me parece especialmente elocuente la batería de preguntas retóricas que se plantean en el voto particular: si dar de baja el contrato de luz es violencia típica, ¿lo sería también resolver el contrato de telefonía o internet en la vivienda familiar por afectar al derecho del art. 20 CE del cónyuge que se queda? ¿Y dejar de pagar las cuotas de un vehículo que usa el cónyuge separado? ¿Y no renovar cualquiera de esos contratos al llegar su término, constituyendo entonces coacciones en comisión por omisión? Considero que esta reducción al absurdo ilustra bien el riesgo que denuncio: si el criterio decisivo es la legitimidad posesoria o de uso de la contraparte, prácticamente cualquier decisión contractual del titular de un bien o servicio compartido podría convertirse en violencia a efectos penales en función de cómo se resuelva, muchas veces por vía judicial civil posterior, la legitimidad del interés afectado.

5.3. La confusión entre elementos del tipo

Los dos defectos anteriores comparten una raíz común: la mezcla de elementos que deberían analizarse por separado. La estructura del art. 172 CP invita a un examen escalonado en el que cada requisito desempeña una función distinta. Primero ha de determinarse si existe una conducta que pueda calificarse autónomamente como violenta, incluida, cuando proceda, una determinada forma de *vis in rebus*. Después, si esa violencia guarda una relación causal relevante con la restricción de la libertad. Y solo entonces, si el sujeto actuaba o no legítimamente autorizado. La sentencia, al fundir el juicio sobre la violencia con el juicio sobre la legitimidad y con la constatación del resultado coercitivo, hace que estos elementos se retroalimenten y pierdan su función discriminadora respectiva. De este modo, el contenido de «violencia» se torna redundante, lo que plantea problemas si asumimos, como es habitual, que el legislador no incorpora términos superfluos. No se trata aquí de indagar qué quiso efectivamente el legislador de 1995, sino de reconocer que sobre quien propone una lectura que priva de efecto a un elemento del enunciado recae una carga argumentativa específica. Y esa carga es en este caso particularmente exigente por dos razones. La primera es que la exigencia de un medio determinado parece cumplir manifiestamente una función de selección: discrimina qué formas de afectación de la libertad, entre las muchas que pueden condicionar eficazmente la conducta ajena, justifican la intervención penal. La segunda, que considero todavía más relevante, es que, aunque es cierto que las leyes contienen a menudo repeticiones y énfasis, una redundancia que supone restringir el alcance del tipo resulta inocua desde la perspectiva de la legalidad, mientras que la que aquí se produciría amplía el ámbito de lo punible. Adviértase, por lo demás, que este argumento no presupone concepción alguna sobre qué haya de entenderse por «violencia». Es neutral entre lecturas amplias y restrictivas, y solo exige que, sea cual sea la extensión atribuida al término, este conserve algún contenido diferenciado del resto de elementos del tipo.

La confusión anterior tiene, además, una proyección sistemática que el propio voto particular señala: la utilización de la falta de autorización como criterio que convierte una conducta en coacción puede difuminar la frontera con el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP, que precisamente contempla los supuestos en que alguien trata de satisfacer un derecho propio por vías de hecho no autorizadas, incluso ostentando un derecho legítimo. Si la ausencia de legitimidad pasa a ser el elemento decisivo para sostener que hay violencia, se corre el riesgo de un doble efecto indeseable: expandir el art. 172 CP y, correlativamente, producir un efecto destipificador respecto del art. 455 CP[27].

La crítica no obliga a abandonar la categoría de *vis in rebus* ni a sostener que «violencia» solo pueda significar contacto físico directo con el cuerpo de la víctima. Aunque aquí solo dejaré planteada la cuestión, cabe una reconstrucción más amplia que no obstante preserve la función autónoma del elemento. Así, podría sostenerse que existe *vis in rebus* cuando la actuación sobre

[27] En este sentido, el voto particular advierte que la limitación *ad casum* que la mayoría introduce en los dos últimos párrafos de su fundamento cuarto, según la cual la interrupción de suministros frente a quien ocupa el inmueble sin título no colmaría el elemento «sin estar autorizado», podría producir un efecto destipificador respecto del art. 455 CP, que protege frente a las vías de hecho aun cuando su autor ostente un derecho legítimo. Por mi parte, no sostengo que las coacciones y la realización arbitraria del propio derecho vayan a resultar indistinguibles en general: esta última puede darse al margen de cualquier contexto de dominio y puede incluso consistir en un intento de revertir una situación de dominio ajena. El riesgo se plantea en la zona de intersección, cuando quien ostenta una posición de dominio la utiliza para presionar en pretendida realización de un derecho propio.

una cosa produce un efecto coercitivo directo y relevante sobre la esfera de actuación de la víctima, de manera que la cosa funcione como medio material de la violencia y no simplemente como presupuesto o contexto de la restricción de libertad. Esta formulación permite distinguir dos grupos de casos: aquellos en que la cosa se convierte en el instrumento a través del cual se ejerce presión material sobre la víctima (romper la puerta para impedirle entrar o salir, descolgar puertas o ventanas, los ejemplos de WELZEL que invoca el voto particular) y aquellos en que la conducta sobre la cosa (dejar de pagar una factura, rescindir un contrato, modificar una contraseña, cesar en la prestación de un servicio) solo genera indirectamente una situación desfavorable que induce a la persona a modificar su comportamiento. El test podría articularse mediante algunas preguntas, como por ejemplo, cuál es la relación entre la actuación sobre la cosa y la persona, si la actuación produce directamente la situación coercitiva o solo la desencadena de manera mediata, qué papel desempeña materialmente la cosa en la constricción de la libertad, si el efecto coercitivo puede explicarse con independencia de la calificación jurídica de la conducta como ilegítima, o qué características permiten distinguir esa conducta de otras formas de presión o de ejercicio ilegítimo de derechos. Obviamente, se trata solo de un planteamiento inicial que amerita un abordaje mucho más detallado. Pero solo un análisis complejo de este tipo permitiría que la *vis in rebus* siga siendo una categoría amplia sin convertirse en una categoría ilimitada. Únicamente así puede evitarse que, tras haber construido una nueva modalidad de fuerza en las cosas, no quede criterio alguno para distinguirla de cualquier otra conducta que produzca indirectamente una situación material restrictiva de la libertad.

6. Conclusiones

La STS 426/2026 puede ser criticada desde la perspectiva del principio de legalidad, pero la crítica ha de formularse con mayor precisión de la que permite una oposición genérica a la interpretación extensiva de los tipos penales.

En primer lugar, no es problemático que el Tribunal Supremo desarrolle creativamente el significado de «violencia». La interpretación judicial comporta normalmente cierta actividad creativa, lo que no equivale a una creación *ex novo*. La amplitud de una interpretación no demuestra por sí sola una aplicación problemática, y la apelación al *tenor literal posible* no proporciona una frontera nítida entre interpretación y analogía. Tampoco es objetable que el Tribunal Supremo razone a partir del supuesto genérico del corte de suministros excluyendo ciertos casos en que se carece de legitimidad, ni que se contribuya a consolidar una línea jurisprudencial, pues la consolidación puede incluso contribuir a que haya una mayor previsibilidad.

En segundo lugar, el problema específico de la sentencia se encuentra en la arquitectura de su razonamiento sobre la violencia. La resolución corre el riesgo de que el resultado coercitivo deje de ser la consecuencia de una conducta violenta y pase a ser la razón por la que la conducta se califica como violenta; cuando esto ocurre, la violencia deja de operar como requisito autónomo del tipo y se convierte prácticamente en otro modo de describir la restricción de la libertad, con la consiguiente transformación del delito de medios determinados en un ilícito resultativo. A ello se añade la utilización de la falta de autorización para determinar la existencia misma de la violencia, que genera un razonamiento con riesgo de circularidad y confunde elementos del tipo (violencia y ausencia de autorización) que deberían

analizarse de forma escalonada e independiente, con la proyección sistemática adicional de difuminar la frontera con el art. 455 CP.

La cuestión decisiva que plantea la sentencia no es, por tanto, si cabe interpretar ampliamente el concepto de *violencia* ni si toda interpretación extensiva vulnera la legalidad. El problema aparece cuando la interpretación adoptada hace que el resultado coercitivo determine la existencia de violencia y cuando la falta de autorización se utiliza para completar, en lugar de acompañar, la justificación de ese elemento típico. Una cosa es ampliar el concepto de *violencia* y otra, muy distinta, hacer que la violencia deje de desempeñar un rol relevante. La primera es una operación interpretativa legítima; la segunda vacía de contenido el requisito que justifica la propia existencia del delito de coacciones como figura de medios determinados. La exigencia de una motivación que identifique qué rasgos de la conducta la convierten en violenta (al margen de su resultado y de su ilegitimidad) no es, así, una cautela formal, sino la garantía última frente a la expansión progresiva del ámbito del art. 172 CP, tanto más necesaria en la medida en que la decisión está llamada a operar como precedente.

InDret
4.2026

Estado de necesidad y tráfico de órganos

Comentario a la STS 428/2026, de 24 de junio

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

-

1. Introducción

La sentencia objeto de este comentario[1] plantea un conjunto destacado de problemas relativos al delito de tráfico de órganos. En concreto, interesa principalmente la posibilidad de eximir o atenuar la pena tanto al receptor del órgano como a los demás intervinientes en atención al habitual contexto de angustia personal y necesidad que suele acompañar al hecho de requerir de un trasplante para paliar una enfermedad grave. Con ello pretendo analizar un aspecto fundamental, a saber, la relación que el conflicto subyacente al tráfico de órganos puede presentar con la causa de justificación de estado de necesidad. La tesis que defiendo, en la línea de la opinión de voces destacadas de entre la doctrina, es la siguiente: la regulación extrapenal sobre donación de órganos y la prohibición penal de su tráfico de conformidad con el art. 156 bis CP contienen una ponderación legislativa específica que determina las posiciones jurídicas de los implicados y, por ello, ocluye la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación. Sin embargo, ello no impide que determinadas circunstancias puedan proyectarse en el plano del merecimiento de pena. Al desarrollo de esta idea centraré las siguientes páginas. Con este fin, inicio el comentario con una exposición sucinta de los hechos probados y los puntos discutidos tanto en la sentencia en comento como en la resolución que fue objeto del recurso de casación (apdo. 2). Continúo delimitando lo que a mi parecer es el problema básico del caso: la existencia de un conflicto de intereses requerido de ponderación como juicio axiológicamente distinto al del estricto merecimiento de pena (apdo. 3). Utilizo los dos últimos apartados para, precisamente, proyectar esta dualidad analítica al caso de autos (apdos. 4 y 5).

2. Antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho

2.1. Hechos probados

Z, nacional del Líbano, padecía una enfermedad hepática que requería de un trasplante de hígado para su sanación. Dada la incompatibilidad de su hijo como donante, *Z* se valió de unos familiares residentes en España para que le ayudaran a captar a otros posibles donantes. A dichos efectos, estos familiares intentaron llevar a cabo el plan con un total de ocho personas, todas ellas sin recursos o en situación de necesidad económica y a quienes ofrecían dinero u

[1] STS 428/2026, Penal, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2026:2853).

otro tipo de recompensa para ser donantes vivos en favor de *Z*. Cuatro de estas personas se sometieron a diferentes pruebas en la Clínica Quirón de Valencia para determinar su compatibilidad con el receptor. Dos de ellas rechazaron en último momento la donación por varios motivos y otra fue rechazada por el propio *Z* dada la condición de mujer de la donante. Solo uno de ellos, *E*, accedió a operarse, haciéndose pasar por un amigo íntimo de *Z* que quería donar su hígado de manera gratuita y altruista. Ello no convenció a los responsables de los dos hospitales donde intentaron efectuar la operación (el Clínic de Barcelona y la Clínica Universitaria de Navarra) por no resultar creíble el carácter altruista de su proceder, ya que *E* era una persona de nacionalidad rumana que ni hablaba la lengua ni tenía la misma nacionalidad ni religión que *Z*.

Siendo indubitable la relevancia penal de los comportamientos de *Z* y sus familiares desde la perspectiva del delito de tráfico de órganos, aquí concierne una cuestión fundamental: si la necesidad vital de *Z* para ser receptor del hígado como consecuencia de su dolencia hepática podría configurar una razón para excluir o atenuar la pena, tanto a este sujeto como a sus familiares, por la realización de las conductas típicas del art. 156 bis CP. Esta posibilidad puede explorarse de tres formas distintas: (i) a la luz de la eximente (completa o incompleta) de estado de necesidad (arts. 20.5.º y 21.1.ª CP), (ii) a través de la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP o (iii) mediante la atenuante específica para el receptor del órgano establecida en el art. 156 bis 3 CP. La susceptibilidad de aplicar cualquiera de estos tres preceptos legales a un caso prototípico de tráfico de órganos será el asunto central de este comentario. A dichos efectos, la resolución del tribunal *a quo* y la propia del Tribunal Supremo aportan ideas fundamentales para con el correcto desarrollo dogmático de esta cuestión. Veamos.

2.2. La SAP Valencia 174/2023, de 24 de marzo

En la primera resolución condenatoria de la Audiencia Provincial de Valencia[2], objeto del recurso de casación, los familiares de *Z* alegaron la posibilidad de aplicar la figura del estado de necesidad como eximente (art. 20.5.º CP) o atenuante (art. 21.1.ª CP). Al respecto de esta posibilidad, el tribunal plantea una consideración de alto interés en lo que al impacto de la regulación extrapenal de la donación de órganos en las causas generales de justificación se refiere. Para ello, la Audiencia Provincial repara en la cláusula atenuante del art. 156 bis 3 CP (en el momento de los hechos, art. 156 bis 2 CP)[3]. En atención a la literalidad de este artículo y pese a no hacerlo de forma explícita, la sentencia de la Audiencia Provincial atribuye a la legislación extrapenal y a la regla antedicha una característica fundamental, a saber, un efecto oclusivo:

> «[S]i respecto del receptor del órgano el legislador, en atención a las características del bien jurídico protegido (…), ha optado por solo reconocer la posibilidad de una rebaja de pena de uno o dos grados en atención a las circunstancias del hecho y del culpable, es decir, tampoco establece una degradación automática, y, optar por explicar de esa rebaja a las personas distintas del receptor que puedan ejecutar alguna de las conductas típicas, no parece posible que, en esas

[2] SAP Valencia (Sección 2.ª) 174/2023, de 24 de marzo (ECLI:ES:APV:2023:253).

[3] El art. 156 bis CP, introducido en la gran reforma del año 2010, fue objeto de una modificación por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que nos ha legado el precepto actual, de extensión bíblica y redacción enormemente confusa.

> circunstancias y vistas las características de este supuesto, se pueda entender habilitado al tribunal para generar supuestos de justificación o inexigibilidad aplicable a los demás autores».

Al parecer del tribunal, la existencia de una legislación específica sobre la materia y el carácter excepcional de la atenuante del art. 156 bis 3 CP cerraría (*ocluiría*) la posibilidad de aplicar las reglas generales de justificación. Así, el conflicto subyacente al supuesto de hecho (de forma esquemática: la necesidad vital del eventual receptor *vs*. la integridad física, libertad y dignidad del eventual donante) se resolvería de una forma particular a través de una regulación extrapenal, concediendo un derecho al necesitado a ser destinatario de un órgano solo de cumplirse con una serie de requisitos. De esto último daría fe el art. 156 bis 3 CP: resuelto el conflicto, cualquier modulación penológica solo tendría un efecto atenuante y se limitaría únicamente a la figura del receptor del órgano, no pudiéndose extender a terceros intervinientes. En este sentido, según la sentencia, «el legislador en este precepto da prioridad a los intereses generales y de este modo efectúa una ponderación específica de los bienes en conflicto (donante –sobre el que recae un evidente riesgo–, dignidad, sistema de trasplantes…) estableciendo solo la posibilidad de rebaja en grado para el receptor del trasplante y no para los que, no siendo el receptor, sean considerados autores de ese hecho». El tribunal concluye que «no podemos apreciar supuestos de exención o atenuación en contra de la propia redacción típica generando un precepto paralelo distinto, sin perjuicio de tener en cuenta, tal como hemos señalado, las circunstancias a la hora de modular la respuesta punitiva»[4]. Por tanto, habida cuenta de la existencia de una resolución específica del conflicto, este último no podría resolverse aplicando la lógica interna del estado de necesidad.

> No obstante lo anterior, la resolución sí se esfuerza (aunque desde una lógica distinta a la institución del art. 20.5.º CP) en rebajar la pena del hijo del receptor del órgano: el intento frustrado de donar una parte de su hígado antes del inicio de la operación delictiva constituiría una muestra de «amor filial» a tener en cuenta penológicamente. Con base en esta consideración, la resolución contempla aplicable al caso la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP en relación con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP. De esta manera, entiende el tribunal que, pese a no ser aplicable este último precepto al caso de autos (pues este «[g]eneralmente opera en los delitos de carácter personal como agravante y como atenuante en los patrimoniales»), sí entiende aplicable la atenuante de análoga significación. Sin embargo, para con la motivación de esta decisión, se echa de menos una fundamentación argumentativa más desarrollada. Ciertamente, la Audiencia Provincial se limita a analizar el problema de atender, a los efectos de una rebaja del *quantum* de pena, a una acción previa al inicio del *iter criminis* del delito de tráfico de órganos (la donación en vida frustrada del hijo)[5], sin ahondar en el carácter análogo de este «amor filial» con respecto a las demás circunstancias atenuantes del art. 21 CP.

2.3. La STS 428/2026, de 24 de junio

Los condenados familiares de *Z*, no conformes con la respuesta anterior, plantearon al Tribunal Supremo la indebida (in)aplicación de la eximente de estado de necesidad. Así, en opinión de

[4] La Audiencia Provincial sí rebajó en grado la pena de *Z* aplicando precisamente la atenuación del art. 156 bis 3 CP, aunque con una motivación un «tanto» lacónica: «no hay razones que justifiquen no apreciarla y se trataba de una situación de riesgo vital».

[5] Sobre este punto, la sentencia defiende (no sin cierta querencia por los laberintos gramaticales) que «la conducta [del hijo] es inescindible de ella [la conducta delictiva del padre], conducta que tiene una parte que se puede valorar autónomamente, y es, precisamente, la relación padre-hijo (los otros acusados… no ofrecen su hígado ante los evidentes riesgos que ello supone) la cual es determinante de su conducta, que además, entendemos que debe ser apreciada como muy cualificada, pues estaba dispuesto a ser él mismo el donante, y tal como se recoge, finalmente así fue».

los recurrentes, el art. 156 bis CP no cerraría el paso a la causa general de justificación del art. 20.5.º CP y, en caso de hacerlo, nada impediría aplicar la atenuante de análoga significación del art. 21.7.ª CP. En otras palabras: la existencia de una situación de angustia y necesidad al existir una persona requerida de un trasplante podría tener efectos penológicos atenuantes (e, incluso, eximentes), no solo en la figura del eventual receptor (art. 156 bis 3 CP), sino también en los demás intervinientes que pudieran haber realizado las conductas típicas impelidos por esa misma situación. Estas demandas permiten al tribunal reparar en tres cuestiones fundamentales: la propia caracterización del estado de necesidad y la posibilidad de su aplicación al supuesto (1), la eventualidad de aplicar la atenuante de análoga significación (2) y la trascendencia del art. 156 bis 3 CP en el caso de autos (3).

1. Sobre la posibilidad de apreciar un estado de necesidad, la sentencia es categórica al afirmar que, pese a que el receptor «padecía una enfermedad hepática severa y que el trasplante constituía la alternativa terapéutica indicada», el «ordenamiento les ofrecía un cauce lícito, consistente en el trasplante *inter vivos* condicionado a un consentimiento libre, consciente, informado, desinteresado y sometido a controles médicos, éticos y judiciales». De esta forma, «la conducta delictiva no surge como un medio ineludible para salvar la vida del receptor, sino que constituyó una vía paralela al procedimiento legal de sanidad para, fundamentalmente, endosar los riesgos a terceros que estaban compelidos económicamente para aceptarlos». En tanto que la «inevitabilidad de tener que recurrir al comportamiento típico no es un requisito periférico», sino un elemento esencial del estado de necesidad, no solo no sería de aplicación la eximente completa del art. 20.5.º CP, sino tampoco la incompleta del art. 21.1.ª CP al no estar «ante un supuesto en el que se conserve el núcleo de la causa de exención y solo falte algún requisito secundario». Repárese que, en este punto, el Tribunal Supremo utiliza un argumento paradigmático (e interno) para con la aplicabilidad del estado de necesidad agresivo: la noción de subsidiariedad. Al respecto, la idea es comúnmente conocida: la afectación de los bienes jurídicos de un tercero en una situación de necesidad solo es posible en caso de que se hayan agotado las vías institucionales que ofrece el ordenamiento para superar esa misma necesidad[6]. Sobre la compatibilidad, semejanzas y diferencias entre la idea antedicha y el denominado efecto oclusivo volveré más adelante en el texto.

2. En cuanto a la procedencia de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP, el Tribunal Supremo recorre también un camino argumentativo desfavorable a los intereses de los recurrentes. Al respecto, la resolución aclara que «[l]a atenuante analógica no constituye una cláusula general de equidad ni permite al Tribunal crear reducciones de responsabilidad desligadas del sistema legal de atenuantes». Por el contrario, para con su apreciación, se exige una «identidad de razón con alguna de las circunstancias previstas». Aplicando la idea al caso, el Tribunal Supremo indica que «la angustia derivada de la enfermedad de un familiar puede explicar el móvil de la conducta, pero no reduce aquí de forma jurídicamente apreciable la exigibilidad de abstenerse de captar donantes vulnerables mediante precio, promesa o recompensa» de tal manera que «[l]a relación familiar invocada no transforma en atípico, justificado, excusado o

[6] Ampliamente, ROBLES PLANAS, «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (11-22), 2016, pp. 716 ss.; COCA VILA, «Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad: una crítica desde los postulados democrático-legalistas», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento. Análisis de los problemas fundamentales del Derecho penal y la criminología contemporáneos a la luz de la obra de Alfonso Reyes Echandía*, 2022, pp. 562 ss.

atenuado un comportamiento dirigido a obtener un órgano principal al margen de las garantías que precisamente tutelan al donante y a la credibilidad del sistema público de trasplantes».

3. Finalmente, en lo que al art. 156 bis 3 CP se refiere, la sentencia indica que la regla en cuestión positiviza «una ponderación legislativa particularmente intensa» que refleja que «el legislador ya ha tomado en consideración la singular posición de quien padece la enfermedad». Este juicio particular, prosigue el tribunal, solo afectaría al receptor del órgano y «no puede proyectarse automáticamente sobre otros partícipes que promuevan, favorezcan o faciliten la captación de donantes». Sobre su posible efecto oclusivo, la sentencia considera *prima facie* que la atenuante indicada «no excluye dogmáticamente, en toda hipótesis concebible, la operatividad de las causas generales de exención o atenuación de la responsabilidad penal reflejadas en la parte general». No obstante, acto seguido añade que la eventualidad de aplicar los arts. 20.5.º y 21.1.ª CP puede anularse en caso de que «la razón de la institución invocada resulte incompatible con la propia configuración típica o con la opción legislativa que la norma expresa». Por tanto, en lo que alcanzo, la posibilidad de tener en consideración a efectos penológicos (amplios) la especial situación personal del receptor del órgano solo podría canalizarse a través del art. 156 bis 3 CP, pues esta constituiría precisamente la «opción legislativa» de la norma. Consiguientemente, esta coyuntura solo podría proyectarse en forma de atenuante cuyos efectos penológicos se limitarían al receptor del órgano, excluyendo con ello a los demás intervinientes en el delito.

3. Delimitando el problema: conflicto y (anti)juridicidad

Como siempre, la comodidad de cualquier comentario de jurisprudencia me permite esgrimir alguna consideración crítica sobre la sentencia y plantear una solución (quizás no en el fondo, pero sí en la forma) distinta. Así pues, si «el legislador ya ha tomado en consideración la singular posición de quien padece la enfermedad» en el contexto de un precepto penal que (en palabras de la Audiencia Provincial) «efectúa una ponderación específica de los bienes en conflicto», cabe preguntarse por qué el Tribunal Supremo aborda materialmente el primero de los dos problemas antedichos (la eximente completa o incompleta de estado de necesidad). Ello se podría haber descartado con base en la misma argumentación que esgrime el alto tribunal en la propia sentencia (aunque más explícita en la de la Audiencia Provincial): el art. 156 bis 3 CP *qua* juicio atenuante específico de la Parte Especial circunscrito al receptor del órgano ocluiría (cerraría) la posibilidad tanto de aplicar las reglas eximentes de la Parte General como de extenderlas al resto de intervinientes (p.ej., al transportista o al cirujano) cuando estas se fundamentaran en la especial situación de necesidad del receptor.

En realidad, estimo que el Tribunal Supremo entremezcla dos planos distintos. Por un lado (*supra* 1), una cuestión de ponderación genérica de la causa de justificación de estado de necesidad teniendo en cuenta la noción de subsidiariedad. Según lo dicho, el art. 20.5.º CP no sería de aplicación al caso de autos porque el ordenamiento jurídico ya ofrece un cauce legal para superar la situación de necesidad que subyace al conflicto (*lógica de la subsidiariedad*). Por el otro (*supra* 3), una cuestión de ponderación específica de la legislación extrapenal (y penal) sobre donación (y tráfico) de órganos y su efecto oclusivo con respecto a las reglas generales de justificación. Según lo dicho, esta legislación y el art. 156 bis CP cerrarían el paso a la aplicación de la causa genérica de estado de necesidad (*lógica del efecto oclusivo*). Entiendo que ambos planos difieren en su contenido y responden (me reitero) a *lógicas* distintas, lo que repercute en

la comprensión de la operatividad tanto de la atenuante del art. 156 bis 3 CP (aplicable al receptor) como de la de análoga significación del art. 21.7.ª CP (aplicable *a priori* a los demás intervinientes). Para ver estos efectos, sin embargo, considero importante entender el papel que desempeña una causa de justificación en la arquitectura analítico-axiológica de la teoría del delito. Solo luego podrá analizarse su relación con todos los preceptos legales aquí en disputa (arts. 20.5.º, 21.1.ª, 21.7.ª y 156 bis 3 CP).

El punto de partida es el siguiente: al caso de autos subyace un conflicto entre el interés vital de *Z* y el interés en la integridad física y la dignidad de un eventual donante (y otros intereses generales, como la equidad en el acceso al sistema público de trasplantes). Creo que esta composición puede visualizarse mejor con un ejemplo extremo: imagínese que, en el marco de una guerra, el soldado *X* necesita urgentemente un órgano para sobrevivir tras ser lesionado de gravedad (permitirá el lector que suspenda momentáneamente la plausibilidad médica de un supuesto de estas características). Para con este fin, *X* extrae el órgano en cuestión de *W*, quien se encuentra malherido y en estado de inconsciencia en el hospital de campaña (valga como variable el hecho de que *W* haya fallecido). La cuestión es evidente: ¿está justificado que *X* extraiga el órgano de *W*? Mejor: ¿tiene *X* un derecho a extraer el órgano configurando con ello un deber de tolerancia por parte de *W* y de terceros presentes en la escena? La conflictividad del supuesto se explica por el carácter dual de la conducta lesiva: al extraer el órgano, *X* salva su vida en detrimento de la integridad física (y dignidad) de *W*. Pues bien, si las causas de justificación se refieren a este tipo de esquemas duales, esto quiere decir que estas se proyectan sobre «un conflicto que debe resolverse evaluando lo que está en juego», esto es, *ponderando*[7].

En efecto, las reglas generales de justificación sirven para resolver los conflictos que pudieran generarse a raíz de la realización de una conducta típicamente desaprobada y la consiguiente afectación de los intereses de un tercero. El objeto de la justificación es, como decía, una *actio duplex*[8]. Y es en este contexto en el que deben entenderse circunscritos los arts. 20.4.º y 5.º CP. Con su aplicación, el conflicto se solucionará obligando a que una de las dos partes sacrifique (total o parcialmente) sus intereses en favor de la salvaguarda de los del otro. En última instancia, por tanto, las reglas de justificación permiten identificar al sujeto que «debe asumir tal sacrificio por ser preferentemente competente»[9] y obligan a terceros a no interferir en esta estructuración normativa de las posiciones jurídicas. A estas obligaciones se las denomina deberes de tolerancia[10]. Dependiendo de sus particularidades, la lógica que tomará la resolución del conflicto podrá ser, bien la del estado de necesidad agresivo, bien la del estado de necesidad defensivo, bien la de la legítima defensa.

---

[7] MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (n.º extraordinario 1), 2000, p. 208.

[8] BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1998, p. 17.

[9] ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 105.

[10] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El concurso de causas de justificación: una aproximación», en CARBONELL MATEU (dir.)/MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, 2008, p. 156: «[e]l hecho de que una conducta se encuentre amparada por una causa de justificación supone, en efecto, que el ordenamiento impone al tercero la obligación de soportarla, privándole de la posibilidad de interponer defensa frente a ella en la medida en que no se encuentre ya ante una conducta constitutiva de una agresión ilegítima». Diametralmente en contra de la centralidad (penal) de esta supuesta entidad deóntica, considerándola innecesaria en la construcción de la licitud/ilicitud de una conducta, PANTALEÓN DÍAZ, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75), 2022, pp. 630 ss.

Todas estas tres estructuras se cobijan bajo el *topos* comúnmente señalado como «justificación de una conducta» o «antijuridicidad». Ello debe relacionarse, en palabras de FERNÁNDEZ PERALES, con el «plano de la determinación de posiciones jurídicas –derechos y deberes de tolerancia correlativos–»[11]. En última instancia, por tanto, lo que concierne al denominado «juicio de antijuridicidad» es la posibilidad o no de declarar la existencia de un derecho (a defenderse o de necesidad) y, en su caso, un correlativo deber de tolerancia[12]. Y ello, siguiendo al autor referido, constituiría una decisión axiológicamente distinta a la estrictamente penal del merecimiento de sanción[13]. Ambos juicios supondrían, en consecuencia, parcelas valorativamente disímiles: en una se analizaría si el agresor tiene un derecho y el agredido (y otros terceros) un deber de tolerar tal agresión como cuestión general de Derecho[14]; en otra, si el agresor es o no merecedor de pena con base en la teleología propia del Derecho penal[15]. De asumirse estas ideas (y me alejo en este punto del autor antedicho) considero adecuado concluir con una parte de la doctrina que cabe configurar una correlación «derecho – deber de tolerancia» (fijar las posiciones jurídicas de los involucrados en el conflicto) con respecto a una conducta merecedora de pena. Así lo ha defendido explícitamente PAWLIK, para quien sería perfectamente posible castigar un comportamiento que el afectado tenía el deber de tolerar[16].

Repárese como ejemplo de lo anterior en el problema del elemento subjetivo en las causas de justificación. Si entendemos que la estructuración de las posiciones jurídicas debe realizarse con arreglo a criterios estrictamente objetivos, de tal forma que la representación subjetiva del afectado sobre la tenencia de un derecho de defensa o necesidad es irrelevante para con aquella asignación de derechos[17], se puede afirmar que quien mata a alguien en una situación objetiva de legítima defensa sin saber que concurre esta circunstancia dispone de un derecho a realizar dicha conducta típica. Consiguientemente, la persona agredida tiene el deber de tolerarla. Y nada de lo anterior impide desaprobar penalmente la conducta de quien se ha defendido en caso de que se entienda que la ausencia de este elemento subjetivo constituye una razón para que dicho agente merezca pena. La incongruencia objetivo-subjetiva en lo que la situación de

[11] FERNÁNDEZ PERALES, «Sobre la naturaleza de las causas de justificación a la vista de la discusión acerca de la exigencia de un elemento subjetivo», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 54 s.

[12] FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, p. 29.

[13] Ampliamente, FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 29 ss.; EL MISMO, «Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa "*illicita in causa*"). Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2024, pp. 686 s.

[14] FERNÁNDEZ PERALES, «El efecto oclusivo sobre el estado de necesidad y las restricciones de la legítima defensa: problemas de legalidad en la interpretación de las causas de justificación a propósito de las acciones de protesta por el clima», en prensa, 2026, p. 8.

[15] FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, p. 54.

[16] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 206 s. En contra, FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 42, 56, para quien la estructuración de las posiciones jurídicas (en su esquema, «antijuridicidad objetiva») es un paso, no solo previo, sino también condicionante del estricto juicio de culpabilidad (en su esquema, «antinormatividad») y de merecimiento de pena (en su esquema, «injusto penal»): solo en caso de que no concurran los presupuestos de una causa de justificación podrá afirmarse la antijuridicidad objetiva de la conducta para, acto seguido, valorar su antinormatividad y merecimiento de sanción penal. De lo contrario, se asumiría «una incongruencia valorativa patente» al asignarse «un derecho a realizar una acción punible» (FERNÁNDEZ PERALES, en prensa, 2026, p. 12). Por tanto, la diferencia axiológica también repercutiría en el «orden de los factores» (en la terminología clásica: la antijuridicidad antes de la tipicidad), pues «al ubicar las causas de justificación tras el juicio de tipicidad –de naturaleza teleológico-penal–, el juicio de justificación se ve inevitablemente condicionado, pues el juicio de tipicidad no es un juicio *prima facie* meramente epistémico, sino normativo» (FERNÁNDEZ PERALES, en prensa, 2026, p. 12).

[17] Así, FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 55 s.

defensa se refiere permitiría castigar al detentador del derecho a defenderse por una tentativa inidónea de delito[18]. Por su parte, la relevancia penal de esta conducta no podrá ser alegada por el agredido para justificar un supuesto derecho a defenderse suspensivo de su deber primario de tolerancia frente a quien le agrede no siendo consciente de la situación justificante. Nuevamente, la estructuración de las posiciones jurídicas constituye una operación distinta a la del estricto merecimiento de pena.

> Aunque no de forma explícita, la distinción tajante entre «asignación de posiciones jurídicas» y «desaprobación estrictamente penal de conductas» defendida por FERNÁNDEZ PERALES da cuenta, a mi parecer, de una idea muy relevante: la acción estatal frente al comportamiento criminal no es exclusivamente punitiva, pues esta puede tomar múltiples dimensiones adicionales y distintas entre sí. De este modo, la conducta antisocial como fenómeno y todas sus implicaciones pueden abordarse, no solo castigando, sino también previniendo (allí las medidas de seguridad), restituyendo (allí la responsabilidad civil derivada del delito), restaurando a las víctimas o, importante aquí, *justificando* (mejor: decidiendo si y en qué medida la lesión inherente a la conducta *a priori* antisocial debe ser tolerada). El delito *qua* perturbación antijurídica típicamente abarcada e imputable personalmente a un sujeto, catalizador de la reacción punitiva, demanda de unos presupuestos vinculados al conjunto de principios que informan la asignación de un deber de soportar la pena (legalidad, culpabilidad, etc.) que no tienen por qué coincidir con los que pudieran servir para fundamentar otro tipo de reacción estatal al crimen. La inercia a la hora de estructurar todas estas reacciones posibles (restaurativa, restitutoria o preventiva) tomando como punto de referencia la construcción dogmática del delito (lógica punitiva) puede acabar impregnando a aquellas (y, de hecho, las impregna) de la gramática propia del castigo, la cual responde a un *telos* muy determinado[19].

Sea como fuere, lo importante ahora es quedarse con la distinción: asignar posiciones jurídicas (correlación de derechos y deberes) constituye una valoración axiológicamente disímil a la de desaprobar penalmente una conducta con criterios de merecimiento y necesidad de pena. Dicho esto, procede contrastar esta distinción con las previsiones legales que alegaron los familiares de *Z* para eximir/atenuar sus respectivas penas. El objetivo es doble: por un lado, analizar en cuál de los dos ámbitos afecta cada uno de estos preceptos (en otras palabras, ¿asignan posiciones jurídicas –derechos y deberes de tolerancia– o influyen en el proceso de desaprobación estrictamente penal de conductas?); por el otro, ver el impacto concreto que estas previsiones legales pudieran tener en el caso de autos. Al efecto, parto del conflicto en comento (intereses del necesitado vs. intereses del donante) y planteo un análisis doble nivel. Primero, explorar cómo asigna el Derecho las posiciones jurídicas (derechos y deberes) de los implicados en el conflicto subyacente a la donación de órganos (*primer nivel de análisis*). Segundo, allende lo anterior, ver si alguna de las características de este conflicto latente puede tenerse en consideración en el momento de desaprobar penalmente las conductas de los distintos intervinientes con base en criterios de merecimiento y necesidad de pena (*segundo nivel de análisis*).

---

[18] Así, entre muchos otros, MOLINA FERNÁNDEZ, «Causas de justificación», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 1737.

[19] Así, el «carácter subjetivo que tiene el juicio de fundamentación del injusto –de desvalor típico–» con respecto al juicio objetivo de justificación (FERNÁNDEZ PERALES, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, p. 32) o el fundamento culpabilístico del delito en relación con la lógica de (mero) «reparto eficiente de cargas» de la responsabilidad civil extracontractual. Otra cosa distinta es que el condicionamiento a los presupuestos de la reacción punitiva de una respuesta estatal distinta al castigo se justifique por una razón inherente a la lógica de esta misma respuesta (p.ej., la limitación de las medidas de seguridad a las de carácter post-delictual ex art. 6 CP).

4. La asignación de posiciones jurídicas

El conflicto inherente al caso en comento podría solucionarse *prima facie* a través de la lógica interna del estado de necesidad. A ello parece referirse la regla del art. 20.5.º CP cuando permite excluir la pena a quien «para evitar un mal propio o ajeno [aquí, *Z* y sus familiares] lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber [aquí, el art. 156 bis CP]». Sin embargo, tanto la resolución de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo apuntan a una conclusión diametralmente opuesta: el art. 20.5.º CP no se podría aplicar al caso en la medida en que el legislador ya habría ofrecido una respuesta al conflicto a este subyacente a través de la legislación en materia de trasplante de órganos. Si el objetivo ahora es observar cómo se asignan las posiciones jurídicas de todos los implicados en el conflicto aquí comentado, cabe por tanto analizar si es cierto o no que esta legislación específica *ocluye* la posibilidad de acudir a la regla general de estado de necesidad. Al efecto, sin embargo, hay que despejar antes la siguiente incógnita: ¿qué es realmente el efecto oclusivo?

4.1. El efecto oclusivo

Con arreglo a las cláusulas generales de justificación, la decisión última sobre la estructuración de las distintas posiciones jurídicas se resolverá siempre en el caso concreto en atención a las características específicas del supuesto. Ciertamente, aquellas, dada su amplitud, pueden referirse a múltiples colisiones de intereses. El problema, no obstante, es que de situaciones conflictivas hay muchas y su resolución jurídica no depende siempre de la identificación de una regla aplicable *ad casum* con la que el juzgador condense una específica ponderación efectuada con base en las reglas generales. Una tesitura tal ofrecería al aplicador del Derecho la potestad de resolver todo tipo de conflicto a la luz de una cláusula general lo suficientemente amplia como para dar cabida a cualquier tipología de colisión de intereses (desde el aborto a la eutanasia, pasando por el mismo tráfico de órganos). Y es evidente que esto no es así: son muchos los conflictos cuya resolución depende, por las razones que sean y amén de las reglas generales, de una norma especial. En estos casos, el legislador se arroga la decisión sobre la competencia preferente de los titulares de los intereses en conflicto, efectuando él mismo una ponderación específica al subrogarse en la posición que pudiera ocupar el juzgador en ausencia de esta regla especial[20]. Ocurre en multitud de ocasiones: en la regulación de la eutanasia, en la institucionalización del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o en la prohibición de la tortura[21].

Para con el respeto y correcto funcionamiento de esta lógica, estoy de acuerdo con una parte importante de la doctrina cuando defiende que la existencia de estas normas especiales *ocluye* (cierra) la posibilidad de acudir a las disposiciones generales sobre justificación[22]. Así pues, «la resolución definitiva del conflicto» no se produce a través de una ponderación *in casum*, sino mediante «el establecimiento de una regla basada en una decisión estatal»[23]. Solo a través de

[20] Taxativo al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (n.º extraordinario 1), 2000, p. 241.

[21] COCA VILA, «El empleo (debido) de la fuerza letal policial en el ordenamiento jurídico español: una aproximación dogmática», *e-Eguzkilore. Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa*, (8), 2022, pp. 9 s.

[22] Por todos, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, p. 91: «la intención del legislador de resolver un determinado conflicto *con efecto excluyente u oclusivo respecto de otras posibles soluciones a las que pudiera eventualmente llegarse en virtud de las causas de justificación genérica*» (con cursivas en el original).

[23] FERNÁNDEZ PERALES, en prensa, 2026, p. 4.

este efecto oclusivo es posible ofrecer una preeminencia a la voluntad del legislador a la hora de resolver determinados conflictos de forma específica *qua* síntesis (siquiera ideal) de un proceso político democrático.

> Lo ilustro con el siguiente ejemplo: si el legislador ha querido «zanjar» el conflicto que genera el fenómeno del aborto concediendo a la mujer un derecho a interrumpir su embarazo dentro de los plazos y condiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo; el juez no puede traer a colación la regla general del estado de necesidad ex art. 20.5.º CP para justificar la conducta del padre que impide abortar a la titular del derecho para salvar la viabilidad del feto[24]. La decisión estatal (avalada por el Tribunal Constitucional) sobre las posiciones jurídicas era otra: la mujer tiene un derecho a abortar con su correlativo deber de tolerancia por parte de terceros[25]. En cambio, si la titular del derecho decidiera interrumpir voluntariamente su embarazo fuera de las condiciones temporales o materiales de la Ley Orgánica antedicha (p.ej., una semana antes del parto por un motivo ajeno a su salud vital), esta no podría alegar un estado de necesidad: la regulación específica ya había cerrado nuevamente la cuestión al no conceder un derecho a la mujer en estas circunstancias. La norma especial que regula la materia «expresa ya la solución que el legislador ha querido otorgar a ese concreto conflicto»[26].

Por todo lo dicho, el axioma es el siguiente: la concurrencia de una resolución específica del conflicto impide aplicar el estado de necesidad, de tal forma que si aquel se ha resuelto en favor de *A* en lugar de *B*, este último no podrá alegar el art. 20.5.º CP en detrimento del primero.

Llegados a este punto, cabe reparar en una última cuestión. Decía *ut supra* que el Tribunal Supremo acudió a la noción de subsidiariedad (= agotamiento de los canales institucionales) para descartar la aplicación de la eximente de estado de necesidad en el caso en comento. No obstante, conviene precisar la distinción entre la idea de *subsidiariedad* y la de *oclusión*. En palabras de FERNÁNDEZ PERALES, la noción de subsidiariedad «refiere solamente la prioridad de la vía institucional para solucionar el conflicto propio de la situación de justificación»; en cambio, el efecto oclusivo «refiere la solución definitiva del conflicto con el establecimiento de una regla basada en una decisión estatal, que imposibilita la aplicación de causas de justificación por hacer lícita la acción que, según dicha regla, es ilícita»[27]. De este modo, mientras el efecto oclusivo determina qué norma debe aplicarse (de existir, la específica; de no existir, la genérica) para resolver un conflicto distribuyendo las posiciones jurídicas de los sujetos implicados; la subsidiariedad es un requisito interno del propio estado de necesidad, por lo que solo puede traerse a colación cuando la regla con la que se decida el conflicto sea, precisamente, la del art. 20.5.º CP. En otras palabras: el estado de necesidad no es subsidiario a aquella legislación (penal o extrapenal) que pudiera existir en cuanto a la resolución del

[24] Sin embargo, véase SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 19/92.

[25] Como indica TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, p. 91, «carecería de toda lógica que el legislador hubiera considerado necesario pronunciarse expresamente sobre la respuesta que en el plano del juicio de antijuridicidad quiere conceder a una determinada situación conflictiva (pronunciamientos que a mi entender suelen obedecer a consideraciones de seguridad jurídica ya mencionadas) y que tal cosa se hiciera dejando la puerta abierta al juez para que, en el marco de normas justificantes menos precisas, realizase su propia ponderación de los intereses en conflicto prescindiendo de los requisitos fijados por la norma más específica, todo lo cual redundaría en la total inutilidad de esta última y en la consiguiente vulneración del principio de vigencia».

[26] TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, p. 107, añadiendo que «a la hora de enjuiciar el amparo de un hecho típico por una justificante genérica han de respetarse las decisiones valorativas del legislador plasmadas en otras normas».

[27] FERNÁNDEZ PERALES, en prensa, 2026, p. 4.

conflicto se refiere, sino solo «a los procedimientos institucionales de neutralización de peligros»[28].

> Así, mientras la legislación sobre el aborto ocluye (*excluye*) la aplicación del estado de necesidad; las instituciones asistenciales (caso del hurto famélico) no sustituyen (*no excluyen*) la regla del estado de necesidad, sino que constituyen una de las alternativas cuya existencia debe valorarse precisamente al aplicar el requisito de la subsidiariedad, inherente a la regla resolutiva del art. 20.5.º CP[29].

En estos términos, la pregunta a plantearse es la siguiente: la legislación extrapenal (y penal) sobre donación (y tráfico) de órganos, ¿ocluye la aplicación del estado de necesidad ex art. 20.5.º CP (*lógica del efecto oclusivo*) o su agotamiento constituye un requisito para asignar un derecho de necesidad con su correspondiente deber de tolerancia a la persona requerida de un trasplante (*lógica de la subsidiariedad*)?

4.2. La resolución del conflicto que subyace al trasplante de órganos

Sin perjuicio de haber sido desbrozado muy inteligentemente por diferentes voces de entre la doctrina[30], el art. 156 bis CP es prácticamente un completo desconocido en la teoría y la práctica del Derecho penal. A ello no ayuda que la aplicación de este delito se haya planteado en contadas ocasiones[31]. Lejos de existir indicios de una elevada cifra negra, lo cierto es que su irrelevancia práctica se puede explicar por el buen funcionamiento y éxito del Sistema Nacional de Trasplantes. La existencia de procedimientos seguros de acceso, orientados a garantizar los derechos de donantes y receptores, evita que las personas interesadas acudan a canales extraoficiales. Es más, los pocos casos que han llegado a los tribunales distan de parecerse a lo que el imaginario popular podría concebir como «tráfico de órganos»: un trasplante llevado a cabo en el contexto de la trata de seres humanos. En España, los supuestos que han merecido la atención responden más bien al siguiente esquema, idéntico al del caso de autos: se intenta acelerar un trasplante de donante vivo mediante una donación dirigida aludiendo a una supuesta (y evidentemente inexistente) relación familiar o de amistad entre el receptor y un donante en situación de vulnerabilidad. Todos los casos conocidos terminaron siendo detectados antes de que llegara a realizarse el trasplante, gracias a la combinación de denuncias externas y de los controles propios del sistema.

Sea como fuere, es común entender que el art. 156 bis CP proyecta la tutela jurídico-penal requerida por el Sistema Nacional de Trasplantes. Su protección asegura la viabilidad y credibilidad del propio sistema a través del refuerzo de dos de sus pilares fundamentales: (i) el

---

[28] Robles Planas, *Polít. Crim.*, (11-22), 2016, p. 713.

[29] Desde la perspectiva de la ocupación pacífica de vivienda, véase Coca Vila, en Orozco López/Reyes Alvarado/Ruiz López (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, pp. 562 s.: «el agente que conjura un mal superior al que ocasiona con su acción necesaria no actuará de forma justificada si con ello se aparta de la solución legal o procedimental dispuesta por el legislador democrático al conflicto. Su injerencia, en suma, no sería (abstractamente) necesaria en el sentido requerido por el art. 20.5 CP».

[30] Destacan Moya Guillem, *La protección jurídica frente al tráfico de órganos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*, 2018, pp. 197 ss.; Felip i Saborit, «Tráfico de órganos», en Molina Fernández (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 7471 ss.

[31] STS 857/2021, Penal, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4161); SSAP Valencia, Sección 2.ª, 174/2023, de 24 de marzo (ECLI:ES:APV:2023:253), y SAP Barcelona, Sección 7.ª, 8032/2016, de 13 de octubre (ECLI:ES:APB:2016:8032).

carácter libre, informado y expreso del consentimiento del donante (art. 156 bis 1.a) 1.ª CP) y (ii) la equidad en el acceso y el carácter gratuito y altruista de la donación (art. 156 bis 1.a) 2.ª y 3.ª CP)[32]. A través de estos (y otros) principios, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción de órganos, intenta dar cuenta (y superar) tres realidades importantes: (i) la escasez de órganos frente a la necesidad de trasplantes (de allí la salvaguarda de la equidad en el acceso), (ii) la tensión entre la autonomía individual y el interés colectivo (de allí la existencia de mecanismos que pretenden asegurar el consentimiento libre e informado del donante) y (iii) la posible mercantilización del cuerpo humano (de allí la necesidad de que la donación sea gratuita).

Con ello, el Sistema Nacional de Trasplantes estructura las posiciones jurídicas de los implicados en el conflicto (derechos y deberes de tolerancia) de forma definitiva, cerrando el paso a la posibilidad de alegar un estado de necesidad (*lógica del efecto oclusivo*)[33]. Efectivamente, el eventual receptor de un órgano solo dispondrá de un derecho jurídicamente protegido al efecto en caso de que se cumplan (formal y materialmente) todos los requerimientos con los que el ordenamiento jurídico pretende superar los problemas antedichos. Fuera de este marco regulatorio, no hay derecho posible, pues la decisión estatal ha «zanjado» el conflicto (permítase: «póngase a la cola y espere»). Por tanto, es esta regulación especial y no la del estado de necesidad ex art. 20.5.º CP la que determina las distintas posiciones jurídicas y, por tanto, la que da una solución específica al conflicto subyacente a la donación y extracción de órganos por causas de necesidad médica.

En todo caso, para que esta regla especial pueda ser de aplicación, será necesario que el supuesto de autos constituya «el tipo de conflicto que pretendía el legislador resolver», pues «[e]l efecto oclusivo sólo se proyecta sobre aquellas situaciones que se tuvieron en cuenta para la ponderación, pero no sobre otras que presenten elementos de juicio no ponderados»[34]. Pues bien, si lo que pretende resolver esta legislación específica es el conflicto entre el interés del receptor y determinados intereses individuales (integridad física y consentimiento del donante) y/o generales (acceso equitativo, etc.), puede afirmarse que, en el supuesto objeto de este comentario, el juzgador no puede acudir a la regla general de estado de necesidad para convertir en lícito («*Z* tiene un derecho al trasplante de *E*, por lo que sus familiares pueden ayudarlo al respecto») algo ilícito («*Z* no tiene un derecho al trasplante de *E*, por lo que sus familiares no pueden ayudarlo al respecto»).

[32] Así las cosas y con independencia de su ubicación sistemática, no puede entenderse que el precepto en cuestión proteja la integridad física del donante: su tutela está perfectamente cubierta por los arts. 147 ss. CP y tampoco se exige que el órgano provenga de un donante vivo (art. 156 bis 1.a) 2.ª CP). Sin embargo, una parte de la doctrina y la propia sentencia que es objeto de este comentario han defendido la necesidad de añadir a la ecuación, no tanto la protección de la integridad física de los donantes, como su (por lo general) condición de vulnerabilidad económica y vital. Ello permitiría diferenciar el ilícito penal de la simple infracción administrativa, pues no se trata únicamente de una irregularidad médica, sino de un quebranto de los «presupuestos estructurales del sistema de trasplantes» (FJ 4.4). En la doctrina, FELIP I SABORIT, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 7481.

[33] En contra, FELIP I SABORIT, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 7485, considerando que la existencia de este precepto «no empece para que en algunas situaciones extremas sean aplicables directamente eximentes completas del art. 20 CP acabadas de mencionar [estado de necesidad y miedo insuperable]; o que, en calidad de eximente, completa o incompleta, atenuante analógica o de parentesco, puedan beneficiar a los allegados del enfermo involucrados en la conducta típica».

[34] MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (n.º extraordinario 1), 2000, p. 236.

> Si el conflicto que alegaran los familiares, el propio *Z* u otros intervinientes en el delito se alejara de este paradigma (interés del receptor *vs*. interés del donante), dicho conflicto quedaría extramuros del ámbito de aplicación de la ley especial, por lo que la regla aplicable sí podría constituirla la del estado de necesidad (imagínese que uno de los intervinientes decide participar en el hecho antijurídico motivado por la amenaza real de una organización criminal de matar a su hija).

5. El merecimiento de pena

Nada de lo anterior impide que, en el momento de desaprobar penalmente la conducta ilícita de *Z* y de sus familiares, puedan tenerse en consideración las circunstancias del supuesto de hecho para, de ser el caso, atenuar la pena merecida por la realización de las conductas típicas del art. 156 bis CP. Ello, sin embargo, ya no es una cuestión de asignación de posiciones jurídicas (si se prefiere, de *antijuridicidad*) sino de merecimiento y necesidad de pena (si se prefiere, de *tipicidad culpable*). Abordo esta última posibilidad a través de las dos atenuantes alegadas por los recurrentes: la del art. 156 bis 3 CP y la analógica del art. 21.7.ª CP.

5.1. La atenuante del art. 156 bis 3 CP

La circunstancia atenuante del art. 156 bis 3 CP establece:

> «Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable».

A mi parecer, este precepto legal configura la siguiente estructura: asignadas las posiciones jurídicas (*antijuridicidad*), en caso de que el receptor intervenga en el tráfico de órganos realizando una de las múltiples conductas típicas señaladas por el art. 156 bis CP (*tipicidad*), el juzgador podrá tener en cuenta aquellas «circunstancias del hecho y del culpable» que pudieran fundamentar una aminoración de su *quantum* de pena. El hecho de que este apdo. 3 limite la atenuante al receptor del órgano tiene una *explicación* clara y una *consecuencia* evidente:

En cuanto a la *explicación*: la especial posición que ocupa el receptor en la cadena sucesiva de actos idóneos para paliar su necesidad (desde la captación al uso del órgano extraído) motiva que determinadas circunstancias puedan tenerse en consideración, no solo para determinar la pena en concreto dentro del margen establecido por el delito en cuestión, sino para atenuarla en uno o dos grados. Si bien la necesidad vital del eventual receptor no puede justificar una lesión a la integridad física y dignidad de un eventual donante, sí puede tenerse en consideración para remarcar, en el marco de la multiplicidad de intervinientes que concurrirán en el tráfico de órganos, la especial posición personal de aquel[35].

En cuanto a la *consecuencia*: la repercusión penológica atenuante de estas «circunstancias del hecho y del culpable» se limitará a la figura del receptor, pues solo en él concurren las características personales que fundamentan la existencia de esta modulación penológica. Sin embargo, ello no impide que, a la hora de determinar la pena de los demás intervinientes, el

[35] Castro Moreno, «Los delitos de tráfico de órganos», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, (152), 2021, pp. 14 s.; Felip i Saborit, en Molina Fernández (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 7485, señalando «la excepcionalidad de la situación en la que se suelen encontrar los enfermos».

juzgador pueda tener en consideración las «circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho» (art. 66.1.6.ª CP), aunque sin efectos atenuantes, por lo que su relevancia queda ceñida únicamente a la determinación exacta de la extensión de la pena dentro del marco establecido por el art. 156 bis CP.

Con esto claro, conviene ahora reparar en el contenido de las circunstancias a las que alude esta regla atenuante:

1. *Circunstancias del hecho*: la posibilidad de atenuar la pena del receptor del órgano puede basarse en aquellos datos objetivos relativos a la concreta ejecución del delito que den fe de un merecimiento o necesidad de pena menor. Son múltiples: (i) la entidad objetiva del episodio de tráfico (no es lo mismo un hecho aislado que una operación organizada); (ii) el grado de desarrollo del delito (en un tipo en el que, de conformidad con la doctrina, se adelantan tanto las barreras de protección del bien jurídico, la afectación a los intereses protegidos no será la misma en la fase de captación que en la de la efectiva extracción); (iii) la forma concreta de obtención del órgano (aquí pueden distinguirse los supuestos de explotación especialmente intensa de personas vulnerables con aquellos de menor gravedad objetiva); (iv) las particularidades del procedimiento legal de obtención del órgano por parte del específico receptor (p.ej., la existencia de una lista de espera considerablemente mayor a la que garantiza normalmente el Sistema Nacional de Trasplantes); o (v) la posición objetiva del receptor en la configuración del hecho antijurídico (esto es, el *quantum* de intervención del sujeto)[36].

> Con respecto a la circunstancia (v), cabe efectuar el siguiente *excursus*: la amplitud típica del delito de tráfico de órganos ha llevado a la doctrina a entender que el tipo en cuestión configura un concepto unitario de autor[37]. De esta manera, cualquier conducta que, en los términos establecidos por el art. 156 bis CP, contribuya al tráfico de órganos recibirá un tratamiento penológico unitario. Siguiendo esta lógica, la doctrina entiende que resultará extraordinario apreciar conductas accesorias de participación diferenciadas de aquellas que realizan el tipo (autoría) como paso previo, en su caso, a la aplicación de la regla de determinación de la pena del art. 63 CP. Sin embargo, frente a esta línea doctrinal consolidada, entiendo que existen razones para no excluir la posibilidad de identificar «partícipes» en la construcción del hecho típico del delito del art. 156 bis CP y (lo que es realmente importante) atenuar la pena a aquellos sujetos cuya contribución pudiera merecer el calificativo de complicidad (arts. 29 y 63 CP). Así pues, considero que en este punto la doctrina confunde dos niveles de análisis distintos: por un lado, la configuración del hecho antijurídico a través de la conjunción coordinada de múltiples contribuciones típicamente desaprobadas; por el otro, la cuantificación individual de cada una de estas aportaciones al suceder ilícito.
>
> Desde esta perspectiva y en términos generales, la realización de cualquier tipo no queda circunscrita exclusivamente a quienes ostentan la condición de autores; también comprende a todos aquellos sujetos cuya actuación, objetivamente prohibida, se integra en la ejecución de un plan delictivo compartido y contribuye a la producción del hecho ilícito[38]. En consecuencia, la diferenciación entre autoría y complicidad no determina quién realiza el tipo, sino que responde a un plano analítico posterior orientado a valorar la entidad de la aportación de cada interviniente[39].

[36] Parecido, MOYA GUILLEM, *La protección jurídica frente al tráfico de órganos*, 2018, p. 303.

[37] FELIP I SABORIT, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 7483.

[38] ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal. Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (15-30), 2020, pp. 995, 999.

[39] ROBLES PLANAS, *Polít. Crim.*, (15-30), 2020, p. 1002.

> De este modo, mientras la autoría se sanciona con la pena prevista por el correspondiente tipo penal (arts. 28 y 61 CP), la complicidad recibe una respuesta punitiva atenuada (arts. 29 y 63 CP).
>
> En atención a lo anterior, entiendo que el art. 156 bis CP no amplía el círculo de autores. Por el contrario, este precepto extiende el ámbito de lo típico para alcanzar conductas que, con base en una redacción alternativa resultativista, podrían quedar excluidas de la configuración del hecho total. Por tanto, co-configurado este último a través de todos aquellos comportamientos típicamente señalados por el art. 156 bis CP (promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar), nada impide traer a colación las reglas de determinación de la pena aplicable a los casos de multiplicidad de intervinientes. Ciertamente, la existencia de estas últimas responde a la necesidad de graduar cuantitativamente el nivel de intensidad de las distintas contribuciones que hayan podido construir objetivamente el hecho prohibido (en este caso, el tráfico de órganos *lato sensu*) en atención a los principios de proporcionalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, en un supuesto de confluencia de múltiples intervenciones penalmente desaprobadas desde la perspectiva del tipo (póngase el caso: el transportista del órgano, su guardador, el cirujano, el receptor y el captador), sería perfectamente posible atribuir un *quantum* de pena a cada uno de los intervinientes acorde con el peso relativo de su aportación en la configuración colectiva del específico tráfico de órganos (siguiendo el caso: quizás el transportista merece la pena del cómplice mientras que el cirujano, la del autor).

2. *Circunstancias del culpable*: Tal y como indica FELIP I SABORIT, «los supuestos previstos en el art. 156 bis 3 CP serán situaciones de disminución de la exigibilidad de una conducta ajustada a Derecho atendida la situación motivacional anormal del sujeto, causa próxima, si no idéntica, al estado de necesidad exculpante (…) y, en menor medida, al miedo insuperable». En opinión de este autor, «[d]ado que esta exculpación incompleta se presentará en la mayoría de supuestos, el legislador ha optado por una previsión expresa»[40]. Efectivamente, la situación de angustia y necesidad vital permite presentar la conducta típica del receptor del órgano como algo *comprensible* (que no *justificado*), lo que permitirá (aunque no de forma automática) imponer la pena atenuada en uno o dos grados.

5.2. La atenuante analógica del art. 21.7.ª CP

Si bien el art. 156 bis 3 CP no es de aplicación a los demás intervinientes, de tal manera que *sus* «circunstancias del hecho y del culpable» solo podrán tenerse en consideración a la hora de determinar la extensión de la pena dentro del marco penológico instado por este delito; nada impide aplicarles las demás circunstancias atenuantes de la Parte General que responden a cuestiones de estricto merecimiento o necesidad de pena. En este apartado, me interesaré por aquella que plantearon con mayor énfasis los recurrentes: la atenuante analógica.

El argumento con el que aquellos intentaron fundamentar la aplicación del art. 21.7.ª CP descansaba «en la situación de riesgo vital de *Z*; en el vínculo familiar que le unía con él; en la finalidad de evitar su muerte; y en la afirmación de que no se invocó un estado de necesidad justificante, sino una reducción de culpabilidad». Pareciera, entonces, que cualquiera de estas circunstancias, conjunta o aisladamente consideradas, debería impactar sí o sí en la determinación de la pena de los condenados, a cuyos efectos serviría el art. 21.7.ª CP. De ser esta la idea sostenida por los recurrentes, la analogía establecida por este precepto se equipararía a una «*analogia iuris*»: entre el supuesto reglado y el que se pretende considerar análogo bastaría con que se diera «el mismo fundamento jurídico último, lo que remite a la

[40] FELIP I SABORIT, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 7485.

equidad, o a la justicia del caso»[41]. Con ello se daría cumplimiento a uno de los pasos lógicos de la estructura analógica, a saber, la identificación del motivo (jurídico) que «justifica que para el supuesto regulado se haya dado una determinada consecuencia jurídica que ahora se pretende hacer extensiva al caso no regulado»[42].

Sin embargo, la atenuante analógica no puede convertirse en una especie de «cajón de sastre» con el que proyectar aquellos elementos que, al parecer de un supuesto «juzgador virtuoso»[43], deberían impactar en el proceso de desaprobación del hecho y de su imputación al autor. Como indica MONTIEL, ello convertiría la analogía en una «estructura argumentativa prácticamente vacía que ofrece solamente un camuflaje "legal" al puro subjetivismo del juez»[44]. Por tanto, las referencias a la *poena naturalis*, la exclusión social o a las repercusiones de la sanción en el entorno del penado (por poner tres ejemplos comunes de reivindicación doctrinal como formas de atenuante analógica) pueden resultar motivos loables para intentar rebajar el componente aflictivo de la pena forense. Pero, por sí solas, no son razones jurídicas suficientes para impactar en un proceso de desaprobación e imputación que se sostiene, no en una regla abstracta de equidad, sino en el entramado de presupuestos (constitucionales y de Derecho positivo) que permiten presentar la pena como una respuesta legítima en atención a la identidad política del ordenamiento jurídico. Al efecto, falta un elemento fundamental: que estas razones, más allá de su nobleza, sean análogas a aquellos motivos que la comunidad política ha considerado relevantes para atenuar la pena y que no son otros que los establecidos en el art. 21 CP.

Lo anterior no es solo una entelequia retórica. El art. 4.1 CC establece que «[p]rocederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Si la analogía instada por el art. 21.7.ª CP no es distinta a la que establece el art. 4.1 CC como legislación supletoria (art. 4.2 CC), esto quiere decir que, para la aplicación de aquella, es necesario que el supuesto legalmente previsto (aquel al que se refiere cada una de las atenuantes «anteriores» del propio art. 21 CP[45]) y el que carece de una consecuencia jurídica explícita constituyan proyecciones de una misma «identidad de razón» [*eadem ratio decidendi*][46]. La referencia a esta expresión ha llevado a la doctrina civilista a entender que el art. 4.1 CC instituye una *analogia legis*, de tal forma que «se toma como premisa mayor del razonamiento jurídico únicamente una norma jurídica concreta» para poder afirmar o descartar que «existe la misma razón para decidir en el

[41] SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 28/36. En palabras de DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 11.ª ed., 2003, p. 181, la *analogia iuris*, «partiendo de una serie o de un conjunto de normas, trata de inducir de ellas un principio general del Derecho».

[42] MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, 2004, p. 167. Como indica DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 11.ª ed., 2003, p. 180, ello implica que la analogía exija «un cierto juicio de valor sobre la conveniencia de tal aplicación o, dicho de otro modo, un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso debe recibir o es justo que reciba, es la misma estatuida en la norma análoga».

[43] Como síntesis adecuada para alcanzar la concreción aristotélica de todo sistema legal a través de la *epiqueya*. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 6/20.

[44] MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2017, p. 36.

[45] POZUELO PÉREZ, «Los excesos interpretativos en la atenuante de análoga significación», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, v. I, 2022, pp. 839, 845.

[46] DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 11.ª ed., 2003, p. 182.

mismo sentido uno y otro supuesto»[47]. Para el caso del art. 21.7.ª CP: la razón cuya identidad debe regir la aplicación analógica al «supuesto no regulado» del tratamiento dispensado al «supuesto regulado» es la que fundamenta este mismo tratamiento específico. La «análoga significación», por tanto, solo puede determinarse comparando la circunstancia del supuesto de hecho que se pretende tener en consideración para atenuar la pena con una circunstancia atenuante concreta de las previstas en el art. 21 CP[48].

Con esto dicho, la pregunta es clara: el hecho de verse impelido a contribuir a un tráfico de órganos por la situación de necesidad vital de un familiar, ¿es una proyección de una razón de identidad análoga de las que fundamentan las distintas circunstancias atenuantes del art. 21 CP? Descartando, por ser obvio su disimilitud con cualesquiera de las características del caso de autos, las atenuantes de grave adicción (art. 21.2.ª CP), estado pasional (art. 21.3.ª CP), confesión (art. 21.4.ª CP) y reparación del daño (art. 21.5.ª CP), intento responder a la cuestión con la atenuante sobrante: la de dilaciones indebidas (art. 21.6.ª CP). Pues bien, siguiendo a PUENTE RODRÍGUEZ, entiendo que el fundamento de esta circunstancia reside «en la necesidad de compensar la causación de un daño indebido imputable al Estado»[49]. Esta razón de identidad podría proyectarse (de forma totalmente extraordinaria) en aquel supuesto en el que el Sistema Nacional de Trasplantes, por un problema coyuntural y una falta de previsión imputable a la Administración Pública, presentara retrasos desproporcionados que pudieran afectar a la sensación de bienestar y seguridad del receptor del órgano y, con ello, motivar a sus familiares a buscar una alternativa más rápida para superar y paliar el retraso.

6. Conclusiones

No todos los conflictos entre intereses se resuelven mediante la identificación de una regla aplicable *ad casum* de acuerdo con las reglas que rigen las causas generales de justificación. En muchas ocasiones, el legislador resuelve de forma definitiva el conflicto mediante la distribución de los derechos y deberes de tolerancia correlativos, de modo que se cierra (u *ocluye*) la posibilidad de aplicar las eximentes y atenuantes de los arts. 20 y 21 CP vinculadas, en términos generales, a la antijuridicidad. Así, la previa distribución de las posiciones jurídicas llevada a cabo por el legislador impide al juzgador acudir a las causas de justificación, sin perjuicio de que determinados aspectos latentes del conflicto puedan ser tenidos en consideración a efectos del estricto merecimiento de pena. Esto es lo que ocurre con la regulación de la donación de órganos: fuera del Sistema Nacional de Trasplantes, en cuyo marco pueden salvaguardarse una serie de principios irrenunciables (el altruismo, la gratuidad,

[47] DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, v. I, 11.ª ed., 2003, p. 180.

[48] Igualmente, críticos con la inercia doctrinal y jurisprudencial de estimar atenuantes analógicas sin aclarar «a qué resulta análoga la demandada circunstancia», PUENTE RODRÍGUEZ, «Puertas abiertas por el reconocimiento expreso de la atenuación por dilaciones indebidas: cuasiprescripción y exclusión social», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (coords.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, 2023, p. 622; POZUELO PÉREZ, en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal*, v. I, 2022, pp. 839 ss. De esta manera, las distintas atenuantes instadas por el Código proyectan con su literalidad una razón que la comunidad política ha considerado importante para presentar la pena como algo merecido y necesario. Sin embargo, esta proyección semántica no tiene por qué agotar las múltiples dimensiones que puede tomar esta misma razón.

[49] PUENTE RODRÍGUEZ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (coords.), *Liber amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, 2023, p. 622. Un supuesto de hecho no regulado expresamente, como el de la condición de «excluido social» (lo que sea que esto signifique) del penado, podría recibir un tratamiento análogo si esta característica personal se relaciona, precisamente, con unas circunstancias socialmente impeditivas imputables al Estado.

el consentimiento libre y la equidad en el acceso), no es posible declarar lícito un trasplante apelando a la situación objetiva de necesidad del receptor. Ello no impide que, a la hora de valorar jurídico-penalmente la conducta de los intervinientes en ese hecho antijurídico, esta misma situación pueda ser tenida en consideración con base en otras eximentes y atenuantes (muy especialmente, la atenuante analógica) o, en el caso del receptor del órgano, mediante la circunstancia atenuante prevista en el art. 156 bis 3 CP.

InDret
4.2026

El *efecto desaliento* como causa de exención o atenuación de la pena. De nuevo sobre el exceso en el ejercicio de un derecho fundamental en torno al caso «Aturem el Parlament»

Comentario a la STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026 (Molina Marín y otros c. España)

Francisco Fernández Perales
Universitat Oberta de Catalunya
ffernandezpera@uoc.edu

-

1. Introducción

Cinco años después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2021, de 24 de junio[1], que desestimó los recursos de amparo interpuestos contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo[2], que tuvo por objeto el caso *Aturem el Parlament*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha declarado –respecto de cuatro de los penados– en su sentencia de 3 de septiembre de 2026 (*Molina Marín y otros c. España*) que dicha condena vulneró el artículo 11 (derecho de reunión y manifestación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) –a la luz del artículo 10 (derecho a la libre expresión)–. El Tribunal Supremo había condenado en su sentencia –que, si bien fue confirmada por el Tribunal Constitucional, lo fue con el voto particular de cuatro magistrados– a los acusados por un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP –coacción a parlamentarios–, además de por una falta de daños a uno solo de ellos, a tres años de prisión, revocando la sentencia absolutoria en lo que hace al primer delito mencionado dictada previamente por la Audiencia Nacional 31/2014, de 7 de julio[3]. Los penados solicitaron el indulto al Ministerio de Justicia, sin que se resolviera dicha solicitud, si bien recayó un informe desfavorable del Tribunal Supremo. Finalmente, en octubre de 2024 la Audiencia Nacional declaró la prescripción de las penas impuestas[4].

El TEDH declara la violación del derecho de reunión y manifestación que supuso la condena a penas de prisión severas por el efecto desaliento generado con ellas atendiendo a la ausencia de

[1] STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021).

[2] STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:812).

[3] SAN 31/2014, Penal, Sección 1.ª, de 7 de julio (ECLI:ES:AN:2014:2863).

[4] STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026, caso *Molina Marín y otros c. España*, nm. 23 s.

violencia –pese al «ambiente intimidatorio» al que habría dado lugar la protesta– predicable de la conducta de los penados. Puesto que las sentencias que analiza el TEDH ya fueron objeto de comentario en esta sección de la revista[5] y que también se han comentado ampliamente los problemas de subsunción de las conductas enjuiciadas[6], en este comentario me centraré principalmente en la reflexión acerca de si constituye o no un problema el que no se haya determinado todavía con precisión la articulación sistemática del efecto desaliento como causa de exención o atenuación de la pena. El modesto objetivo de este trabajo es, por lo tanto, argumentar que, por más que la vigencia del sistema no sea un valor en sí mismo, no deja de ser imprescindible para una actividad dogmática que haga posible el control racional de la discusión doctrinal, que a su vez permite precisar el alcance de razones eximentes como el efecto desaliento. Lejos de ser, entonces, un límite a la vigencia del Derecho positivo elaborado a sus espaldas, la dogmática jurídico-penal hace posible articular su contenido con precisión. Con el ejemplo de la discusión doctrinal acerca de cómo el efecto desaliento debe conducir a la exención de pena o a su atenuación tratará de mostrarse lo antedicho.

2. Los argumentos de la STEDH de 3 de septiembre de 2026

Los recurrentes alegaron frente al TEDH la vulneración de su derecho a la libre expresión y a la libertad de reunión y manifestación. Sin embargo, el Tribunal entendió que el caso debía valorarse con arreglo únicamente al art. 11 CEDH, que proclama el derecho de reunión y manifestación, si bien «bajo la luz del artículo 10», relativo al derecho a la libre expresión. A su parecer, los penados podrían haber previsto que sus acciones podían «resultar en un ambiente intimidatorio que impidiera a los diputados llegar al lugar de la sesión o limitara la libre expresión de sus opiniones o la emisión de su voto». Siendo así, acepta el tribunal que la acción policial estuviera justificada y que la condena tuviera como fin «la prevención del desorden y la protección de los derechos y libertades de otros». La importancia de la actividad del Parlamento para el funcionamiento de una democracia debe tener, en opinión de la sala, una adecuada relevancia en el examen de la «necesidad de las interferencias respecto del derecho de reunión y manifestación pacífica»[7].

El Tribunal entiende, por lo tanto, que las acciones de los manifestantes fueron «más allá del nivel de una perturbación menor», por lo que podía justificarse la adopción de medidas para limitarlas. Sin embargo, las sanciones impuestas serían al menos cuestionables, pues se trata de sanciones *penales* que implicarían, además, pena de prisión, teniendo como objeto acciones que, en todo caso, se habrían mantenido pacíficas[8]. Los tribunales españoles que enjuiciaron el caso no habrían atribuido ninguna «acción violenta en concreto» y la violencia puntual ejercida por algún individuo que formara parte de la manifestación no podría limitar el derecho de los demás a manifestarse. El carácter *obstructivo* o *molesto* de las acciones, que en todo caso se

[5] Véase FERNÁNDEZ PERALES, «La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso "Aturem el Parlament". Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio», *InDret*, (4), 2021, pp. 484-500.

[6] En particular, véase PAREDES CASTAÑÓN, «Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498): comentario sobre el caso "*Aturem el Parlament*"», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1233-1256. Crítica también con la condena, si bien asimismo con algunos de los argumentos ofrecidos por la Audiencia Nacional, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «"Aturem el Parlament" y voces discrepantes. A la vez, algunas incoherencias y excesos en recientes propuestas político-criminales sobre delitos de expresión», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019, pp. 461 ss.

[7] STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026, caso *Molina Marín y otros c. España*, nm. 35-40.

[8] STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026, caso *Molina Marín y otros c. España*, nm. 41.

enmarcan en una manifestación comunicada a las autoridades, no podría, en opinión del tribunal, llegar a considerarse violento. En definitiva, las circunstancias del caso resultarían de insuficiente gravedad como para imponer «una pena de prisión particularmente severa»[9], por lo que las penas impuestas se consideran de «naturaleza desproporcionada» y tanto su severidad como la dilación en sustanciarse la totalidad del proceso judicial contribuyeron a desalentarles tanto a ellos como a la ciudadanía para participar en manifestaciones y, en términos más generales, para participar en un debate político abierto[10]. Siendo así, el Tribunal concluye que la restricción del derecho de reunión y manifestación no era «necesario en una sociedad democrática», por lo que se produjo una vulneración del referido derecho[11].

3. El efecto desaliento como causa de exención o atenuación de la pena y el problema de su ubicación sistemática

3.1. La vinculación de conductas antijurídicas con el ámbito de protección de los derechos fundamentales

La sentencia del TEDH objeto de comentario afirma la vulneración de los derechos de reunión y manifestación debido a la imposición de una sanción penal *severa* a algunos de los manifestantes en el caso *Aturem el Parlament*. La severidad de la sanción haría de la restricción del derecho de reunión y manifestación con el fin de proteger la seguridad pública y los derechos de los afectados por la protesta una respuesta desproporcionada al producir un efecto desaliento en los penados y en la ciudadanía en general. Tales afirmaciones, con el grado –escaso– de precisión con el que se formulan, difícilmente permiten su reconstrucción en términos dogmático-sistemáticos. En todo caso, la desproporción de la imposición de una sanción penal de tal magnitud, por el efecto desaliento que genera, se erigiría en causa, al menos, de atenuación de la pena. En los supuestos en los que fuera el mero carácter penal de la sanción el elemento que diera lugar a dicha desproporción por el efecto desaliento generado se erigiría, en cambio, en causa de exención de la pena[12].

Dicha exención de pena no puede articularse con arreglo al art. 20.7 CP, pues se trata de supuestos donde no se ha ejercido el derecho fundamental correspondiente[13], sino que éste desplegaría un efecto indirecto que otorgaría cierta protección a la conducta, que estaría próxima a su ámbito de aplicación. En definitiva, esta sería una consecuencia del mandato de eliminar los «obstáculos que desincentiven a los ciudadanos de ejercer sus derechos

[9] STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026, caso *Molina Marín y otros c. España*, nm. 42-44.

[10] STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026, caso *Molina Marín y otros c. España*, nm. 46-48.

[11] STEDH (Sección Quinta) de 3 de septiembre de 2026, caso *Molina Marín y otros c. España*, nm. 49 s.

[12] En este sentido, MARTÍN LORENZO, «Derechos fundamentales y sanción penal: una cuestión del Derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en PÉREZ MANZANO (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, 2020, p. 128.

[13] En este sentido, MARTÍN LORENZO, en PÉREZ MANZANO (coord.), *LH-Huerta Tocildo*, 2020, p. 128; CUERDA ARNAU, «La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, (2), 2022, p. 106; COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (41), 2019, p. 104. Sin embargo, CARDENAL MONTRAVETA, entre otras soluciones, propone tomar en consideración «la prevención del efecto desaliento al considerar la justificación de las conductas típicas [...] de escasa gravedad». Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, «Libertad de expresión y proporcionalidad», en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 733 s.

fundamentales»[14] que deriva de la dimensión institucional de los derechos fundamentales. Tratando de delimitar el ámbito de esas conductas que, pese a no ser lícitas, tendrían alguna *relación* con el derecho fundamental correspondiente, se llega a afirmar que se trata de conductas en ejercicio de dicho derecho, si bien constituyen un exceso[15]. Más allá de los problemas conceptuales que implica una afirmación tal[16], CUERDA ARNAU expresa claramente la idea de fondo exponiendo que tales conductas «se relacionan con el mismo porque no son, en puridad de términos, hipótesis que queden fuera de las fronteras del derecho, el límite conceptual más allá del cual el derecho en cuestión deja de existir»[17]. Fuera de esas fronteras, las conductas «desnaturalizan y desfiguran el derecho en cuestión»[18], términos que parecerían cumplir una función heurística en la determinación del límite entre el exceso que no excluye la conducta del ámbito del derecho y el que sí[19]. En definitiva, se parte de una distinción entre el «ámbito material» de un derecho y el «ámbito jurídicamente protegido» de ese derecho[20], de modo que todo ejercicio *prima facie* de un derecho se encuentra *vinculado*[21] definitivamente a él, en el sentido de incluir en él las conductas que constituyan un exceso, pero cuya vinculación con el derecho no implica una desnaturalización de éste[22]. Si una conducta puede incluirse en el

[14] COLOMER BEA, *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*, 2024, pp. 113 s.

[15] PAREDES CASTAÑÓN, en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *LH-Bajo Fernández*, 2016, pp. 1238, 1250, refiriendo un ejercicio «abusivo, sí, pero ejercicio» de un derecho fundamental y un «ejercicio, aun excesivo [...] de un derecho fundamental». MARTÍN LORENZO refiere un «ejercicio ilícito de un derecho fundamental». Cfr. MARTÍN LORENZO, en PÉREZ MANZANO (coord.), *LH-Huerta Tocildo*, 2020, p. 128.

[16] A mi juicio tenía razón FINNIS cuando afirmaba que el concepto de *abuso de derecho* es «jurídicamente impropio», pues si «significa algo relevante jurídicamente es la *ausencia* de derecho, es decir, "no-derecho"». Cfr. FINNIS, «Some Professorial Fallacies About Rights», *Adelaide Law Review*, (4), 1972, p. 387. Afirmar que se ejerce un derecho sin otorgar posición jurídica alguna constituye un error conceptual. Como expuso con suma claridad CABRA APALATEGUI, «[t]ener un derecho, al margen de cuál pueda ser su fundamento filosófico, significa ocupar una posición determinada en el marco de una relación jurídica; afirmar que se tiene derecho a algo sin poder identificar quién está afectado como obligado a hacer o a abstenerse de hacer para lograr su satisfacción es una declaración política o moral; de naturaleza retórica en todo caso». Cfr. CABRA APALATEGUI, «Sobre la estructura y los límites de los derechos sociales», *Estudios de Deusto*, (1), 2018, p. 200; EL MISMO, «Conflictivismo vs. Coherentismo. Dos modelos para el sistema jurídico», en GARCÍA AMADO (ed.), *¿Realmente existen conflictos entre derechos? Un diálogo con las tesis conflictivistas*, 2025, p. 84. También, SERNA/TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, 2000, pp. 29 s., 65.

[17] CUERDA ARNAU, «El origen de la doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, v. II, 2022, p. 102.

[18] CUERDA ARNAU, en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (coords.), *LH-Berdugo Gómez de la Torre*, v. II, 2022, p. 102, n. 5.

[19] En su pronunciamiento sobre este supuesto –entre otros–, el Tribunal Constitucional empleó estos términos para referir las conductas que no constituyen el «ejercicio regular del derecho fundamental», pero que tampoco están excluidas «de la protección del derecho fundamental» –por tratarse su invocación de un «mero pretexto o subterfugio para [...] cometer actos antijurídicos»–. Respecto de tales conductas, que implicarían «excesos en el ejercicio de un derecho fundamental», siempre que no «alcancen a "desnaturalizarlo o desfigurarlo" [...] puede llegar a plantearse la necesidad de ponderar si la sanción penal supone un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho o libertad del que trate y, por ello, provoca un efecto desalentador». Véase STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio, FJ 7.2.1.

[20] DE DOMINGO PÉREZ, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento"», *Revista de Estudios Políticos*, (122), 2003, p. 155; COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 103.

[21] Conclusión a la que no puede llegarse independientemente del criterio que precisamente pretende establecer esta distinción a fin de dotar de cierta protección jurídica a las conductas vinculadas al ejercicio de un derecho. Es decir, que desde teorías distintas sobre la naturaleza e interpretación de los derechos fundamentales –así, las que parten de la concepción amplia y de la concepción estricta de su contenido– se entenderá a su vez dicha vinculación de distinta forma.

[22] Creo que este matiz en la formulación precisa la idea expresada por el Tribunal Constitucional empleando tales términos, pues no se trata de que el exceso en el ejercicio de un derecho desnaturalice o desfigure dicho

referido *ámbito material*, la dimensión institucional de los derechos fundamentales y su «carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico» obligarían a determinar si la sanción penal produce «un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada»[23]. Se traza, por ende, una tripartición gradual, que comienza en el ejercicio *legítimo* de un derecho y, pasando por el ejercicio *excesivo* –y, por ende, ilegítimo– de un derecho, llega hasta la conducta que en modo alguno constituye el ejercicio del correspondiente derecho, quedando, fuera de sus fronteras[24].

Parecería que esta distinción es la propia de la concepción de los derechos elaborada en el marco de la teoría conflictivista, siendo uno de sus principales rasgos la adopción de la concepción amplia del supuesto de hecho de las normas iusfundamentales[25]. Con arreglo a ésta, como desarrolló ALEXY, se tiene por subsumida en el supuesto de hecho (*Tatbestand*) cualquier acción que pueda incluirse en el ámbito semántico de sus conceptos, llevando a cabo «interpretaciones amplias». Posteriormente, ese ámbito de protección (*Schutzbereich*) inicial o provisional se restringe, dando lugar al ámbito de protección definitivo, que sí desencadena consecuencias jurídicas directas[26]. Así, respecto de un pintor que coloca caballete y lienzo en una carretera transitada para llevar a cabo allí mismo su actividad artística, ALEXY afirmaba que no cabe duda de que la actividad artística sigue siéndolo cuando se perturba y se pone en peligro con ello el tráfico[27]. Incluso cuando se excluya del ámbito de protección definitivo del derecho a la creación artística dicha conducta, seguiría formando parte de su ámbito conceptual. Si el *ámbito material* de un derecho alcanza hasta su *desfiguración conceptual*, no parece posible que la tripartición referida pueda servir a los fines de determinar qué conductas se encuentran vinculadas al derecho fundamental correspondiente en tal medida que su sanción sería desproporcionada y, además, podría entonces causar un efecto desaliento. En la línea de lo expuesto a este respecto por DE DOMINGO PÉREZ[28], más bien parece que es una reflexión teleológica acerca de cuál es el bien que quiere realizarse con la vigencia del correspondiente derecho lo que nos permite hallar ese ámbito de proximidad a su ámbito. En términos más propios de la discusión doctrinal constitucional, la teoría de los límites internos –propia de las teorías coherentistas de los derechos–[29], que no distingue entre delimitación inicial y limitación posterior del ámbito de protección de los derechos, ofrece un mayor

derecho –que es lo que expresa literalmente el Tribunal y la doctrina que admite este planteamiento–, sino de que admitir la vinculación de esas conductas con el derecho correspondiente no desnaturaliza su configuración material.

[23] CUERDA ARNAU, *InDret*, (2), 2022, p. 117.

[24] Por seguir utilizando la precisa expresión de CUERDA ARNAU. Cfr. CUERDA ARNAU, en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (coords.), *LH-Berdugo Gómez de la Torre*, v. II, 2022, p. 102.

[25] Al respecto, FERNÁNDEZ PERALES, «La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75-1), 2022, pp. 762 ss., con referencias.

[26] ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, pp. 273-280, 290 ss.

[27] ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, pp. 285 s. En su opinión, excluir del supuesto de hecho del derecho a la libre expresión artística dicha acción sería inadecuado porque impediría que afloren las razones por las que cabe restringir el derecho mencionado, que serían las relativas a los derechos de terceros y bienes colectivos. Admitir la colisión de principios en cada caso, en cambio, lo haría forzoso.

[28] DE DOMINGO PÉREZ, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento"», *Revista de Estudios Políticos*, (122), 2003, p. 161.

[29] Que no la inclusión en la teoría de los límites externos de la distinción entre los límites inmanentes y los límites externos de los derechos. Véase, al respecto, deshaciendo los equívocos, ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, 1999, pp. 138 s.

rendimiento a efectos de proteger también las conductas incluidas en el ámbito de proximidad de aquellos[30].

3.2. Las propuestas doctrinales para eximir o atenuar la pena en atención al efecto desaliento de la sanción penal

Como se ha expuesto ya, la doctrina parece haber entendido que la desproporción de la sanción se explica no por la proximidad de la acción al ámbito de protección de un derecho fundamental, sino por el efecto desaliento que aquélla podría generar. Sin embargo, la falta de una articulación sistemática clara[31] de la exención o atenuación de la pena en atención al efecto desaliento que podría resultar de su imposición resulta problemática. Por un lado, se ha propuesto articular la solución a través del juicio de tipicidad, debiendo entonces «orientar la subsunción» el fin de evitar causar un efecto desaliento[32]. Esta posibilidad tendría que llevar a «robustecer las exigencias clásicas de legalidad, que resultan aún más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental». No bastaría «con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley», siendo necesario que «su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho»[33].

En primer lugar, no queda claro qué significa que las exigencias del principio de legalidad resulten «aún más reforzadas», pues se trataría de un principio que debe realizarse siempre en la mayor medida posible, sin que opere con menor intensidad en supuestos en los que no se trate de la restricción de un derecho fundamental. En segundo lugar, si lo que se pretende es una interpretación restrictiva de los tipos[34] se frustraría la función del juicio de tipicidad tal y como es entendido por lo general en los sistemas postfinalistas, pues con aquél se atribuye un sentido a la conducta y ésta recibe además una valoración al menos *prima facie*[35] que es, en todo

[30] Así, partiendo de una teoría coherentista de los derechos configurados materialmente con arreglo a una concepción positiva –siguiendo parcialmente la tipología berliniana– de la libertad alineada con la filosofía política liberal-republicana –la que le correspondería a nuestras bases constitucionales–, propuse entender el derecho de reunión y manifestación como un derecho que sirve al fin de promover la autonomía en el sentido de posibilitar la reflexión crítica colectiva sobre los asuntos públicos, que a su vez puede dar lugar a la *comprensión empática* de los demás –en los términos de un sector de la investigación en epistemología política y con apoyo en el planteamiento sobre la democracia de MILL–. La protesta mantiene una expectativa razonable de influencia política que dota de interés a dicha reflexión y, a su vez, resulta formativa a tales efectos, pues con ella se pone en práctica dicha reflexión y el diálogo a partir de ella. Con arreglo a estas premisas, se entiende precisamente que la *protesta obstructiva* –es decir, la que teniendo un carácter radicalmente dialógico (a diferencia de la *acción directa*) interrumpe a su vez la actividad contra la que se dirige su reivindicación– de carácter vertical es idónea para estabilizar la referida expectativa de influencia política en los supuestos en que la autoridad política la ha desestabilizado tomando decisiones carentes de refrendo por el *demos* y que limitan derechos constitucionales y/o principios rectores de la política social y económica. Siendo así, en supuestos como el del caso *Aturem el Parlament* las acciones de protesta extrainstitucionales podrían considerarse lícitas –es decir, ejercicio del derecho de reunión y manifestación–. Lo antedicho tiene un amplio desarrollo en FERNÁNDEZ PERALES, *La desobediencia civil en la teoría de las causas de exclusión de la antijuridicidad y del injusto penal*, tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2025.

[31] Así lo reconoce MARTÍN LORENZO, que señala la complejidad de la «traducción dogmática de la prohibición de sancionar desproporcionadamente el ejercicio ilícito de un derecho fundamental que genera un efecto desalentador». Cfr. MARTÍN LORENZO, en PÉREZ MANZANO (coord.), *LH-Huerta Tocildo*, 2020, p. 128.

[32] CUERDA ARNAU, en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (coords.), *LH-Berdugo Gómez de la Torre*, v. II, 2022, pp. 103 s.

[33] CUERDA ARNAU, *InDret*, (2), 2022, p. 106.

[34] MARTÍN LORENZO propone una «interpretación restrictiva del tipo –objetivo y subjetivo– y el recurso a criterios de imputación objetiva y de antijuridicidad material (afectación del bien jurídico) así como el rigor en la subsunción». Cfr. MARTÍN LORENZO, en PÉREZ MANZANO (coord.), *LH-Huerta Tocildo*, 2020, p. 128.

caso, previa a la determinación de la ilicitud de la conducta, presupuesto necesario para que el efecto desaliento entre en consideración.

Por otro lado, se ha propuesto atenuar la pena. Así, por ejemplo, COLOMER BEA entiende que «en ningún caso el efecto desaliento determina que la conducta castigada pierda su naturaleza delictiva». En realidad, la dimensión institucional de los derechos fundamentales fundamentaría más bien «un deber especial de proporcionalidad por parte del juez consistente en imponer una pena inferior que la que aplicaría si se tratase de una conducta que no tuviese relación alguna con el contenido de los derechos fundamentales». Entiende el autor que, entonces, la solución podría estar en la aplicación de la eximente incompleta de ejercicio de un derecho (art. 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP)[36]. Sin embargo, la eximente incompleta –en relación con el ejercicio de un derecho– sirve al fin de reducir la pena cuando estén presentes todos los elementos esenciales de la eximente, faltando alguno de los elementos que no reúnan dicho carácter, de modo que la atenuación se fundamenta en la proximidad de la acción al ámbito de protección del derecho. Es decir, el grado de injusto penal disminuye[37]. El posible efecto desaliento que produciría la sanción penal no es, por ende, razón alguna para estimar la disminución del injusto penal[38], sino que lo es para reducir la pena que le corresponde a ese injusto penal. Quizás precisamente por esta razón se ha propuesto también acudir a la atenuante analógica (art. 21.7 CP) en relación con la eximente incompleta[39], si bien esta solución requeriría una fundamentación específica al respecto[40].

Parecería, entonces, que son razones dogmático-sistemáticas las que pondrían en cuestión la forma en que se ha propuesto tomar en consideración el efecto desaliento para eximir o reducir la pena a imponer. ¿Significa esto que se coloca la vigencia del sistema, como un valor por sí mismo, por delante de una solución material correcta? A mi juicio, la vigencia de un sistema con el que realizar la calificación jurídica de un hecho en atención a los rasgos de la teoría del delito y de la pena no debe concebirse como un límite a la búsqueda de soluciones materiales correctas –en este caso, que doten de efectividad a los valores constitucionales–, sino como un elemento del método dogmático que permite ofrecer un control racional de tales soluciones. Sin embargo, la crítica al método dogmático y concretamente a su proceder sistemático lo ha caracterizado como un límite injustificado a la aplicación de la ley que aboca a la imprevisibilidad y que, además, es usado habitualmente para dar apariencia neutral a

[35] A mi juicio, por lo demás, este planteamiento ha llevado precisamente a desnaturalizar el juicio de justificación. Véase al respecto, FERNÁNDEZ PERALES, «Sobre la naturaleza de las causas de justificación a la vista de la discusión acerca de la exigencia de un elemento subjetivo», *Derecho Penal y Criminología*, (46-120), 2025, pp. 15-64.

[36] COLOMER BEA, *CEFD*, (41), 2019, p. 105. También, GONZÁLEZ COLLANTES, «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho Penal*, (33), 2020, p. 12; CARDENAL MONTRAVETA, en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *LH-Queralt Jiménez*, 2021, p. 734.

[37] Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 28/70 ss.

[38] Sin embargo, COLOMER BEA afirma que «[l]o que hace el efecto desaliento es disminuir la antijuridicidad del comportamiento objeto de sanción penal». Cfr. COLOMER BEA, *El efecto desaliento*, 2024, p. 137.

[39] CUERDA ARNAU, en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (coords.), *LH-Berdugo Gómez de la Torre*, v. II, 2022, p. 104.

[40] Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ plantea que el recurso a esta atenuante «se enmarca en una interpretación de los textos legales conforme al principio constitucional de proporcionalidad». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 28/40. Ahora bien, esto no obsta para que deba igualmente identificarse la naturaleza de la atenuación, pues sigue sin poder fundarse en una disminución del injusto penal, por más que por vía de la analogía pueda argumentarse que, en ambos casos, se trata de ajustar la sanción en atención a la relevancia de los derechos fundamentales como base de nuestro ordenamiento jurídico.

decisiones valorativas. En mi opinión, en cambio, solo una precisa articulación dogmático-sistemática de la exención o atenuación relativa al efecto desaliento permite explorar correctamente su alcance, como tratará de mostrarse.

3.3. Sobre la utilidad de la articulación sistemática de la exención o atenuación de pena por el efecto desaliento de la sanción penal

En el sentido antes brevemente anticipado, CUERDA ARNAU ha argumentado que la actividad dogmática desde VON LISZT, lejos de «disipar las inseguridades de la exégesis», nos ha llevado a una sucesión de complejas construcciones doctrinales de rasgos muy diversos entre sí que, partiendo de la misma confusión, a saber, que la dogmática sería una disciplina teórica y no práctica, han dado lugar a un lenguaje que se aparta del común y se superpone al texto legal, «con la consiguiente quiebra de la seguridad y la certeza en la aplicación de la ley»[41]. En su opinión, la edificación de «esquemas conceptuales que varían de autor a autor y que incluso se contraponen, dificulta o impide el entendimiento de la ley y aboca a la imprevisibilidad de sus consecuencias»[42]. Este proceder doctrinal estaría a su juicio marcado por una pretensión científica insostenible, pues «el delito no es un objeto real sobre el que tal "ciencia" se proyecta» al modo de una «ciencia de la responsabilidad»[43]. Así, habría que «dar paso a una dogmática más modesta que no se considera ciencia sino solo hermenéutica»[44]. Renunciando a esa pretensión científica se impediría, entre otras cosas, que el valor del sistema se sitúe por encima del texto legal, legitimándose así, además, «la absoluta libertad interpretativa»[45].

---

[41] VIVES ANTÓN destacaba la imposibilidad de la pretensión de la dogmática penal, a saber, «proporcionar conocimiento y conocimiento especialmente garantizado; a saber, *conocimiento científico*, a partir del cual imponerse a la práctica incluso por encima de las leyes del Estado». Cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., 2011, p. 1005.

[42] CUERDA ARNAU, «La función de la dogmática (*Una crítica desde la concepción significativa de la acción*)», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 486-488, 491; LA MISMA, «Una aclaración acerca de la "acientificidad" de la dogmática», en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, 2021, p. 386.

[43] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 487, 492.

[44] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 492. Con mayor severidad contra la pretensión científica de la dogmática se pronunciaron ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, que entendían que «el penalista [...] ha de conformarse y centrarse en resolver problemas prácticos, enjuiciando acciones humanas a través de las normas jurídicas vigentes». A su juicio, «el Derecho no se realiza en voluminosos y sesudos estudios sino en las resoluciones judiciales». Por ende, el académico no debería pretender «hacer ciencia», sino «argumentar sobre la base de una serie de tópicos contenidos en las normas y conocidos gracias a nuestra experiencia». En su opinión, la obra de VIVES ANTÓN habría mostrado «la insuficiencia de la dogmática para afrontar las tareas que corresponden a la doctrina», por lo que lo que se propone no es «una nueva dogmática, como algo mejor y verdadero, sino más bien abandonar la dogmática; que es tanto como decir, abandonar el camino metodológico sustentado en dogmas o verdades científicas, y sustituirlo por otro camino, que, partiendo de los derechos fundamentales, busque consensos estables y bien fundados». La interpretación jurídica, a decir de ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, habría de recurrir a nuestros «hábitos», «costumbres», «cultura» y a «*nuestra forma de vida*». Cfr. ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 10.ª ed., 2023, p. 224.

[45] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 493; LA MISMA, en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 391. Comentaba ya MORILLAS CUEVA hace más de una década que el «rechazo de la hipervaloración del pensamiento sistemático» es uno de los rasgos del actual desarrollo de la dogmática jurídico-penal de cuño alemán. Cfr. MORILLAS CUEVA, «¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?», en MIRÓ LLINARES (dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, p. 19. Describe un «giro en la visión que la dogmática tiene de sí misma» que la abre precisamente a la interdisciplinariedad y le resta importancia al pensamiento sistemático –o, al menos, le extrae su carácter pretendidamente científico– MIRÓ LLINARES, «¿Una ciencia unificada del Derecho penal?», en MUÑOZ SÁNCHEZ *et*

En su planteamiento, que parte de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, la doctrina debe emprender la tarea de dotar de un significado estable a las clases de acciones recogidas en los tipos penales[46]. Como ha expresado MARTÍNEZ-BUJÁN, desde las premisas de dicha concepción la acción deja de ser considerada el sustrato de un sentido para ser concebida como el sentido de un sustrato[47]. Esto implica que las propias acciones constituyen el sentido que el sistema de reglas con el que se opera jurídicamente atribuye. Pero para que un sustrato constituya un significado, sería necesaria la regularidad de una convención[48]. Por ende, la tarea de la dogmática sería la de contribuir a la estabilización de la interpretación de las leyes realizando propuestas que puedan servir a interpretaciones de las normas vigentes que doten de efectividad a los principios constitucionales[49].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO refiere precisamente a VIVES ANTÓN y a su escuela para reivindicar el método dogmático, distinguiendo no obstante entre «la existencia de "mala" dogmática» –que entiende que sería la que en realidad es objeto de la crítica de CUERDA ARNAU–, que prescinde del texto legal o adolece de incoherencias internas –entre otras posibles deficiencias–[50], y una dogmática «correcta», capaz de rechazar planteamientos incompatibles con la legislación y que hace controlable la argumentación jurídico-penal, constituyendo un límite «a la potestad punitiva del Estado»[51]. CUERDA ARNAU, ciertamente, escribió posteriormente que la clase de dogmática defendida por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si bien en ningún caso podría entenderse científica, sí sirve al fin de conseguir una «aplicación racional, coherente y no contradictoria del Derecho», tratando así de evitarse la arbitrariedad, logrando «mayor seguridad e igualdad en la práctica ordinaria»[52]. A juicio de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si no se cuenta con la función que cumple la dogmática jurídica –recurriendo a la teoría de la argumentación de ALEXY, señala la «estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística» que aporta–, la alternativa es la arbitrariedad. En definitiva, la dogmática sería «una técnica ordenada, con reglas como la coherencia y no contradicción, que se somete a constante revisión y que procura una aplicación no arbitraria del Derecho»[53].

---

al. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, 2023, pp. 667 ss.

[46] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 491 s.

[47] MARTÍNEZ-BUJÁN, *Teoría jurídica del delito*, 2026, p. 27.

[48] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 490.

[49] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 493.

[50] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reivindicación de la (buena) dogmática», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, v. I, 2020, p. 137.

[51] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 137-139. Es ciertamente significativo que MARTÍNEZ-BUJÁN, también partidario de la concepción significativa de la acción, ha reivindicado asimismo el método dogmático mencionando el trabajo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Teoría jurídica del delito*, 2026, pp. 45-48. A su juicio, asumir la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN en modo alguno implica renunciar al método dogmático, sino solamente a una dogmática «concebida como una *teoría* con pretensiones de cientificidad y a la que se le atribuye un estatus parecido al de las ciencias de la naturaleza, que se halla por encima del lenguaje de la ley» (p. 47). La dogmática no sería sino «una forma de argumentar alrededor de unos tópicos» y no una ciencia (p. 31). Sin embargo, la ordenación sistemática de las categorías y la configuración de las instituciones que se incluyen en su ámbito hacen posible, si se respeta el texto de la ley y se enmarca en «una práctica social y jurídica reglada», cumplir la pretensión de seguridad y certeza jurídica (p. 47).

[52] CUERDA ARNAU, en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, pp. 385 s.

[53] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, p. 133.

Resulta particularmente interesante que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO acabe aclarando que, en todo caso, «el respeto a los derechos fundamentales está sin duda por encima de las consideraciones dogmáticas», pero que esta afirmación no le es impropia a una «correcta dogmática», pues conlleva una pretensión de seguridad jurídica y de limitación del poder punitivo[54]. A mi parecer, más bien se trata de que las construcciones conceptuales producto de la dogmática jurídico-penal deben reflejar los rasgos del ordenamiento jurídico, por lo que la vigencia de los derechos fundamentales y su protección de conformidad a lo que se disponga en aquél debe contribuir a dar forma al sistema y a determinar el significado de sus categorías. Es decir, que tales *consideraciones dogmáticas* quedarían refutadas si entran en contradicción con la protección que el ordenamiento asigna a los derechos fundamentales, de modo que el sistema que no sea capaz de permitir la articulación de una solución que tiene reflejo en el ordenamiento jurídico debe quedar descartado como hipótesis que integre una teoría del delito.

La crítica referida, por ende, parece apuntar a una tarea dogmática llevada a cabo a espaldas del Derecho positivo y que antepone sus construcciones conceptuales a los fundamentos de éste apoyándose en su carácter científico. Ciertamente, parecería ya superado en la discusión el problema del *objeto* de la dogmática jurídica. El Derecho positivo y, particularmente, la Constitución serían solo el marco en el que tiene lugar aquélla, pero no constituiría su objeto en exclusiva[55]. Desde este punto de partida, se ha llegado a comprender la dogmática jurídica como una disciplina práctica[56], concernida por la *corrección material* de sus soluciones. Su cientificidad sería entonces puesta en duda por no consistir su tarea en la formulación de teorías sobre el *ser* del Derecho positivo, sino en la formulación de doctrinas basadas en su *deber ser*. Desde ambos puntos de vista, entonces, se negaría la cientificidad de la dogmática, pero no se renunciaría a su racionalidad[57].

---

[54] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, p. 136.

[55] Al respecto, SANZ MORÁN, «Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 642 ss. Rechazando que el Derecho positivo constituya el objeto de la dogmática jurídico-penal, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 13 ss. Trata de demostrar BACIGALUPO que las construcciones doctrinales no parten del Derecho positivo, sino de premisas valorativas que constituyen la primera pieza de la cadena argumental que lleva a dicha construcción, por más que se tenga el Derecho positivo como límite. Esto habría de conducir, a su juicio, a incluir los dogmas de partida en la discusión científica (pp. 32 s.); SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 173 ss., 211 ss. La dogmática tendría que recurrir necesariamente a «premisas valorativas fundamentales», que serían «trascendentes» al Derecho positivo, siendo entonces su objeto la «discusión racional de las referidas premisas valorativas, desde las que se construye el sistema y se da solución a los problemas» (pp. 174, 220). El fin habría de ser «obtener un sistema plausible, que reúna los elementos precisos para alcanzar un consenso intersubjetivo» (p. 212); PÉREZ ALONSO, «Notas sobre el método de la dogmática jurídico-penal», en ARMAZA ARMAZA *et al.* (coords.), *Del Derecho penal al Bioderecho. Libro homenaje a Carlos María Romeo Casabona*, v. I, 2026, p. 493. Similar, afirmando que «la misión principal del estudioso de la Ciencia del Derecho penal y también, en consecuencia de la Dogmática penal, es el conocimiento de su objeto, es decir, el Derecho positivo», si bien este sería solamente el punto de partida «pero no necesariamente el de llegada», MORILLAS CUEVA, en MIRÓ LLINARES (dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, 2010, pp. 30 s.; también similar, señalando que las normas determinarán «el campo de acción de la ciencia del Derecho penal», pero afirmando a su vez que el «intérprete no puede inventar valoraciones nuevas ni imponer sus propios criterios más allá de lo que le permita la norma como dogma», CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.ª ed., 1999, p. 231. Afirmaba, en cambio, GIMBERNAT que el fin de la dogmática no es otro que «averiguar qué es lo que dice el Derecho», tratándose a su juicio de una «ciencia neutra». Cfr. GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 126, 129.

[56] Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, pp. 228, 286 s.; EL MISMO, *PG*, 2025, 7/86 ss., alejándose en buena medida de lo expuesto en la primera obra citada, afirmando que la «dogmática se vincula con la retórica clásica» (7/86) y rechazando una pretensión sistemática fuerte (7/100 s.).

Sin embargo, desde la crítica al método dogmático se establecería como límite a la construcción doctrinal el anteponer ésta «a la Constitución, a la ley y al entendimiento de las mismas según el uso común del lenguaje y el sentido común»[58]. Pero, como se ha expuesto, el Derecho positivo constituye el marco en el que se produce la construcción doctrinal. El sistema no sería entonces una imposición ajena al Derecho positivo, sino que constituiría la expresión de una teoría del delito confeccionada con arreglo a aquél. Ahora bien, la tarea dogmática entendida como parte de la filosofía práctica consiste en discutir sobre el Derecho *correcto*, ocupándose entonces de debatir acerca de las premisas valorativas adecuadas para la solución de los casos[59]. CUERDA ARNAU ha rechazado el carácter científico de la dogmática descartando que se trate de una disciplina teórica, pero cuando afirma que, en el ámbito de la dogmática, se está en el ámbito «práctico de lo que se *debe* hacer»[60], no parece estar diciendo exactamente lo mismo que quienes abogan por una tarea dogmática en la que se discuta sobre las premisas valorativas desde las que se construyen las soluciones dogmáticas.

La distinción queda clara en la explicación de VIVES ANTÓN acerca de por qué la dogmática no puede considerarse científica. Más bien, sería a su entender «un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y desde los valores a los que las normas jurídicas sirven de vehículo»[61]. Como expone MARTÍNEZ-BUJÁN, la *pretensión de justicia* inherente al Derecho tendría entonces «dos vertientes», una en la que se concreta como *pretensión de validez* –que la norma tenga una justificación procedimental (*à la* HABERMAS)–, y otra descompuesta en diversas pretensiones de validez –que se concretan en su planteamiento al modo de las categorías sistemáticas tradicionales, si bien con rasgos distintos– relativas a la correcta aplicación de la norma al caso concreto. Esta segunda vertiente determinaría que la labor del «intérprete (o aplicador) del Derecho debe estar guiada por el objetivo de garantizar que se respeten los límites impuestos jurídicamente al poder de castigar que ostenta el Estado»[62]. Ese *deber hacer* refiere entonces la *praxis* jurídica aplicativa del Derecho, por lo que el objeto de la dogmática no es desde este punto de vista el dar cuenta de un *deber ser* del Derecho que deba conducir su interpretación, esto es, discutir sobre el Derecho *correcto* antes referido.

La crítica de CUERDA ARNAU al uso de las construcciones dogmáticas en ciertas resoluciones judiciales ofrece un buen ejemplo. Así, en la imputación de un homicidio en comisión por omisión, la teoría del incremento del riesgo –como ocurriera en el caso *Madrid Arena*– llevaría a «resultados difícilmente compatibles con el lenguaje común y, por ende, con el principio de

[57] GIMBERNAT plantea, en cambio, que la cientificidad se la otorga a la dogmática el que sus enunciados sean *objetivos* –si bien no exactos–, es decir, no «arbitrarios», «subjetivos», sino «fundamentados» y «defendibles». Cfr. GIMBERNAT, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 2.ª ed., 2022, pp. 130 s.

[58] CUERDA ARNAU, en ABEL SOUTO *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 391; VIVES ANTÓN, «La concepción significativa de la acción v. las pretensiones sistemáticas», en CUERDA ARNAU (comp.), *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, 2019, p. 23.

[59] ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (2), 2010, pp. 135, 137, 141.

[60] CUERDA ARNAU, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *LH-Mir Puig*, 2017, p. 487: «La aplicación del Derecho precisa determinaciones acerca de cuándo las reglas jurídicas se siguen correctamente y cuándo no, de modo que no estamos en el ámbito teórico de lo que se puede saber, sino en el práctico de lo que se *debe* hacer».

[61] VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª ed., 2011, p. 489.

[62] MARTÍNEZ-BUJÁN, *Teoría jurídica del delito*, 2026, pp. 31-33.

legalidad»[63]. Dicha teoría convertiría en autor del resultado a cualquiera que «realice una conducta de riesgo vinculada de algún modo causalmente» a aquél. A su juicio, en «sentido lógico gramatical» solo sería autor quien realizara –en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN– «el tipo de acción relevante y ofensivo en el que concurre la predecibilidad general». Además, con arreglo a aquella teoría se estaría convirtiendo «un delito de resultado en un delito de peligro»[64]. En definitiva, citando las palabras de VIVES ANTÓN afirma que no se trata aquí de «elaborar una teoría "científica", sino de saber cuándo podemos entender un proceso determinado como acción de matar, de robar, etc.». Se trataría, entonces, de «dar (buenas) razones para poder afirmar más allá de toda duda razonable que aquella acción hubiera evitado el resultado»[65].

Pese al enorme interés que suscita su planteamiento y lo sugerente de su crítica al método dogmático, cabe preguntarse, sin embargo, cómo resulta suficiente y cómo es controlable racionalmente una discusión doctrinal en tales términos. Más allá de oponer un derecho fundamental a una teoría que fundamenta la responsabilidad penal vulnerándolo, las disputas doctrinales no tienen siempre una estructura similar, sino que requieren una toma de posición en relación con determinadas premisas valorativas. Piénsese en la propia determinación del alcance del derecho fundamental de reunión y manifestación en el caso que da lugar a este comentario, en la discusión relativa a instituciones que han tratado de fundamentarse desde muy diversas premisas valorativas, como el estado de necesidad o en la disputa doctrinal sobre las categorías del sistema y su orden y función. Una dogmática que recurre a premisas valorativas extrajurídicas, siempre que las explicite y tenga una pretensión de coherencia, ofrece la posibilidad, al menos, de un control racional de la actividad dogmática. Así se evita el peligro –puesto de manifiesto desde uno y otro punto de vista– de que la construcción dogmática sirva para enmascarar intereses particulares desde una apariencia de neutralidad. La explicitación de las premisas las hace, en palabras de ENGLÄNDER, «racionalmente criticables», de modo que cabe señalar que se basan en extremos fácticos erróneos, que no son compatibles con el Derecho vigente o que se incurre en una contradicción valorativa[66]. Además, el pensamiento sistemático puede también abrirse a la tópica en desarrollo de los denominados *sistemas abiertos*[67].

---

[63] CUERDA ARNAU, «El incremento del riesgo y la responsabilidad penal. Una crítica desde la concepción significativa de la acción (a propósito de lo que no se hizo en la DANA)», en DÍAZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *Libro homenaje al Profesor Enrique Peñaranda Ramos*, 2026, pp. 80 ss.

[64] CUERDA ARNAU, en DÍAZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *LH-Peñaranda Ramos*, 2026, pp. 83 s.

[65] CUERDA ARNAU, en DÍAZ LÓPEZ *et al.* (coords.), *LH-Peñaranda Ramos*, 2026, p. 84.

[66] ENGLÄNDER, «Wertungen in der Strafrechtswissenschaft», *Neue Strafrechtswissenschaft*, (1), 2024, p. 16; EL MISMO, «Politische Strafrechtswissenschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (1), 2026, p. 10. Destacando lo expuesto, PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, p. 87.

[67] Como expone PÉREZ ALONSO, el método tópico antepondría «*el "problema" al "sistema"*». Sin embargo, a su juicio, podría encontrarse «un equilibrio o síntesis dialéctica entre el pensamiento sistemático y el pensamiento problemático», sin sustituir uno por el otro. De este modo, se «pretende conseguir una ciencia auténticamente realista, alejada de la pura abstracción teórica, que mire a la realidad social de dónde surgen los problemas que ha de resolver». A su juicio, ha sido precisamente ROXIN quien ha logrado deshacer la creencia en la «supuesta relación de exclusión recíproca entre pensamiento sistemático y problemático». El método tópico llevaría a rechazar la idea de «sistema cerrado», revisándose «los puntos de partida del método deductivo, cuando no "hagan justicia al problema"». En definitiva, propone aplicar un «*correctivo tópico*» al pensamiento sistemático. Cfr. PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, pp. 76 ss., 90. Al respecto, en la misma línea, EL MISMO, en ARMAZA ARMAZA *et al.* (coords.), *LH-Romeo Casabona*, v. I, 2026, pp. 499 ss. SILVA SÁNCHEZ ha afirmado recientemente que, si bien «[e]l recurso al pensamiento tópico como tal ya no es asumible en nuestra tradición», deben reconocerse «los límites del sistema», sin «salvar el sistema a toda costa» frente a los problemas que suscitan los casos. Aboga, además, por reconocer «que casi siempre hay un salto desde la argumentación sistemática a la justicia del caso», respecto del que el «juez opera en la soledad de los argumentos de razón

Puede explorarse, también, la posibilidad de distinguir un nivel de fundamentación –propio de la filosofía práctica–, donde la racionalidad puede ser sustantiva o procedimental, en el que se trata de la *justificación* del Derecho, y un segundo nivel en el que no se cuestiona la racionalidad valorativa expresada en el Derecho positivo, que constituye el objeto de descripción, si bien se requiere de una formulación hipotética[68] para lograr realizar dicha descripción al completo. La dogmática jurídica, situándose en este segundo nivel, no pondría en cuestión el Derecho positivo ni la racionalidad valorativa que subyace a él –legitimados democráticamente–, pero trataría de definir ésta con arreglo a criterios de coherencia interna y externa y de completitud –consistiendo en un trabajo de especificación y no de descubrimiento[69], ciertamente, pero con un fin explicativo de aquello que está implícito en el Derecho positivo–. Así, en el primer nivel, propio de la filosofía del Derecho penal, se construirían *doctrinas* con las que no se trata de formular una hipótesis a fin de comprobar su capacidad explicativa, sino de reivindicar su corrección material. En cambio, en el segundo nivel, el propio de la dogmática jurídica, se formularían *teorías*[70] sobre el contenido del Derecho –tanto en la construcción sistemática como en la interpretación del contenido de las categorías e instituciones dogmáticas– no con la pretensión de defenderlas, sino de probar su capacidad explicativa –del Derecho– conforme a los modelos elaborados en el marco de la filosofía de la ciencia[71] por POPPER y LAKATOS[72].

Una dogmática entendida como disciplina teórica con carácter científico en los términos brevemente referidos no se aleja de la Constitución, sino todo lo contrario, pues mide el éxito de las teorías con las que se formulan las hipótesis por su adecuación al Derecho positivo. El sistema[73] solo puede ser el producto de una teoría del delito así orientada, por lo que, si esta

práctica, que no tienen por qué ser sistemáticos». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 7/101.

[68] NINO, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, 1979, p. 106; EL MISMO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1974, pp. 109 ss., que recurre al método hipotético deductivo de POPPER como método propio de una actividad dogmática racional, consistente en comenzar con un sistema teórico como hipótesis y realizar inferencias desde él, comprobándose si es capaz de resolver los casos particulares.

[69] Acertadamente a mi juicio, DREIER, «Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen», en EL MISMO (ed.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, p. 14. Sin embargo, no se comparten aquí los postulados de la corriente filosófica hermenéutica en lo que hace a la tarea de la dogmática jurídica, pues la lleva al fin y al cabo al mismo nivel donde se encuentra la filosofía práctica, con la tarea de determinar el deber ser del Derecho.

[70] Véase la distinción entre *teorías* y *doctrinas* en MOSTERÍN, «El concepto de racionalidad», *Teorema*, (3-4), 1973, p. 466. Crítico con el uso del término *teoría* en relación con las construcciones dogmáticas, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 7/87.

[71] Un análisis de la forma de operar de la dogmática jurídica en atención a la evolución de la filosofía de la ciencia puede verse en MIRÓ LLINARES, *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal*, 2022.

[72] Una muestra de la aplicación del modelo elaborado por LAKATOS para analizar la discusión doctrinal, concretamente en relación con el trato que ofrecen ROXIN y JAKOBS a los conocimientos especiales en el marco de sus sistemas puede verse en WILENMANN, «Conocimientos especiales en la dogmática jurídico-penal y teoría de las ciencias», *Revista de Estudios de la Justicia*, (13), 2010, pp. 135-176, si bien le atribuye más bien un «rol esclarecedor conceptual» al recurso a dicho modelo que, a su parecer, «difícilmente podría jugar, en cambio, un rol relevante en la adjudicación de la polémica» (p. 135). También pueden verse ejemplos –relativos a la cuestión sobre si cabe o no aplicar el estado de necesidad respecto de las acciones de desobediencia civil y al problema de la inclusión del estado de necesidad defensivo en el sistema–, además de un desarrollo más extenso de las ideas expuestas aquí, en FERNÁNDEZ PERALES, «In welchem Sinne ist eine apolitische Theorie der Rechtfertigungsgründe möglich? Eine Analyse am Fallbeispiel des zivilen Ungehorsams auf der Grundlage der Wissenschaftstheorie», en prensa. Sobre la ponencia que da lugar al trabajo referido, todavía no publicado, PÖLLE/SCHMITT, «Aktivistisches Strafrecht – Tagungsbericht zum Elften Symposium des Jungen Strafrechts vom 8. bis 10. Oktober 2025 in Freiburg i. Br.», *NSW*, (3), 2026, pp. 239 s.

[73] Un *sistema* se constituye precisamente, en términos fundamentales, por las partes de un todo que, vinculadas, forman un orden. Cfr. PEINE, *Das Recht als System*, 1983, p. 32. El orden se explica por responder tanto las partes del sistema como la relación de éstas entre sí a una misma finalidad en su configuración, tal y como lo formulara

teoría no es capaz de dar cuenta de una exigencia constitucional, será refutada –sin que esto implique asumir que se trate de un *sistema abierto* exactamente–[74]. De hecho, esto puede explicarse precisamente en relación con un problema sistemático que afecta a los supuestos de exceso en el ejercicio de derechos fundamentales. Que el juicio de injusto tiene como fin distinguir entre acciones ilícitas y acciones ilícitas y merecedoras de pena y no entre estas últimas y las acciones conformes a Derecho[75] es un extremo derivado de una consideración de proporcionalidad relativa a la intervención estatal en los derechos de la ciudadanía[76]. Con arreglo a esta constatación de base, puede aducirse que una acción próxima al ámbito de protección de un derecho fundamental no debería considerarse constitutiva de un injusto penal[77]. Entre el ejercicio de un derecho fundamental y una conducta que merece desaprobación por el Derecho penal debe haber una zona intermedia, un «*strafrechtsfreier Raum*»[78]. En realidad, la teorización unánime de la eximente de ejercicio de un derecho del art. 20.7 CP como causa de exclusión de la antijuridicidad –por la vía de la atipicidad[79] o de la justificación–, junto con la existencia de la eximente incompleta en relación con aquélla, trazan una línea que va de la acción en ejercicio de un derecho a la acción próxima a éste y que merece una rebaja de pena quedando entre ellas la acción que sin constituir el ejercicio de un derecho debe quedar impune[80].

En este caso, la teorización a partir de las exigencias constitucionales da lugar a una propuesta de modificación sistemática que es capaz de darles cumplimiento ofreciendo a los casos de exceso un lugar apropiado, pues cuando H.-L. GÜNTHER propuso introducir las causas de exclusión del injusto penal en el sistema reivindicó que el sistema debía reordenarse de modo

el polímata alemán Johann Heinrich Lambert (pp. 33 ss.).

[74] Pues precisamente se trataría de que en el seno de cada teoría se empleara el método axiomático para derivar de las premisas dispuestas las consecuencias que correspondieran. La refutación implica tener que optar por una teoría distinta, cuyas premisas serán las vigentes hasta su refutación.

[75] Así, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, p. 630. Afirma con rotundidad que no se discute actualmente que no todo lo que está prohibido constituye a su vez un injusto merecedor de pena, RÖNNAU, *LK-StGB*, t. III, 13.ª ed., 2019, previo a los §§ 32 ss., nm. 21.

[76] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., 2016, p. 442.

[77] Abogando por la exclusión del injusto penal en tales supuestos, H.-L. GÜNTHER, «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, 1992, p. 200; REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele und Unrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, 1991, p. 279. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS aboga también por vehicular la solución a través de la exclusión del injusto penal –aunque en los términos de LUZÓN PEÑA, algo distintos a los de GÜNTHER–, si bien plantea que es la consideración del efecto desaliento lo que lleva a excluir el injusto penal. Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 97 ss. Sin embargo, como se ha expuesto, es la falta de merecimiento de pena de la acción lo que excluye el injusto penal y no consideraciones ajenas al hecho punible.

[78] H.-L. GÜNTHER, «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem», en ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, t. I, 1987, p. 399; utilizando la misma expresión, REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele und Unrecht*, 1991, p. 24.

[79] Sobre las causas de atipicidad excluyentes de la antijuridicidad, véase LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., 2016, 20/3; EL MISMO, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, 1995, p. 21. Si bien a mi juicio la tipicidad como categoría sistemática es posterior a la antijuridicidad y lo que LUZÓN PEÑA entiende como causas de atipicidad excluyentes de la antijuridicidad son en mi opinión sencillamente causas de exclusión de la antijuridicidad como las causas de justificación, distinguiéndose ambas clases por su fundamentación, relativa a la dimensión de la libertad a la que sirve su vigencia –protección o promoción de la autonomía–. Al respecto, ampliamente, FERNÁNDEZ PERALES, *La desobediencia civil en la teoría de las causas de exclusión de la antijuridicidad y del injusto penal*, tesis doctoral, 2025.

[80] Al respecto, FERNÁNDEZ PERALES, *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 777 ss.

que la *antijuridicidad general* precediera a la *tipicidad penal*, analizándose después de ésta la *antijuridicidad penal*[81]. Ciertamente, situar la tipicidad antes que la justificación –además de desnaturalizar el establecimiento de posiciones jurídicas– impide que en el juicio teleológico-penal de merecimiento de pena se tengan en cuenta adecuadamente razones para su exclusión que derivan de concurrencia de elementos de una causa de exclusión de la antijuridicidad –se produciría una duplicidad de juicios en momentos sistemáticos distintos–, de modo que el sistema postfinalista no es capaz de dar lugar a la articulación de una solución tal. Lo antedicho, lejos de constituir a mi juicio una muestra de las desventajas del pensamiento sistemático –a saber, su formulación no sería estable–, da cuenta del provecho que ofrece concebir la dogmática en los términos sostenidos, pues la referida modificación no constituiría una reformulación *ad hoc* del sistema para solucionar el problema correspondiente[82], sino que sería el producto del éxito de una teoría que refutaría la dominante.

En todo caso –se admita o no lo acabado de plantear–, la consideración dogmático-sistemática de cualquier razón de exención sirve al fin de aclarar su naturaleza y, así, determinar su alcance[83], pues permite determinar a qué clase de razón de entre las que el Derecho erige en excluyente de la responsabilidad pertenece, de modo que de la teleología propia de la institución a la que pertenezca se extraerá el criterio para delimitar su magnitud. En el caso del efecto desaliento lo antedicho es patente. Así, como se ha expuesto ya, no puede excluir la tipicidad, pues no afecta ni a la significación de la conducta ni a la valoración sobre su merecimiento de pena. Tampoco puede constituir una causa de justificación, pues precisamente se trata de un problema relativo a la conveniencia de sancionar penalmente supuestos de exceso. No afecta a la imputación subjetiva, pues por más que se derive de la dificultad de conocer los contornos que determinan el ámbito de protección del derecho

[81] H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 37: «*Rechtswidrigkeit i. S. der Allgemeinen Rechtslehre, "Straftatbestandsmäßigkeit", "Strafrechtswidrigkeit"*».

[82] En este sentido entiende Cuerda Arnau que tiene en ocasiones lugar la aplicación del método dogmático por los jueces, pues recurrirían «a la dogmática [...] para alcanzar la solución que materialmente le parece a cada uno más justa». Cfr. Cuerda Arnau, en Abel Souto *et al.* (coords.), *LH-Lorenzo Salgado*, 2021, p. 390. También lo apuntan, si bien no en el marco de una crítica al método dogmático, Borja Jiménez/Pérez Alonso, «La ciencia penal y la evolución de la dogmática penal», en Pérez Alonso (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte General*, 2026, p. 335; Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias*, 1995, p. 86; Mir Puig, *PG*, 10.ª ed., 2016, p. 147. Estando de acuerdo en que no le resulta desconocido a nadie el recurso a la dogmática de forma parcial a fin de favorecer la solución que se entiende materialmente justa, entiendo en primer lugar que esa clase de argumentación suele ser fácilmente identificable y su deficiencia metodológica resulta patente. Por otro lado, creo que, sin embargo, lo mismo puede hacerse recurriendo a garantías como el principio de legalidad –Cuerda Arnau argumenta precisamente que en el caso *Madrid Arena* la Audiencia Provincial llega a la absolución recurriendo a dicho principio y a la presunción de inocencia, mientras que el Tribunal Supremo condena acogiendo una determinada teoría de creación doctrinal–, pues no solo su carácter de *principio* –que podría ponerse en cuestión– ciertamente lo favorece, sino que tal deficiencia metodológica no tiene nada que ver –a mi juicio– con las instituciones referidas como un problema esencial inherente a ellas, sino que es fruto sencillamente de una argumentación incorrecta –objetando también que los principios pueden usarse para imponer preferencias personales precisamente contestando a Cuerda Arnau, véase Díaz y García Conlledo, en de Vicente Remesal *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, v. I, 2020, p. 134–. Queda, no obstante, por resolver en qué términos tiene que desarrollarse entonces la actividad dogmática para no resultar arbitraria, pues precisamente Cuerda Arnau afirma que comparte «que la función de la dogmática sea la de evitar la arbitrariedad, lograr mayor seguridad e igualdad en la práctica ordinaria y mejorar la técnica legislativa» (p. 386). La crítica entonces parece dirigida a un uso interesado de la discusión doctrinal, pero no a las deficiencias de una discusión doctrinal de carácter dogmático.

[83] Sosteniendo que la distinción entre causas eximentes, incluso entre las que dan lugar a la misma consecuencia jurídica es útil, porque permite «el conocimiento de las razones valorativas profundas» que conducen a la exención y, de ese modo, hacen posible la argumentación al respecto, Paredes Castañón, «La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador», *Revista Española de Derecho Deportivo*, (5), 1995, p. 86.

correspondiente[84], no se aduce en realidad un error sobre la extensión de aquél, sino que la sanción penal o su gravedad puede «conducir al ciudadano a desistir de ejercitar legítimamente el derecho ante el temor de que su conducta, finalmente, caiga del lado de la red que separa lo lícito de lo penalmente ilícito»[85].

Si bien, como se ha expuesto, excluyendo el injusto penal en ciertos casos de exceso quedará ya poco espacio para que el efecto desaliento deba operar como causa eximente o atenuante, todavía puede ser relevante si se trata de una conducta respecto de la que solamente se aplica la eximente incompleta en relación con el ejercicio de un derecho, por ejemplo. Su ubicación más razonable, a mi juicio, podría estar –en los términos de SILVA SÁNCHEZ– en el ámbito de las razones eximentes o atenuantes ajenas al hecho punible, es decir, en el ámbito de la punibilidad en sentido amplio[86]. Podría constituir, concretamente, una causa de exclusión de la punibilidad por falta de conveniencia del castigo por parte del Estado[87]. De ser así, no se trataría de explorar la posibilidad de una reducción teleológica del tipo correspondiente –que puede realizarse igualmente con arreglo a las razones que correspondan, pero no en atención a que se derive de la sanción un efecto desaliento–, ni de ampliar el ámbito de protección del derecho fundamental de que se trate –pues se determina en atención a la adecuación de la conducta a la razón que explica la vigencia de dicho derecho, es decir, al bien que quiere realizarse con ella, o a la exigibilidad de tolerar una conducta que protege un bien cuya protección explica la vigencia de ese derecho–, ni, entre otras cosas, de determinar si la conducta merece pena o si esta resulta necesaria. Se trataría de determinar los presupuestos por los que el Estado puede dejar de castigar una conducta merecedora de pena para no desalentar el ejercicio de un determinado derecho fundamental. Correspondería elaborar una teoría que vaya más allá de la hipótesis –que debería también contar con sustento científico– de que ciertas condenas por conductas de las que se predica tanto merecimiento como necesidad de pena llevan a personas ajenas al conflicto a dejar de ejercer un derecho fundamental[88] y explique cómo la dimensión institucional de los derechos fundamentales puede justificar la renuncia a la sanción penal en tales supuestos.

---

[84] COLOMER BEA, *El efecto desaliento*, 2024, pp. 109 s.

[85] CUERDA ARNAU, en FERRÉ OLIVÉ *et al.* (coords.), *LH-Berdugo Gómez de la Torre*, v. II, 2022, p. 101. Ciertamente, si dicho temor estuviera fundado y, por ende, la jurisprudencia no estuviera aclarando qué clase de elementos tornan relevante a efectos penales la conducta, podría pensarse que sí puede haber un problema de imputación subjetiva, tal y como se ha aducido en relación con el error derivado de la divergencia o falta de pronunciamientos jurisprudenciales. Al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 25/67 ss. No obstante, no parece tratarse de un supuesto tal y, en todo caso, no sería el efecto desaliento lo que fundaría la exclusión de la imputación subjetiva.

[86] Distinguiendo y clasificando las diversas razones que pueden dar lugar a la exclusión de la punibilidad, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 27/22 ss.

[87] En general, al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 27/22 ss.

[88] Por lo demás, su anclaje en el Derecho positivo –más allá del matiz referido en cuanto a la aplicación de la atenuante analógica– podría resultar problemático, ciertamente, si bien debe considerarse que se trata de una razón eximente procedente de la Constitución. En Alemania, por ejemplo, la ausencia de una causa de justificación expresamente regulada de ejercicio de un derecho no parece impedir que el ejercicio de un derecho fundamental se erija en causa de exclusión de la antijuridicidad, si bien no se acepta de forma unánime. A favor, por ejemplo, APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998, p. 163; SCHMIDT, *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht*, 2008; EL MISMO, «Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121-3), 2009, pp. 645-670; BRAND/WINTER, «Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe», *Juristische Schulung*, 2021, pp. 113-117.

4. Conclusión

La teoría del efecto desaliento, con la que se pretende –a mi juicio con razón– limitar la sanción penal de las conductas próximas al ámbito de protección de ciertos derechos fundamentales, no ha tenido aún una articulación dogmático-sistemática clara, si bien ha recibido ya cierta atención por parte de la doctrina, centrándose especialmente en la evolución de su uso en la jurisprudencia y en el fundamento constitucional de su carácter atenuante o eximente. En este comentario ha tratado de argumentarse que, sin embargo, la discusión acerca de su articulación sistemática es decisiva para dotar al efecto desaliento de un alcance preciso como causa de exención o atenuación de la pena, pues el sistema es expresión de la teoría del delito, que a su vez especifica las razones para la atribución o exención de responsabilidad penal que se desprenden del ordenamiento jurídico-penal.

Pese a lo sugerente –por la riqueza de sus premisas, a las que no ha podido hacerse justicia en este comentario– del planteamiento, la crítica al método dogmático por desatender el Derecho positivo y resultar arbitrario y, por ende, imprevisible, no consigue a mi juicio afectar a la dogmática de corte valorativo que exige la explicitación de sus premisas y tiene una pretensión de coherencia a partir de ellas. Esta clase de dogmática hace posible el control racional de las doctrinas formuladas y, además, se desarrolla en el marco de los límites fijados por la Constitución. Tampoco alcanza la crítica a una dogmática caracterizada como disciplina teórica –científica– que tiene como objeto el Derecho positivo y que se desarrolla a partir de la formulación de teorías que constituyen hipótesis sobre su contenido –parten, por ende, de las valoraciones subyacentes a aquél y, en particular, de las que explican el texto constitucional– y que se sujetan a refutación por otras teorías con mayor capacidad explicativa del Derecho. En definitiva, el método dogmático posibilita determinar cuál es el espacio que corresponde a la teoría del efecto desaliento –pues, como se ha expuesto, la introducción en el sistema de las *causas de exclusión del injusto* permite ya negar el merecimiento de pena de las conductas próximas al ámbito del ejercicio de un derecho fundamental– y, especificando su naturaleza a través de su ubicación sistemática, a precisar su alcance.